

# ПРАВО

ЮРИДИЧНИЙ  
ЖУРНАЛ

# України

## Науково-практичне фахове видання

**Засноване** у 1922 році

**Видається** щомісячно

**Свідоцтво** про державну реєстрацію:  
Серія А01 № 129671

**Передплатний індекс:** 74424

**Адреса редакційної колегії:**

01004, м. Київ  
вул. Терещенківська, 4-б  
Тел.: 0(44) 246-59-62

**Головний редактор:**

*Святоцький О. Д.,*  
доктор юридичних наук, професор,  
академік НАПрН України

**E-mail:** info@pravoua.com.ua

**Відповідальний секретар:**

*Давиденко О. М.*

Відповідно до рішення  
Президії Вищої атестаційної комісії України  
(постанова від 10 лютого 2010 року № 1-05/1)  
журнал «Право України» внесено до переліку  
фахових видань у галузі юридичних наук

### ЗАСНОВНИКИ

Національна академія правових наук України  
Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України  
Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого  
Конституційний Суд України  
Верховний Суд України  
Вищий господарський суд України  
Генеральна прокуратура України  
Міністерство юстиції України

### ВИДАВЕЦЬ

© ТОВ «Видавничий Дім «Ін Юре»



**3/2010**

## ЗМІСТ

СВЯТОЦЬКИЙ О. Переднє слово головного редактора журналу до актуальної теми.....	4
<b>Актуальна тема номера</b>	
<b>ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ЮРИДИЧНОЇ ПРАКТИКИ</b>	
КОЗЮБРА М. Верховенство права: українські реалії та перспективи.....	6
РАБІНОВИЧ П. Верховенство права як соціально-природний феномен (контури ідеалу).....	19
ПЕТРИШИН О. Верховенство права в системі правового регулювання суспільних відносин.....	24
ПРОКОПОВ Д. Верховенство права у контексті проблеми природного права.....	36
ЛЕМАК В. Принцип верховенства права в Україні: основні загрози.....	44
ШЕВЧУК С. Доктрина верховенства права та конституціоналізму: історична генеза і співвідношення.....	52
СТРИЖАК А. Верховенство права і конституційне судочинство в Україні.....	62
АВЕР'ЯНОВ В. Принцип верховенства права у сфері виконавчої влади: питання теорії та практика реалізації.....	72
СКРИПНЮК В. Конституційно-правові основи взаємодії органів державної влади і забезпечення верховенства права.....	80
ФЕДОРЕНКО В. Утвердження процесуального конституційного права як запорука дієвості принципу верховенства права в Україні.....	89
<b>Загальна теорія права і держави</b>	
ДУДЧЕНКО В. Про великі правові системи сучасності (роздуми над книгою професора Раймона Леже).....	98
<b>Філософія права</b>	
ГЕСЕЛЕВ О. Зміна пануючого праворозуміння як обов'язкова умова впровадження відновного правосуддя в Україні (філософсько-правовий аспект).....	106
<b>Конституційне право</b>	
ПАВЛОВСЬКА Н. Механізм процедури імпичменту (теоретичний та практичний досвід).....	115
ПАЗЕНОК А. Конституційне право на охорону здоров'я: сучасний стан та перспективи розвитку.....	120
<b>Питання судочинства</b>	
ЛУНІН С. Поняття принципу змагальності у судовому процесі.....	126
<b>Актуальні питання інституту адвокатури</b>	
САФУЛЬКО С. Українська адвокатура: в очікуванні вчорашнього дня.....	133
<b>Цивільне право і процес</b>	
ХАРЧЕНКО О. Окремі питання припинення права власності помимо волі власника.....	140
ЯСИНОК М. Висновок експерта як доказ у справах щодо обсягу правосуб'єктності фізичних осіб.....	146
НОСІК Ю. Договір про нерозголошення інформації.....	153
<b>Трудове право</b>	
ПАНАСЮК О., БОГДАН І. Зловживання суб'єктивними трудовими правами: постановка проблеми.....	161
<b>Земельне право</b>	
БУСУЙОК Д. Шляхи удосконалення законодавчого регулювання грошової оцінки земельних ділянок.....	166
<b>Фінансове право</b>	
ГЕТМАНЕЦЬ О. Правові основи бюджетного контролю.....	174
<b>Інформаційне право</b>	
САВІНОВА Н. До питання криміналізації суспільно небезпечних діянь у медіапросторі України.....	179
<b>Кримінально-виконавче право</b>	
ФІЛОНОВ В., НАЗИМКО Є. Реформування інституту звільнення від відбування покарання з випробуванням у світлі сучасних тенденцій гуманізації пенальної політики України.....	184

**Пропозиції до законодавства**

ЧЕРНОВА А. Вимоги сучасної практики як передумови до перегляду кримінально-процесуальної регламентації затримання особи, підозрюваної у скоєнні злочину .....	190
---	-----

**Дискусії та обговорення**

КАНЦІР В. Тероризм як ознака соціально-психологічної кризи суспільства .....	197
СВІТЛИЧНИЙ О. Про розмежування адміністративної відповідальності посадових та службових осіб у сфері земельних правовідносин .....	204

**Молодим правознавцям — слово**

БЕСЕДІНА Т. Правове регулювання концептуальних положень поставки на території України в ХХ столітті .....	211
ДАНЮК Л. Нотаріально-правові відносини: сутність, історія формування, перспективи розвитку .....	218
КОЖЕМА Г. Історіографія правового регулювання обігу векселя .....	225
КОНЮШЕНКО Я. Поняття доказів у кримінально-процесуальному провадженні, їх зміст і класифікація .....	232
КАЗМІРЕНКО В. Суспільна небезпека розбою .....	239
КОПИЛОВА М. Соціально-економічні фактори, що детермінують злочини проти власності на курортах південно-східного узбережжя АР Крим .....	246
ПОСИКАЛЮК О. Загальне особисте немайнове право («allgemeine Persönlichkeitsrecht») за німецьким цивільним правом .....	253
СТАРОДУБОВА О. Поняття та функції парламентського бюджетного контролю .....	260
ЯЛОВА О. Деякі аспекти застосування державної мови у судочинстві України .....	266

**Історико-правові нариси**

ЗАДОРОВНИЙ Ю. Започаткування римським правом принципів права у країнах романо-германської правової сім'ї .....	272
--	-----

**Правова хроніка**

Перше засідання Робочої групи з питань судової реформи .....	277
Інформаційне повідомлення щодо засідання Президії Національної академії правових наук України .....	279
Засідання Наукової ради з координації фундаментальних правових досліджень НАН України .....	281
КРЕСІН О. Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні тенденції та перспективи розвитку європейського права: досвід для України» .....	286
ГУДИМА Д. Міжнародний «круглий стіл» з антропології права у Львові: п'ятирічний підсумок .....	292
ДІХТІЄВСЬКИЙ П. Всеукраїнська науково-практична конференція з питань особливостей розвитку правової держави в умовах активізації євроінтеграційних процесів .....	296

**Визначні юристи**

Вчений-правознавець, організатор юридичної науки — академік Борис Мусійович Бабій .....	298
---	-----

**Рецензії**

КАДЬКАЛЕНКО С. Фундаментальна праця з проблем юридичної відповідальності суб'єктів фінансового права та забезпечення фінансової безпеки України .....	302
БАХІН В., КАРПОВ Н. Коментар до чинного Кримінально-процесуального кодексу Республіки Казахстан .....	305

## До уваги читачів журналу «Право України»!

Актуальною темою наступного номера видання буде:

«Праворозуміння: філософські, теоретичні та практичні аспекти».

# ПЕРЕДНЄ СЛОВО ГОЛОВНОГО РЕДАКТОРА ЖУРНАЛУ ДО АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ



**О. СВЯТОЦЬКИЙ**

*доктор юридичних наук, професор,  
академік НАПрН України*

Принцип верховенства права — це одна з яскравих конституційних новел, уперше у вітчизняній історії запроваджена в Основному Законі України.

Спочатку, досить незвичне для наших юристів, це явище (та й відповідне йому поняття) стало предметом досліджень українських фахівців із загально-теоретичної юриспруденції.

На сьогодні ж в Україні налічується велика кількість наукових і практико-прикладних статей, у назвах яких вжито поняття «верховенство права». Проте інтерпретація, розуміння цього явища й донині залишаються досить неоднозначними. Зокрема, професор Олександр Скрипнюк зазначає, що «верховенство права — це той основоположний принцип правової держави, без якого неможливе здійснення прав і свобод особи, а також гарантій, що надаються їй з боку державної влади». Професор Анатолій Заєць стверджує, що принцип верховенства права означає «визнання природного права як безпосереднього регулятора суспільних відносин». Академік Петро Рабінович пише, що «верховенство права — це панування права у життєдіяльності громадянського суспільства і функціонування держави, це підпорядкованість держави та її інститутів правам людини». Науковець і політик Сергій Головатий у своїй монографії про верховенство права запропонував визначення поняття цього інституту, яке сформульоване Міжнародною комісією юристів, як «поєднання ідеалів і досягнутого на практиці юридичного досвіду стосовно принципів, інститутів, механізмів і процедур, які є істотно важливими для захисту особи від свавільної влади держави і які надають особі можливість володіти людською гідністю». А професор Наталія Оніщенко аргументовано доводить, що «верховенство права — це, безумовно, вияв загальнолюдських цінностей, прояв розвитку культури суспільства, у тому числі правової; верховенство права — головний засіб і мета суспільного розвитку, своєрідна демонстрація етапів формування та розвитку правової системи».

Оскільки зазначене поняття вже використовується і в біжучому українському законодавстві, і в правозастосуванні, то його «різночитання» у сфері юридичної практики (які, ясна річ, цілком виправдані у наукових дискусіях) навряд чи можна вважати доречними.

© О. Святоцький, 2010

Якщо ж звернутися до суті цієї проблеми, то слід зважити на таке.

Насамперед багатогранність поняття «верховенство права» робить безперспективною спробу дати універсальне визначення цього принципу, адже, як справедливо стверджує професор Микола Козюбра, «у понятті верховенства права переплітаються правові та політичні, культурні й етичні мотиви, внутрішньодержавні та міжнародні, національні, цивілізаційні й загальнолюдські аспекти, наукова істина і цінності добра і справедливості, досягнення правової теорії та практичний юридичний досвід, правові ідеї і здоровий глузд... що робить цю категорію досить динамічною і не дозволяє втиснути її в рамки будь-якої юридичної дефініції».

Однак сучасний теоретичний і практичний досвід щодо уявлень про сутність верховенства права свідчить про те, що основою їх розуміння є визнання основоположних («природних») прав і свобод людини. Власне, основоположні права і свободи людини визначають зміст і спрямованість розуміння верховенства права як доктрини, принципу, ідеалу.

Крім того, видається ґрунтовним підхід, згідно з яким навряд чи можливо однозначно з'ясувати зміст цього поняття, не дійшовши мінімального консенсусу щодо того, яке явище відображається словом «право» і яке — словом «верховенство». Інакше ж «верховенство права» ризикує перетворитись на верховенство індивідуально-суб'єктивно інтерпретованої «справедливості» або, скажімо, славнозвісної «доцільності» (яку тепер нерідко позначають більш лагідним терміном — «прагматичність»).

Також навряд чи у концептуальній проблематиці верховенства права є виправданою презумпція невідповідності — апіорної, за відомої — між правом і законом (чи судовою практикою). Цілком зрозуміло, що нетотожність, «окремішність» таких двох явищ, як право (зокрема основоположні права людини) і закон не усуває того факту, що у державі демократичній першочергово саме закон, зазвичай, є основним, нормальним, «природним» засобом втілення, реалізації та захисту права. Однак презумпція правості закону (як і презумпція його конституційності) може бути — у разі виникнення сумнівів — спростована у кожному окремому випадку з належним мотивуванням, обґрунтуванням.

Сьогодні є загальноновизнаним, що конституція сучасної демократичної держави закріплює основоположні права і свободи людини, тобто втілює природне право. А оскільки у такій державі біжучі закони зазвичай відповідають конституції (окрім тих, які органом конституційної юрисдикції визнані неконституційними, а отже — нечинними), то вони теж, вочевидь, є інструментом запровадження природного права, відповідають йому. На цьому саме і ґрунтується презумпція правості закону.

Усе викладене й спонукало наукову раду і редакційну колегію юридичного журналу «Право України» обрати основною, актуальною темою цього номера «верховенство права».

Сподіваюсь, що вміщені у цій рубриці статті сприятимуть позитивному осмисленню цього вельми актуального для української юридичної науки та практики явища.

## **ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА: УКРАЇНСЬКІ РЕАЛІЇ ТА ПЕРСПЕКТИВИ**



**М. КОЗЮБРА**

*доктор юридичних наук, професор,  
завідувач кафедри загальнотеоретичних  
та державно-правових наук  
(Національний університет  
«Киево-Могиланська академія»),  
член-кореспондент НАПрН України*

Ідеал верховенства права став нині одним з найпопулярніших у всьому світі. До нього постійно звертаються не лише на Заході, для якого верховенство права, як уже доводилося писати, традиційно є однією з найвищих демократичних цінностей [1], а й на Сході (включаючи комуністичний Китай), Півдні та Півночі. Він давно став найважливішою складовою міжнародно-правових актів, особливо присвячених правам і свободам людини та громадянина. Все частіше верховенство права як принцип фіксується у національних конституціях і законах, ним активно оперують міжнародні й національні суди.

Не залишилася осторонь цієї безпрецедентної підтримки ідеалу верховенства права й Україна. На його адресу лунають панегірики з вуст державних і політичних діячів України, без нього не обходиться жодна програма численних політичних партій, він широко використовується у законодавчій практиці, в наукових працях вітчизня-

них правознавців, політологів, філософів, соціологів, представників інших галузей гуманітарного знання.

Одне з провідних місць відведено принципу верховенства права також Конституцією України (ст. 8). Причому Україна є чи не єдиною державою, в Основному Законі якої зафіксовано положення не тільки про верховенство права, бастионом якого вважається Велика Британія («*The Rule of Law*»), а й положення про правову державу, яку небезпідставно іменують німецьким винаходом («*Rechtsstaat*»).

Хоча історія становлення цих безсумнівних здобутків людської цивілізації мала певні особливості, а в їх розвитку спостерігалися істотні розбіжності, нині навряд чи є вагомими підстави для пошуку суттєвої різниці між верховенством права і правовою державою, як це інколи має місце у вітчизняній літературі. На думку переважної більшості правників, у сучасному світі вони «є узагальненими назвами споріднених концепцій» [2, 68–70]

і змістовно практично не відрізняються. «*Rechtsstaat*» — правова держава вважається сучасним німецьким варіантом «*Rule of Law*» — верховенства права [3, 125 ], або ж навпаки.

Незважаючи на набуття верховенством права характеру глобального ідеалу, воно, на думку багатьох західних правознавців, залишається «сутнісно спірним поняттям» [4 ].

В Україні також відсутня єдність у його розумінні. Хоча останнім часом спектр думок у підходах до трактування верховенства права у вітчизняному правознавстві дещо звузився (принаймні ототожнення його з традиційним для нашої теорії та практики принципом верховенства закону чи з верховенством усіх нормативних актів, як це було в 90-х роках ХХ ст., нині майже не зустрічається), проте загальної згоди щодо його розуміння не досягнуто, навіть попри намагання роз'яснити поняття верховенства права Конституційним Судом України [5, 314].

Не вирішила багатьох питань, пов'язаних із розумінням верховенства права (а в деяких відношеннях навіть загострила їх), загалом цікава, хоча й надто полемічно-категорична трьохтомна праця С. Головатого «Верховенство права» [6].

Не вдаватимуся черговий раз до аналізу різноманітних думок і підходів, що стосуються поняття верховенства права. Наголошу лише на тому, що надзвичайна складність і багатогранність цього поняття робить безперспективною будь-яку спробу дати якесь універсальне визначення принципу верховенства права, придатне на всі випадки життя. У понятті верховенства права переплітаються правові та політичні, культурні й етичні мотиви, внутрішньодержавні та міжна-

родні, національні, цивілізаційні й загальнолюдські аспекти, наукова істина і цінності добра і справедливості, досягнення правової теорії та практичний юридичний досвід, правові ідеї і здоровий глузд... Усе це робить цю категорію досить динамічною, що не дає змоги втиснути її в рамки будь-якої юридичної дефініції.

Це підтверджується зарубіжною, насамперед західною правовою теорією та юридичною практикою, зокрема практикою Європейського суду з прав людини, який неодноразово акцентував увагу на ситуативності змістовної інтерпретації поняття верховенства права, традиційно уникаючи такого його дефінування, яке можна було б поширити на всі без винятку життєві обставини [7, 210–220].

Це, звичайно, не означає, що більш-менш єдиних уявлень про сутність верховенства права неможливо досягти взагалі. Як свідчить сучасний теоретичний і практичний досвід, найбільш продуктивним для його розуміння є тлумачення верховенства права «як певної суми щільно переплетених між собою принципів, котрі разом творять ядро доктрини конституціоналізму, а відтак є необхідним для будь-якого... демократичного суспільного устрою» [8, 10 ].

Всі вони ґрунтуються на визнанні та беззастережному сприйнятті найвищої цінності людської особи, її невідчужуваних прав і свобод, які, як наголошував один із творців доктрини верховенства права А. Дайсі, є «основою, а не результатом права країни», а правила, що лежать в основі конституційного кодексу, є «не джерелом, а наслідком прав осіб» [9, 232, 235].\*

Саме невід'ємні, невідчужувані права і свободи людини, як свідчить досвід сучасних розвинених держав,

\* Хоча ці висновки робилися А. Дайсі на основі порівняльного аналізу британської правової системи і правових систем країн континентальної Європи, нині вони сприйняті всім європейським співтовариством.

лежать в основі «стримувань і проти-ваг» державної влади. Це той обмежувальний бар'єр, який не може бути подолано на власний розсуд ні законодавчою, ні виконавчою, ні судовою гілками влади. По суті, вони складають правове першоджерело. Не випадково пов'язаність усіх гілок влади фундаментальними, невідчужуваними правами і свободами людини розглядається сучасною правовою теорією і судовою практикою, зокрема конституційними судами багатьох європейських країн та Європейським судом з прав людини, безпосереднім проявом реалізації принципу верховенства права.

Невід'ємні права і свободи людини визначають зміст і спрямованість усіх інших принципів — вимог верховенства права. Їх система досить масштабна і багатопланова. Деякі зарубіжні фахівці нараховують їх понад сотню.

Серед них за різними критеріями можна виділити загальні, які поширюють свою дію на всі відносини, що регулюються правом, і спеціальні — міжгалузеві й галузеві, матеріальні та процесуальні, політико-правові (принципи легітимності влади, секулярності, тобто світського характеру держави, розподілу влади, зв'язаності держави правом тощо), власне правові (принципи рівності перед законом і судом, законності, правової певності та визначеності, пропорційності, правової безпеки і захисту довіри, незалежності суду і суддів, неупередженості правосуддя, незмінності, неоспорюваності остаточного судового рішення, яке набрало чинності, тощо), морально-правові (загальної прихильності суспільства до верховенства права та наявності відповідної морально-правової атмосфери в суспільстві тощо).

Переважає більшість цих принципів знайшла своє пряме чи опосередковане закріплення у Конституції України.

Проте історія, зокрема вітчизняна, переконливо свідчить, що від конституційного закріплення навіть найдемократичніших і найгуманістичніших положень до їх реального втілення у повсякденне життя — дистанція величезна. Це, на жаль, підтверджує також українська практика часів незалежності.

Для України процес утвердження принципів верховенства права і правової держави (а вони майже ідентичні) виявився неймовірно складним: він відбувається з величезними суперечностями, деформаціями і відкатами. Не наважусь навіть стверджувати, чого у цьому процесі за роки незалежності більше — прогресу чи регресу, здобутків чи втрат.

З одного боку, спостерігається нібито певний поступ уперед: хоча й повільно, але відбувається становлення плюралістичної демократії, інститутів громадянського суспільства, певні позитивні зрушення мають місце в реалізації свободи думки і слова, світогляду і віросповідання, об'єднання у політичні партії та громадські організації, права на мітинги, походи і демонстрації; розширився доступ громадян України для захисту своїх прав і свобод до міжнародних судових установ, зокрема до Європейського суду з прав людини, в якому вони нерідко вбачають чи не основну гарантію дотримання Україною взятих на себе міжнародних зобов'язань у цій сфері тощо.

З другого ж боку, зрощування влади з капіталом, нерідко криміналізованим, казнокрадство, тотальна корупція призвели до того, що ідеали верховенства права і правової держави виявилися дискредитованими, а Україна у плані дотримання їх вимог в останнє десятиліття відкинута назад (навіть порівняно з радянським періодом).



## Верховенство права і верховенство Конституції

Однією з вирішальних складових верховенства права є верховенство Конституції. Хоча ці поняття не є повністю ідентичними, про що вже доводилося писати, помилково було б розглядати верховенство Основного Закону як щось відокремлене від верховенства права, тим паче протиставляти їх одне одному, як це інколи відбувається серед політиків і юристів (щоправда, також переважно політиків-депутатів), особливо у зв'язку з останніми подіями в Україні.

Розгляд верховенства права поза верховенством Конституції, як слушно зазначав свого часу Ю. Тодика, — це шлях до вседозволеності та свавілля [10, 67–68], що підтверджується сьогоднішньою українською практикою.

Брутальний конституційний нігілізм, який пронизав практично всі структури влади, особливо її верхні ешелони, призвів до величезного розриву між юридичною конституцією, тобто її офіційним текстом, і фактично існуючою конституційною реальністю.

Нехтування Конституцією деякі політики, політологи, а за ними інколи й пересічні громадяни останнім часом пояснюють її недосконалістю, закладеною нібито під час відомої конституційної ночі з 27 на 28 червня 1996 р. Мовляв, уночі ніщо путяще не робиться.

Як один з активних учасників конституційного процесу з перших кроків української незалежності (член Конституційної комісії та її робочих груп) не можу не засвідчити глибоку хибність подібних тверджень (якщо вони справді є наслідком відсутності знань, а не свідомим намаганням ввести громадянськість в оману).

Конституція України — це плід тривалої та кропіткої праці великого колективу людей — політиків, учених-

юристів, економістів, політологів, представників інших галузей знання. Під час роботи над її численними проектами було вивчено і враховано світовий і вітчизняний конституційний досвід, висновки експертів, зокрема зарубіжних, рекомендації та пропозиції, висловлені у засобах масової інформації та у процесі всенародного обговорення її концептуальних засад.

Можна без перебільшення сказати, що Конституція України 1996 р. стала продуктом європейської конституційної культури, універсальними цінностями якої є повага людської гідності — фундаменту всіх основних прав і свобод та принципів верховенства права.

У зв'язку з цим доречною є думка професора Байройтського університету (ФРН), висловлена на українсько-німецькому семінарі з проблем конституційного права і конституційної юстиції, що відбувся в Конституційному Суді України в лютому 1998 р. «Україна, — говорив він, — довела своїми проектами конституції та остаточним текстом конституції, прийнятої у 1996 році, що вона влилася в «родину конституційних держав».

Конституція України ввібрала в себе також кращі традиції багатовікової історії українського конституціоналізму, зокрема — Конституції Пилипа Орлика, 300-річчя якої відзначатиметься цього року, Конституції УНР 1918 р. та інших пам'яток вітчизняної конституційної культури.

Не випадково прийняття Конституції України 1996 р. було визнано головною подією у сфері європейського конституційного права [11, 19].

Сказане зовсім не означає, що Конституція України в редакції 1996 р. є бездоганною. Як і будь-яка конституція, вона не позбавлена певних суперечностей, не зовсім вдалих формулювань, прогалин тощо. Неузгодженості та інші вади також з'явилися в її тексті

після поспішної та непрофесійної конституційної реформи 2004 р.

Недосконалість окремих положень тексту Конституції може бути підставою для внесення змін до неї, а не приводом для її нехтування. Не можуть бути його виправданням і посилання на те, що порушення конституції почалося не сьогодні, ним грішила й попередня влада — від Президента до Верховної Ради й Уряду, що заперечити справді важко.

Як не сумно це усвідомлювати, попередні радянсько-азійські традиції виявляються сильнішими за декларовану відданість європейським і загальноцивілізаторським цінностям. Їх офіційне закріплення у Конституції та низці законів не перетворило ці цінності на невід'ємну складову свідомості нинішнього вітчизняного політикуму, на внутрішню потребу послідовно дотримуватись їх у своїй повсякденній діяльності. Європейські цінності зазвичай залишаються виключно зовнішнім атрибутом «європейськості», респектабельним фасадом.

Проголошуючи гасла верховенства права і правової держави, у своїх практичних діях влада продовжує опиратися на попередню, звичну для неї філософію — філософію подвійних стандартів.

Яскравим підтвердженням цього є Закон «Про внесення змін до Закону України «Про регламент Верховної Ради України» від 9 березня 2010 р. щодо порядку формування коаліції. Не допускаю, що народні депутати, а тим більше депутати — юристи за фактом не усвідомлюють невідповідності прийнятого закону ст. 83 чинної Конституції України. Можна було б засумніватися у цьому, якби не рішення Конституційного Суду України від 17 вересня 2008 р., відповідно до якого «словосполучення «коаліція депутатських фракцій у Верховній Раді

України», що міститься у частинах шостій, сьомій, дев'ятій статті 83 Конституції України, слід розуміти як сформоване на встановлених Конституцією України та Регламентом Верховної Ради України засадах об'єднання за результатами виборів кількох депутатських фракцій, *кількість народних депутатів України в яких* (курсив мій. — М. К.) становить тут і надалі більшість від конституційного складу Верховної Ради України, які (депутатські фракції) на основі узгодження політичних позицій погодились на спільну парламентську діяльність».

Таке тлумачення КСУ ґрунтується на системному аналізі відповідних положень статей 81 і 83 Конституції України і цілком відповідає європейській практиці формування коаліцій (там, де за результатами виборів вони є необхідними). Хоча, на відміну від Конституції України, конституції європейських держав «коаліції депутатських фракцій» як самостійного конституційного інституту не передбачають. Головна мета такого об'єднання фракцій — це формування коаліційного уряду.

Які тільки «аргументи» прихильники формування коаліції на основі не лише депутатських фракцій, а й індивідуального членства, тобто в обхід Конституції України і зазначеного рішення КСУ, не висувають — від власного тлумачення ч. 6 ст. 83 Основного Закону, зокрема словосполучення «коаліція депутатських фракцій, до складу якої входить більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України», до пропозицій керуватися у цьому випадку не стільки відповідними положеннями Конституції України, скільки верховенством права (у власному, звичайно, його трактуванні).

Насправді, як особливим, відмінним від КСУ, тлумаченням цитованого

положення ст. 83 Основного Закону, так і посиланням на верховенство права намагаються приховати хронічну хворобу наших можновладців — пріоритет політичної доцільності перед Конституцією і законами. «Головна небезпека зміни принципів формування коаліції в «переписаному» регламенті, — слушно зазначає відомий політолог В. Карасьов, — у тому, що парламентська логіка формування влади буде зламана, а політичний курс влади тепер не залежатиме від результатів парламентських виборів» [12]. А це шлях до втрати «стримуючого» фактора політичної рівноваги, до монополії влади, а зрештою — до жорсткого авторитаризму, можливо й у крайньому його вияві — тоталітаризму.

### **Верховенство права, законність і законодавча влада**

Ще видатний німецький філософ І. Кант говорив, що конституційність у державі залежить від наявності та суворого дотримання писаних законів. І хоча нині визнано, що писаний закон не є панацеєю верховенства права, принцип законності (а вона походить саме від закону) розглядався творцями концепції верховенства права як один з визначальних її складових. Таке ставлення до законності притаманне й сучасним прихильникам цієї концепції.

Щоправда, на відміну від позитивістської традиції, концепція верховенства права не зводить її до формальної законності, тобто до правління на основі закону, незалежно від його змісту. Таке розуміння законності, на думку практично всіх західних правознавців, не забезпечує достатніх обмежень влади, що є необхідною умовою верховенства права [3, 108].

Верховенство права передбачає, поперше, законність, засновану на визнанні та беззастережному прийнятті найвищої цінності людини, її забезпе-

ченні від свавілля владних інституцій та їх посадових осіб, тобто законність, яка у вітчизняній літературі досить часто іменується правозаконністю. Це цілком відповідає практиці Європейського суду з прав людини, який у своїх рішеннях неодноразово акцентував увагу на тому, що вислів «згідно з законом — означає ... щоб закон не суперечив принципам верховенства права» [13].

По-друге, вимога законності згідно з принципом верховенства права поширюється на діяльність органів публічної влади та їх посадових осіб, а не на всіх суб'єктів права, зокрема громадян та їх об'єднань, як це прийнято вважати у вітчизняному правознавстві. За такого розпорощення суб'єктів законності фактично нівелюється підвищена небезпека порушень закону з боку посадових осіб порівняно з його порушеннями громадянами.

З позицій верховенства права жоден акт управління не може підняти своїм регулюванням закон, а будь-яка дія або повноваження органу управління повинні мати свою підставу саме в законі, тобто відповідати принципу «те, що прямо не дозволено законом, заборонено». Цей принцип знайшов своє відображення, зокрема, у ст. 19 Конституції України.

Принцип законності тісно пов'язаний з такою вимогою верховенства права як обмеження дискреційних повноважень, тобто прийняття рішень державними органами, посадовими особами на власний розсуд.

Ця складова верховенства права вимагає, насамперед, щоб діяльність державних органів, зокрема й законодавчого, підпорядковувалась утвердженню і забезпеченню прав і свобод людини. Саме вони та їх гарантії відповідно до ст. 3 Конституції України визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Зазначене положення в позитивній формі фактично

формулює одну з найсуттєвіших вимог верховенства права — вимогу правового закону. Адже невід’ємні, невідчужувані права і свободи людини є, як зазначалося, першоджерелом права; вони стоять на перешкоді волюнтаризму не тільки органів виконавчої та судової влади, а й парламенту, обмежуючи свободу його розсуду при прийнятті закону.

За попередньою вітчизняною традицією серед конкретних вимог принципу законності часто називається вимога верховенства закону. Можна погодитися з С. Головатим у тому, що збереження самого терміна «верховенство закону» у зв’язку з уведенням у національну правову систему принципу верховенства права виглядає сумнівним [6, 1460]. Оперування цими двома термінами справді породжує певну плутанину, оскільки англійське «*Rule of Law*» досить часто політиками, журналістами, а інколи і перекладачами творів іноземних авторів трактується як «верховенство закону» (англійське «*Law*», як відомо, українською мовою перекладається і як «право», і як «закон»). З огляду, очевидно, на недопущення цієї плутанини термін «верховенство закону» відсутній у Конституції України.

Разом з тим надто категоричним є твердження С. Головатого про те, що порівняно поширені у вітчизняній літературі висловлювання про пріоритетність, базовість, визначальність закону в ієрархії нормативно-правових актів «слід сприймати... як залишково-інерційні постулати радянсько-позитивістської доктрини права» [6, 1461]. Досить вразливими, як на мене, є й міркування автора, що випливають із названого твердження, про те, що Конституція України «загалом не торкається питання «юридичної сили закону» та його співвідношення з іншими нормативно-правовими актами, а

натомість вказує зовсім не на провідне місце закону в системі актів *держави...* а лише на *вторинність і підпорядкованість закону* (за походженням, місцем, роллю, рівнем тощо) первинному і найвищому джерелу права — власне Конституції» [6, 1461].

Не зупинятимемося на детальному аналізі цих міркувань, тим більше що положенням Конституції України щодо місця та ролі закону в системі нормативних актів присвячено чимало публікацій, які незалежно від часу їх виходу у світ (до чи після праці С. Головатого) спростовують названі міркування. Зазначу лише, що у ст. 92 Конституції України чи не найпереконливіше засвідчено провідну роль закону в ієрархії нормативно-правових актів. Ця стаття встановлює перелік питань, які належать до предмета регулювання законом. Цей перелік охоплює практично всі сфери правового регулювання, хоча в одних випадках визначення законом є вичерпним і не залишає будь-яких можливостей для підзаконного регулювання, а в інших законом встановлюються лише засади регулювання, що дає змогу їх конкретизувати підзаконними нормативними актами.

Пріоритетність закону відображає один з визначальних принципів демократизму — належність влади народу, який здійснює її насамперед безпосередньо і через представницькі органи влади, до яких належить парламент; така пріоритетність має створювати базу для єдності та внутрішньої узгодженості всієї системи нормативних актів.

Якщо звернутись до бодай поверхового ознайомлення із законотворчою діяльністю Верховної Ради України за роки незалежності, то перше враження складається вельми обнадійливе. Її кількісні показники засвідчують, що питома вага законів у масиві нормативних актів зростає, що цілком від-

повідас духу і букві Конституції, зокрема ст. 92.

Проте більш глибокий аналіз результатів законодавчої діяльності парламенту, на жаль, не дає підстав для оптимізму.

Зростання кількості законів не супроводжується зростанням їх якості. У масиві прийнятих законів надто мало законів базового, визначального для правової системи характеру. Досі не приведені у відповідність до Конституції безліч застарілих, можна сказати, архаїчних законів, які в майже незмінному вигляді дісталися у спадок від радянської епохи. Серед них, зокрема, такі як Кримінально-процесуальний кодекс, Кодекс про адміністративні правопорушення, закони про прокуратуру, про міліцію тощо. Серед законів переважають такі, що присвячені питанням, хоча, можливо, і не дріб'язковим, проте й не системоутворюючим, на кшталт законів про бджільництво, племінне тваринництво тощо. Очевидно, такого роду питання могли би бути предметом консолідованих, рамкових законів, які встановлювали б засади нормативного регулювання у відповідних сферах.

У масиві законів більше половини — це закони про внесення змін до раніше прийнятих. Не виникає сумніву, що такі закони в умовах сучасного динамічного життя є неминучими. Проте насторожує їх кількість. Якщо до цього додати, що до деяких законів за час їх дії зміни вносилися понад 100 разів (наприклад, Закон «Про податок на додану вартість» переглядався 139 разів, Закон «Про оподаткування прибутку підприємств» — 126 разів), то висновки напрошуються самі собою. Законопроектувальникам і законодавчій діяльності Верховної Ради України бракує прогнозованості, професіоналізму, кваліфікованої та незалежної експертизи законопро-

ектів. Проте не тільки цього. Прийняті закони часто є результатом не стільки кропіткої, професійної роботи, скільки впливу неконтрольованих (зокрема законом), лобістських угруповань, політичної, бізнесової чи іншої корпоративної доцільності, «підкилимових» домовленостей і брутальних торгів. Жодна, навіть найпрофесійніша експертиза, на заваді такому стану речей стати не може.

Як наслідок зазначених та інших хиб законотворчої діяльності національна законодавча система стає дедалі громіздкою і суперечливою; у ній химерно поєднуються різнопланові й різномірні, нерідко несумісні між собою законодавчі положення чи навіть окремі закони. Такий законодавчий хаос надзвичайно ускладнює процес застосування, що не може не відбиватися негативно на утвердженні верховенства права.

Особливу тривогу викликає зростання кількості законів, які суперечать Конституції України. За підрахунками фахівців, із загальної кількості законів, прийнятих Верховною Радою України протягом 1997–2009 рр. (тобто фактично за час дії Основного Закону), кожний 18-й закон чи окремі його положення визнані Конституційним Судом України неконституційними [14]. Як свідчать останні дані, обнародовані на Міжнародній конференції «Європейські парламентські традиції та практики для України», що відбулася 3–4 березня 2010 р. у Києві, тенденція до зростання кількості неконституційних законів чи окремих положень поглиблюється. Так, протягом 2007 — листопада 2009 рр. Конституційним Судом загалом було ухвалено 77 рішень. З них 45 % стосувалось конституційності законів. Дві третини розглянутих КСУ законів повністю чи частково було визнано неконституційними. У перші два місяці 2010 р.

кількість, м'яко кажучи, сумнівних законів із точки зору їх відповідності Конституції України поповнилась не тільки згаданим законом про зміну принципів формування коаліції, а й іншими законами — про скасування виборів до місцевих рад, про тендерні закупівлі тощо. Конституційний безкрай, який, на жаль, значною мірою уособлює нині Верховна Рада України, стає все більшою загрозою не тільки для утвердження верховенства права в суспільстві, а й для національної безпеки України, і зрештою, може поставити під сумнів існування самої нашої державності.

На згаданій Міжнародній конференції було висловлено чимало слушних думок і пропозицій, спрямованих на удосконалення законодавчого процесу в Україні. Чи будуть вони затребувані Верховною Радою України — дуже сумнівно. Як на мене, у нинішньому своєму складі на кардинальне поліпшення законодавчої діяльності вона неспроможна. Хотілося б вірити, що напрацьовані пропозиції стануть у пригоді іншому складу парламенту, обраному на основі нового закону про вибори, який забезпечить виборцям справжнє, а не деклароване волевиявлення.

### **Верховенство права і виконавча влада**

Виконавча влада — це та гілка влади, яка найбільш наближена до задоволення повсякденних потреб людей. Саме вона має виконувати основний обсяг державної роботи щодо виконання законів, створення умов для реалізації прав і свобод громадян. Тому зрозуміло, що від рівня цивілізованості, демократичності відносин органів виконавчої влади та їх посадових осіб з громадянами значною мірою залежить стан забезпечення верховенства права в державі та суспільстві загалом.

На жаль, як попередній, так і сучасний досвід свідчать про те, що такі

відносини в нашій країні досі не склалися. Як слушно зазначає В. Авер'янов, і після здобуття незалежності в Україні зберігається стара радянська (точніше, неорадянська) «державоцентристська» ідеологія державної, зокрема виконавчої, влади, за якою людині все ще відводиться місце не суб'єкта, інтересам якого має служити держава, а суто підвладного, керованого об'єкта [15, 267; 16, 156], і поки не відбудеться зміна цієї ідеології на «людиноцентристську», згідно з якою діяльність усіх державних інститутів включно з інститутами виконавчої влади має підпорядковуватися реалізації та захисту прав і свобод людини, сподіватися на реальне втілення в життя вимог верховенства права марно.

Знову доводиться констатувати, що фіксація такої оновленої ідеології в Конституції України, зокрема в її ст. 3, про яку вже згадувалося, залишатиметься фікцією без перетворення її на органічну складову правосвідомості державних службовців — чиновників, з яких, власне, й складається виконавча влада.

Це зовсім не означає, що суспільство і держава мають зайняти позицію очікування, поки чиновники дозріють до сприйняття оновленої конституційної ідеології. Без стимулювання цього процесу за допомогою відповідних законів такого «дозрівання» взагалі можна не дочекатися.

Одне з провідних місць в утвердженні нових відносин між виконавчою владою і громадянами, що ґрунтуються на положеннях Конституції України, має бути відведене такій вимозі верховенства права як обмеження дискреційних повноважень. Як уже зазначалося, воно стосується всіх гілок влади, проте особливого значення набуває для виконавчої влади.

Широкі дискреційні повноваження органів виконавчої влади та їх посадо-

вих осіб часто призводять до порушень прав і свобод громадян, створюють ґрунт для корупції та інших зловживань. Тому не випадково чіткій визначеності таких повноважень та їх введенню в жорсткі межі закону приділяється значна увага Європейським судом з прав людини та конституційними судами європейських країн.

Як зазначалося в одному з рішень Європейського суду з прав людини, закон може передбачати дискреційні повноваження за умови, що такі повноваження і спосіб їх здійснення вказані з достатньою якістю для того, щоб з урахуванням правомірності мети цих заходів забезпечити індивіду адекватний захист від свавільного втручання влади [17, 553].

Обмеження дискреційних повноважень означає, що будь-який орган виконавчої влади не тільки не може сам визначати свої власні повноваження, а й встановлювати їх для підпорядкованих йому органів та їх посадових осіб [18, 16].

Особливо актуальним у сучасних українських реаліях є зведення до мінімуму дискреційних повноважень державних чиновників у таких сферах, як:

- інвестиційна діяльність, за якої органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування мають дискреційні повноваження на надання земельних ділянок при здійсненні інвестиційних проектів на праві безстрокового користування або на підставі договору оренди, а також на надання інвестиційного податкового кредиту;

- обслуговування державних фінансових ресурсів, коли в процесі вибору уповноваженого банку призначається та чи інша кредитна організація (наприклад, якщо адміністрація має право відмовити кредитній організації, що виграла відкритий конкурс, і призначити новий конкурс з іншими умовами);

- використання державної та муніципальної (комунальної) власності, коли чиновники мають можливість передавати таку власність в оренду за встановленими ними самими підставами без проведення аукціонів;

- закупівлі товарів, продукції, сировини і продовольства для державних потреб, коли у чиновників є дискреційні повноваження визначати випадки надання фінансових пільг чи фінансових ресурсів, авансової оплати поставок, розміщувати замовлення на безконкурсній основі тощо;

- оподаткування, коли уповноважені органи мають право встановлювати для тієї чи іншої категорії платників податків додаткові умови надання податкових пільг, окрім тих, що прямо вказані в законі;

- пожежна безпека, якщо уповноважені органи можуть самостійно встановлювати додаткові вимоги пожежної безпеки до суб'єктів господарської діяльності тощо [19].

Саме в цих та подібних до них сферах, як підтверджує практика, відбувається найбільше зловживань.

З обмеженням дискреційних повноважень безпосередньо пов'язана така гарантія забезпечення верховенства права в системі виконавчої влади як наявність розвинутих процедур у діяльності її органів і посадових осіб, передусім у їх відносинах з громадянами. Встановлюючи для органів виконавчої влади та їх посадових осіб відповідні критерії прийняття рішень, справедливі процедури здатні обмежити їх владу [8, 145].

На відміну від багатьох європейських країн, де існують спеціальні кодифіковані акти, присвячені детальній регламентації таких процедур, в Україні вони залишаються чи не найменш урегульованою частиною адміністративного законодавства [16, 168].

Тим часом, значною мірою завдяки чітким процедурам, відносини грома-

дянина і держави із площини субординації переходять у площину юридичної рівності — одного з визначальних принципів верховенства права.

### **Верховенство права і судова влада**

Послідовне втілення в життя принципу верховенства права можливе тільки за умов сильної, незалежної та неупередженої судової влади. У цивілізованому суспільстві суду належить центральне місце у цьому процесі. Адже саме він уособлює справедливість, ставить «останню крапку» в пошуку й утвердженні права при вирішенні конкретних справ. Чим вищий у країні авторитет суду і правосуддя, чим більшу незалежність має суд у взаємовідносинах із законодавчою і виконавчою владою, тим вищий рівень правості та демократичності самої держави, тим надійніше захищені від можливих посягань права і свободи громадян. Саме це зумовило суттєве зростання ролі та розширення сфери компетенції судової влади в сучасному світі. Як зазначається в західній літературі, «по всій Європі як національні, так і наднаціональні суди почали відігравати набагато активнішу і вагомішу роль у вирішенні важливих і суперечливих суспільних питань, які раніше вирішувалися урядом [20, 249]. Дедалі більше серйозних судових рішень, що мають суттєві політичні наслідки, почало з'являтися також в інших регіонах світу, зокрема у посткомуністичному просторі [3, 127].

Не залишилася осторонь цих процесів також Україна. Як свідчить вітчизняний досвід останніх 10–15 років, справи, що стають предметом розгляду судів, дедалі більше політизуються. Причому це стосується не лише Конституційного Суду України, для якого практично кожне питання, яке він розглядає, є політичним, оскільки

воно лежить в основі будь-якого конституційного спору [21], а й судів загальної юрисдикції, насамперед справ, що становлять предмет адміністративної юстиції. Особливо політизованими серед них виявляються справи щодо дотримання виборчого законодавства. Рішення судів у справах такого роду набувають політичного значення опріч волі їх авторів, помітно впливаючи на політичний процес навіть в умовах його більш-менш спокійного розвитку, підтвердженням чого може бути ухвала Вищого адміністративного суду України від 20 лютого 2010 р.

Тим більше суди вимушено (не з власної ініціативи, оскільки самостійно проявити свою активність суду не дозволено, а на підставі зовнішнього поштовху — скарг зацікавлених осіб) втягуються у цей процес у період гострих політичних криз. Одну з найдраматичніших наше суспільство пережило на рубежі 2004–2005 рр. У такі історичні моменти суди виявляються в епіцентрі політики. Саме вони в цих ситуаціях, як свідчить історичний досвід, своїми рішеннями сприяють подоланню кризи, часто вирішуючи долю країни.

Таку місію змушений був виконувати і Верховний Суд України, приймаючи історичні рішення від 3 грудня 2004 р. та 20 січня 2005 р.

Представники деяких політичних сил сьогодні намагаються оцінювати ці рішення виключно як політичні й пов'язувати з ними початок того конституційного безкраю, який ми спостерігаємо зараз.

Автору цієї статті вже доводилося аналізувати зазначені рішення [22, 3–7], тому не повторюватимусь. Зазначу лише, що гострий політичний конфлікт Верховний Суд України вирішив, незважаючи на всю неординарність ситуації, яка склалася на той час у країні, правовими засобами, у ме-



жах права і через право. Інша річ, що правові засоби для цього рішення Суду довелося шукати не стільки в Законі України «Про вибори Президента України», який не дав відповідей на запитання, зумовлені ситуацією, скільки за його межами, насамперед у Конституції України та міжнародних пактах про права і свободи людини та громадянина.

Намагання ревізувати це рішення Верховного Суду України, як і спроба впливу на Конституційний Суд України з метою отримання позитивного рішення щодо конституційності названого раніше закону про внесення змін до Закону про регламент Верховної Ради (а саме так слід розцінювати публічні заяви окремих членів уряду про нібито вже визріле позитивне рішення КСУ), є нічим іншим, як посяганням на незалежність судової влади, яка і без того все ще є досить хиткою. Про причини її недосконалості та шляхи реформування авторів вже доводилось говорити в недавньому інтерв'ю, опублікованому в № 12 журналу за 2009 р.

Наголошу лише на тому, що фактична незалежність суддів визначається не тільки Конституцією і законами, а й особистістю самого судді, його компетентністю і моральними якостями. На жаль, високим європейським стандартам, що ставляться до судді, чимало вітчизняних суддів не відповідає.

Тому позитивно оцінюючи посилення значення судової влади в утвердженні принципу верховенства права, разом з тим не можна не звернути уваги на межі такого посилення, які б убезпечили суспільство від надмірної концентрації влади в руках певної групи, перетворивши верховенство права на верховенство суддів, що суперечить принципу розподілу влади. Невирішеність цього питання викликає тривогу навіть на Заході, де авторитет

суду традиційно високий. В умовах замкнутості, непрозорості, громадської неконтрольованості судової влади, непрофесійності й корумпованості значної частини суддівського корпусу, що нині має місце в Україні, ця небезпека стає тим більш реальною.

Проте проблема монополізації влади, компетентності та моральності її носіїв — це не лише проблема судової влади.

Верховенство права за самим своїм визначенням не може зайняти в суспільному житті подобаючого йому місця, якщо в суспільстві не створена відповідна моральна атмосфера, якщо сама влада є аморальною, використовується у групових вузькокорпоративних інтересах.

Аморальну владу неспроможні вести у правове русло навіть такі принципи — вимоги верховенства права як верховенство Конституції, розподіл влади, законність тощо, скільки б їх не удосконалювали.

Як відомо, в аморальній країні закони безсилі. «Неписані правила і традиції», які склалися практично в усіх сферах суспільного життя, часто виявляються сильнішими за найгуманніші закони. Таке суспільство у принципі не спроможне стати правовим, тобто тим, у якому утверджується верховенство права.

Це зовсім не означає, що ми маємо відмовитись від аналізу цих проблем та пошуків шляхів і засобів подолання тієї вкрай небезпечної ситуації, яка склалася в країні сьогодні. Навіть якщо це виглядатиме романтизмом.

На зміну нинішнім поколінням неодмінно прийде нова хвиля політиків і фахівців-правників, не обтяжених попередніми традиціями, з новим, справді європейським мисленням, для яких верховенство права стане не політичною декларацією, а реальним дороговказом у їхній практичній діяльності.

## ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Козюбра М. І. Права людини і верховенство права // Право України. — 2010. — № 2.
2. *The Rule of Law*. Konrad-Adenauer-Stiftung. — 1997.
3. Таманага Браян. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія. — К., 2007.
4. Waldron J. Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)? 21 Law and Philosophy. — 137 (2002).
5. Конституційний Суд України. Висновки. — Кн. 5 — К., 2005.
6. Головатий С. Верховенство права : у 3 кн. — К., 2006.
7. Рабінович П. Верховенство права в інтерпретації Страсбурзького суду та Конституційного Суду України // Українське право. — 2006. — № 1.
8. Аллан Т. Р. С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права. — К., 2008.
9. Dixey A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. — 1959 (1961). — P. 232, 235; Дайсі А. Вступ до вчення про право Конституції. Анатомія лібералізму. Політико-правничі вчення та верховенство права. — 2008. — С. 522, 527.
10. Тодыка Ю. Н. Основы конституционного строя Украины. — Харьков, 2000.
11. *Droit Annual Report of Activities for 1996* European Commission for Democracy through Law. — DOC CD 4 (97) 8. — Strasbourg. — 25 February, 1997.
12. Ромашова Н. «Мистецтво» прогнозувати // День. — 2010. — 12–13 берез.
13. *Krushin v. France*. — 24 April 1990. — Published in 176 — А.
14. Мельник М., Хавернюк М. Нові антикорупційні закони : пил в очі чи граната в руках мавпи? // Дзеркало тижня. — 2009. — 19 груд.
15. Авер'янов В. Б. Проблеми забезпечення верховенства права у сфері виконавчої влади // Українське право. — 2006. — № 1.
16. Авер'янов В. Б. Принцип верховенства — визначальна засада нової доктрини адміністративного права / Принцип верховенства права у діяльності держави та в адміністративному праві. — К., 2008.
17. *Европейский суд по правам человека. Избранные решения*. — Т. 1. — М., 2000.
18. Рижков Г. Принцип правової держави в Основному Законі і судова практика Федерального конституційного суду. Німецький фонд міжнародного наукового співробітництва. — 2005.
19. Проект «Бизнес и коррупция: проблемы взаимодействия» // www.indem.ru
20. *John Ferejon and Pasquale Pasgino. Rule of Democracy and the Rule of Law*. — Cambridge, 2003.
21. Лімбах Ю. Федеральний Конституційний суд як політичний фактор влади. Humboldt forum recht. — К., 1996.
22. Козюбра М. І. Право, політика, правосуддя : зарубіжний та вітчизняний досвід взаємовідносин // Наукові записки НаУКМА. — К., 2005. — Т. 38.

### Козюбра М. І. Верховенство права: українські реалії та перспективи

**Анотація.** У статті розкривається зміст поняття верховенства права через призму його основних вимог, що, на думку автора, є найбільш продуктивним для розуміння верховенства права. Аналізується стан та перспективи дотримання цих вимог у діяльності законодавчої, виконавчої та судової влади. Особлива увага приділяється принципу верховенства Конституції в утвердженні верховенства права в Україні.

**Ключові слова:** верховенство права, принципи, верховенство Конституції, законність, законодавча влада, виконавча влада, судова влада.

### Козюбра Н. И. Верховенство права: украинские реалии и перспективы

**Аннотация.** В статье раскрывается содержание понятия верховенства права сквозь призму его основных требований, что, по мнению автора, является наиболее продуктивным для понимания верховенства права. Анализируется состояние и перспективы соблюдения этих требований в деятельности законодательной, исполнительной и судебной власти. Особое внимание уделяется принципу верховенства Конституции в утверждении верховенства права в Украине.

**Ключевые слова:** верховенство права, принципы, верховенство Конституции, законность, законодательная власть, исполнительная власть, судебная власть.

### Koziubra M. I. The rule of law: ukrainian reality and perspectives

**Annotation.** The article is devoted to the analysis of the content of the concept of the Rule of Law through the prism of its fundamental requirements that, on the author's opinion, are the most productive for the understanding of the Rule of Law; the author analyses the state and the perspectives of adherence to these requirements in the functioning of the legislative, executive and judicial branches of power. Specific attention is paid to the principle of the supremacy of the Constitution in the implementation of the Rule of Law principle in Ukraine.

**Key words:** Rule of Law, principles, supremacy of the Constitution, legality, legislative branch of power, executive branch of power, judicial branch of power.

# ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ЯК СОЦІАЛЬНО-ПРИРОДНИЙ ФЕНОМЕН (контури ідеалу)



**П. РАБІНОВИЧ**

*доктор юридичних наук,  
професор кафедри теорії та філософії права  
(Львівський національний університет  
імені Івана Франка),  
академік НАПрН України,  
заслужений діяч науки і техніки України*

Відтоді як вперше в українській історії у Конституції України було задекларовано, що у нашій державі, у нашому суспільстві «визнається» і «діє» принцип верховенства права (ст. 8), перед вітчизняною філософією права й загальною теорією права постало нове актуальне завдання: осягнути, розкрити сутність того феномену, який відображено зазначеним терміно-поняттям.

Тому й однією з сучасних знакових тенденцій розвитку вітчизняної юриспруденції стала інтенсифікація загальнотеоретичних досліджень явища і поняття верховенства права. Щодо цієї проблеми помітно зросла кількість наукових публікацій (в Україні нині їх нараховується вже понад двісті!), проводяться спеціальні конференції, захищаються дисертації\*. Й у зарубіжному правознавстві інтерес науковців до неї не вщухає [1].

Ця тенденція стимулюється зокрема й тим, що принцип верховенства права — після анонсування його у Конституції України — почав фіксуватися й у деяких інших вітчизняних за-

конодавчих актах (зокрема у ст. 2 Закону України «Про судоустрій України» від 7 лютого 2002 р., ст. 8 Кодексу адміністративного судочинства України). А поняття «верховенство права» стало використовуватись також в актах Конституційного Суду України, Верховного Суду України та іноді й інших судових органів.

Прикметним є те, що верховенство права досліджується зазвичай «у парі» з правовою державою. І це не випадково: адже такою державою нині вважається лише та, в якій панує, «верховенствує» право, — причому як явище позадержавне (не державно-вольове), а, так би мовити, загальносоціальне, соціально-природне.

У пропонованій статті спробую продовжити аналіз феномену верховенства права, розпочатий мною відразу ж після прийняття Конституції України.

Вже тоді довелося висловити тезу про те, що верховенство права — це пріоритетність у суспільстві загальносоціальних («природних») прав людини [2]. Пізніше цю ідею можна було

\* З останніх творів монографічного рівня можна згадати, наприклад, праці М. Козюбри, А. Селіванова, С. Погребняка, С. Головатого, С. Шевчука, а також опубліковану співробітниками Інституту держави і права НАН України колективну монографію «Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики: у двох книгах».

зустріти й у працях інших вітчизняних авторів.

Та згодом виявилось, що таке розуміння означеного феномену є, на мою думку, дещо однобічним, неповним, а тому потребує корекції.

**Підстави уточнення інтерпретації поняття.** До цього висновку підвели результати подальших досліджень ряду інших філософсько- і загально-теоретично-правових проблем, так чи інакше дотичних до розуміння феномену верховенства права. З-поміж цих результатів відзначу, зокрема, такі положення.

1. «Природне» (за іншою, вважаю, більш адекватною термінологією — загальносоціальне чи соціально-природне) право — це певні можливості учасників суспільного життя, які є необхідними для задоволення їхніх біологічно, біосоціально й суто соціально обґрунтованих, за певних історичних умов, потреб, об'єктивно визначаються досягнутим рівнем розвитку суспільства і забезпечені кожному з усіх суб'єктів одного й того ж виду відповідними обов'язками інших суб'єктів і суспільства загалом та збалансовані з потребами останніх, а також зумовлені такими можливостями принципи й соціальні норми. Отже, «природне» право складається із загальносоціальних, позадержавних можливостей (свобод), обов'язків, принципів та норм. Причому саме загальносоціальні можливості (свободи) суб'єктів, відображені у відповідних принципах та нормах, якраз і становлять буттєву, онтичну сутність загальносоціального («природного») права. Вони є суб'єктивними загальносоціальними правами, які в межах певного суспільства мали би бути, в ідеалі, загальними та потенційно однаковими для всіх суб'єктів одного й того ж виду.

2. Загальносоціальні обов'язки людини та інших суб'єктів — це необ-

хідність їхньої певної поведінки (діяльності), об'єктивно зумовлена конкретно-історичними потребами існування й розвитку інших людей, соціальних спільнот і об'єднань, а також усього суспільства та, зрештою, людства.

3. Загальносоціальне («природне») право існує не тільки як індивідуальне, приватне (тобто як можливість кожної окремої людини), але й як колективне, у певному сенсі публічне (тобто як можливості спільнот, об'єднань, суспільства).

4. Якщо для демократичної, соціальної, правової держави найвищою цінністю є людина (ст. 3 Конституції України), то для кожної людини найвищою соціальною цінністю є суспільство (формально уособлюване державою). Адже тільки «з рук» суспільства людина може отримати усі основні блага, які є конче необхідними для її нормального існування й розвитку. І цю аксіологічну ситуацію, як видається, теж варто було б відобразити в Основному Законі нашої держави.

З огляду на наведені положення якраз і «визріло» уявлення про те, що верховенство права — це, по-перше, не стільки верховенство, так би мовити, статичних, «природних» прав людини, скільки їх реалізація, узгоджена з такими ж правами інших індивідів, людських спільнот, об'єднань й усього суспільства; а по-друге, реалізація не тільки таких прав, а й «природних» обов'язків.

Спробую обґрунтувати таке уявлення докладніше.

**До оновленої дефініції.** Нині є загально визнаним фактом те, що цілком безмежних, «абсолютних» прав людини не існує. Цю обставину з достатньою чіткістю зафіксовано практично в усіх міжнародних актах, які вважаються виразниками всесвітніх і регіо-

нальних стандартів прав людини. Так, у ч. 2 ст. 29 Загальної декларації прав людини зазначено, що основоположні права людини мають обмежуватись законом виключно задля забезпечення прав інших, громадського порядку, загального добробуту і задоволення справедливих вимог моралі у демократичному суспільстві. Схожі положення містяться й у Міжнародному пакті про громадянські і політичні права (ст. 18, 21), а також у Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права (ст. 4). Вони також зустрічаються, з тими чи іншими текстуальними особливостями, й у європейській Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ст. 8–11).

З наведених положень випливає, що у назвах зазначених «обмежувачів» здійснення основоположних прав людини фіксуються якраз загально-соціальні права (тобто природні соціальні можливості) і тих колективних суб'єктів суспільства, які у відносинах із кожною людиною виступають відповідно другою, протилежною стороною.

Такими суб'єктами є як суспільство загалом, так і його окремі частини — спільноти й об'єднання людей. А їхніми правами, які забороняється порушувати будь-якій людині, є принаймні права на громадський порядок, на загальний добробут, на забезпечення суспільної моральності.

І тією ж мірою, якою держава та інші колективні суб'єкти зобов'язані не порушувати, не руйнувати права людини, такою ж мірою й індивіди, у свою чергу, зобов'язані не ушкоджувати права не тільки індивідуальних, а й колективних суб'єктів.

Отже, йдеться про те, що будь-чий природні соціальні можливості (права) стають здійсненими лише за умови виконання певними суб'єктами

відповідних соціально-природних (загальносоціальних) обов'язків.

Природні соціальні права колективних суб'єктів належать їм не «з ласки» якоїсь міжнародної чи національно-державної структури, а зумовлюються сутністю таких суб'єктів як цілісних, якісно специфічних феноменів утворень, формувань. Вони, відтак, є публічними соціально-природними правами. Права такого ґатунку належать, як зазначалось, не тільки суспільству в цілому, а й також різноманітним його спільнотам (віковим, статевим, етнічним, класово-економічним, територіальним тощо) й об'єднанням людей. Права будь-якої частини соціально неоднорідного суспільства є, вочевидь, різновидом теж публічних (групових, колективних) соціально-природних прав. І порушувати їх нікому не дозволяється.

То ж постає таке запитання: чи можна стверджувати про якусь «ієрархізацію», субординацію між усіма трьома зазначеними різновидами соціально-природних прав — індивідуальних, групових і суспільних? Тобто чи можна стверджувати про необхідність домінування якогось одного з них стосовно інших?

Якщо зважати на те, що здійснення прав будь-якого з означених видів не повинно руйнувати, утискати інші види прав, не може перешкоджати реалізації останніх, то відповідь на це запитання видається однозначно заперечною. Іншими словами, жоден окремий вид соціально-природних прав (природних соціальних можливостей) не може бути безвинятково, безумовно домінуючим, «верховним» стосовно прав інших видів (вирізнених залежно від природи, від, так би мовити, онтичного статусу їхніх носіїв).

Права кожного з трьох означених видів обмежуються, головним чином,

у їх змісті й обсязі, іншими різновидами соціально-природних прав. Отже, йдеться про змістову й обсягову взаємозалежність, взаємообумовленість здійснення будь-чиїх соціально-природних прав, тобто про їхню взаємну узгодженість, збалансованість. Досягнення такого стану існування й реалізованості означених прав саме і давало б підставу констатувати, що у суспільстві встановлено верховенство права — верховенство, ясна річ, права «природного», загальносоціального.

Очевидним фактом видається й те, що будь-які соціально-природні права — саме з огляду на їх соціальну природу — не можуть здійснюватись, «не зачіпаючи», так чи інакше, прав (інтересів, потреб) інших суб'єктів. (Згадаю відомий вислів одного з діячів доби європейського Просвітництва: «Ваше право розмахувати руками закінчується там, де починається ніс іншої людини».) Тому безпосереднім об'єктом згаданого «збалансовування», узгодження є насамперед обсяг («доза») взаємних обмежень прав різних учасників суспільного життя.

Отже, спираючись на викладені положення, можна резюмувати, що як особливий соціальний феномен верховенство права — це взаємозумовлене існування і взаємоузгоджена реалізація основоположних прав та обов'язків (тобто природних соціальних можливостей і необхідностей) людини, а також людських спільнот, об'єднань й усього суспільства. (Наведене положення стосується й «природних» прав і обов'язків міжнародних спільнот, міжнародних об'єднань та усього людства.)

Відповідно до цього, до речі, і правову державу можна буде інтерпретувати як таку, в якій юридичними (державно-вольовими) засобами максимально забезпечується збалансована реалізація соціально-природних прав

й обов'язків людини та інших суб'єктів соціуму.

### **Ідеальний правовий дороговказ.**

Встановлення у суспільстві верховенства права у повному обсязі — постійного й повсюдного — є, радше, ідеалом, до здійснення якого має прагнути кожна держава, що намагається стати правовою, та й усі колективні суб'єкти соціуму, які прагнуть правового суспільства. Аби рухатись у цьому напрямі, у державі виголошується, задекларується визнання принципу верховенства права як однієї з основоположних засад діяльності усіх її органів та інших суб'єктів суспільства. (Хоча самé закріплення такого принципу, зрозуміло, ще не означає, що у суспільстві вже реально існує верховенство права.)

Цей принцип, задля його практично-регулятивного впливу, має бути ще конкретизований через опис емпірично фіксованих ознак певних соціальних явищ, в яких якраз і знаходитиме вияв верховенство права. Такими явищами можуть бути, скажімо, певні способи формування державних органів, їхньої діяльності, взаємодії з іншими суб'єктами та діяльність останніх, їхні документовані акти, певне співвідношення інтересів різних суб'єктів. Це підтверджується, зокрема, дослідженими мною підходами Європейського суду з прав людини до інтерпретації верховенства права [3].

Немає потреби докладно доводити, наскільки складним, а подекуди, можливо, й проблематичними, є досягнення означеного ідеалу, перетворення його на дійсність. (І чи не тому окремі з наших поважних науковців називають верховенство права «міфом»?) Досить нагадати, що властива феномену верховенства права «збалансованість» (прав, інтересів, потреб різних суб'єктів) є, власне, його оцінюваною

властивістю і, відповідно, оціночною категорією, яка «приречена» неоднозначно, неуніфіковано витлумачуватись і застосовуватись до конкретних ситуацій різними суб'єктами. Але суспільство в особі держави чи міжнародних організацій задля того, щоб конституювати у кожному конкретному випадку остаточну змістовну оцінку стану збалансованості чи, навпаки, незбалансованості конфліктуєчих прав (конкуруючих інтересів), консенсусно створює певні інституції (зокрема суди), рішення яких із цього питання вважатимуться «останньою крапкою» і не підлягатимуть офіційному оскарженню, опротестуванню.

На закінчення лише наведу досить вдале, як на мене, положення про верховенство права, вміщене у ст. 2 чинного Закону України «Про судоустрій

України» від 7 лютого 2002 р. У ній встановлюється, що «суд, здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, забезпечує захист гарантованих Конституцією України та законами прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства і держави». Тут, як вбачається, поняття верховенства права не обмежене правами лише людини й громадянина.

Отже, обстоювана мною наразі інтерпретація аналізованого феномену значною мірою збігається із наведеним законодавчим приписом.

А останній, до речі, втілює, окрім іншого, презумпцію відповідності «природному» праву Конституції України й інших законів України — презумпцію, яка, однак, не належить до безумовно неспростовних...

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Almqvist, Jessica*. Human rights, culture, and the rule of law. — Oxford, 2005. — 242 p.; *Promoting the rule of law abroad : in search of knowledge*. — Washington, 2006. — 363 p.; *Spreading democracy and the rule of law? The impact of EU enlargement on the rule of law, democracy and constitutionalism in post-communist legal orders*. Sadurski Wojciech, Czarnota Adam, Martin Krygier (eds.) — Dordrecht, 2006. — 390 p.; *Feldbrugge, Ferdinand*. Russia, Europe, and the rule of law. — Leiden, 2007. — 223 p.
2. *Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень)*. — Х., 1997. — С. 11–12; *Юридический вестник*. — 1997. — № 3. — С. 66–69; *Юридична енциклопедія*. — К., 1998. — Т. 1. — С. 341–342.
3. *Юридичний вісник України*. — 2005. — № 48; *Вісник Конституційного Суду України*. — 2006. — № 1; *Адвокат*. — 2006. — № 2.

#### Рабинович П. М. Верховенство права як соціально-природний феномен (контури ідеалу)

**Анотація.** У статті подається одна з можливих інтерпретацій феномену верховенства права. А саме: верховенство права — це взаємоузгоджене існування та взаємоузгоджена реалізація основоположних («природних») прав та обов'язків людини, соціальних спільнот, об'єднань й усього суспільства.

**Ключові слова:** верховенство права, основоположні права людини, основоположні обов'язки людини, основоположні права спільнот і об'єднань.

#### Рабинович П. М. Верховенство права как социально-естественный феномен (контуры идеала)

**Аннотация.** В статье излагается одна из возможных интерпретаций феномена верховенства права. А именно: верховенство права — это взаимосогласованное существование и взаимосогласованная реализация основоположных («естественных») прав и обязанностей человека, социальных общностей, объединений и всего общества.

**Ключевые слова:** верховенство права, основоположные права человека, основоположные обязанности человека, основоположные права социальных общностей и объединений.

#### Rabinovych P. M. Rule of Law as Socio-Natural Phenomenon (Contours of Ideal)

**Annotation.** In the article one of possible rule of law phenomenon interpretations is being given. It is namely substantiated that rule of law is mutually consistent existence and mutually consistent realization of fundamental («natural») rights and obligations of human being, its communities, associations and society in general.

**Key words:** rule of law, fundamental rights, fundamental obligations.

# ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА В СИСТЕМІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СУСПІЛЬНИХ ВІДНОСИН



## **О. ПЕТРИШИН**

*доктор юридичних наук, професор,  
завідувач кафедри теорії держави і права  
(Національна юридична академія України  
імені Ярослава Мудрого),  
академік НАПрН України,  
віце-президент НАПрН України*

**П**ринцип верховенства права, запозичений Конституцією України 1996 р. з арсеналу європейської правової традиції, де він є, на думку відомого дослідника цієї тематики Б. Таманаги, «виключним і легітимуючим політичним ідеалом», який поступово поширюється на увесь сьогоденний світ [1, 11], покликаний якісно змінити як основоположні засади, так і практичну складову системи правового регулювання суспільних відносин у напрямі до загальноновизнаних гуманітарних цінностей та критеріїв соціальної ефективності. Сьогодні в юридичній літературі існує розмаїття змістовних акцентів у розумінні цього складного явища — ідеологічних, політичних, юридичних, соціальних [2]. Наразі в межах загальнотеоретичної правової дисципліни принцип верховенства права доцільно розглядати принаймні у двох аспектах.

По-перше, в широкому значенні — як принцип правової організації державної влади в суспільстві, так би мовити, у сенсі «верховенства права над державою». Саме так цей принцип тлумачиться за межами континентальної моделі правової держави за посередництвом англосаксонської кон-

струкції верховенства (панування) права («*Rule of law*»). Як результат англосаксонське «верховенство права» за основним своїм змістом ототожнюється з континентальною «правовою державністю». Наприклад, проблематика американського досвіду й перспективи підтримання верховенства права містить широке коло загальних питань державно-правового устрою: конституціоналізму, федералізму, поділу влади, громадянських прав, судового захисту, судової системи, кримінального судочинства, адміністративного права тощо [3]. Що ж до розуміння особливостей континентальної концепції правової держави — своєрідного німецького аналогу принципу верховенства права, то на відміну від останнього, покликаного з самого початку заснування обмежувати державну владу, правова держава певний час зводилась до «самообмеження державної влади законом», і лише за сучасних умов під впливом англосаксонської доктрини «*Rule of law*» модель правової держави стала пов'язуватися з ідеями панування права, яке розглядається автономним стосовно держави й саме тому здатним до її обмеження.



По-друге, у вузькому розумінні, а саме у контексті співвідношення однорідних правових категорій — права й закону в системі регулювання суспільних відносин, їх ролі та місця в забезпеченні правопорядку, тобто у сенсі «верховенства права над законом». Саме на такий підхід орієнтує ст. 8 Конституції України, що закріплює визнання та дію принципу верховенства права і роз'яснює відповідно до цього його зміст: а) як найвищу юридичну силу Конституції України, яка передбачає, що закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України й мають відповідати їй; б) як пряму дію норм Основного Закону країни, що передбачає гарантування звернення до суду для захисту конституційних прав та свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України. Таким чином, Конституція, проголошуючи Україну правовою демократичною соціальною державою (ст. 1), виключає тавтологічне «правовій державі» широке розуміння «верховенства права». Такий більш спеціальний підхід до розуміння принципу верховенства права дає змогу розглядати питання панування права в суспільних відносинах і більш загальні проблеми організації державної влади як відносно самостійні, сконцентрувати увагу правознавців на власне правовій складовій як першої, так і другої проблематики, зокрема ролі судових органів як остаточного арбітра з правових питань насамперед щодо захисту прав та свобод людини і громадянина.

Проте проблематика верховенства права не зводиться лише до того, щоб визначити відмінності між правом і законом, як це часто-густо зазначається у сучасній вітчизняній юридичній літературі, оскільки здебільшого вони

висвітлюються із суто формальних позицій, як-то право — це зміст, а закон є його формою, адже, як відомо, форма завжди має бути змістовною, а зміст сформованим. Визначення таких відмінностей на звичному методологічному ґрунті не може відкрити нових пізнавальних можливостей для розуміння принципу верховенства права. Адже з часу свого виникнення ідея верховенства права розглядалася в контексті змістовних цінностей — як панування божественного чи природного закону, призначення якого вбачалося в обмеженні світської (державної) влади. Зокрема, у класичному обґрунтуванні принципу верховенства права А. Дайсі йшлося про те, що, поперше, жодна людина не може бути покарана інакше як за порушення чітко визначених положень закону, прийнятого згідно з попередньо визначеною процедурою, яке (покарання) встановлюється судовою системою; по-друге, кожна людина, незалежно від її статусу та обставин, підпадає під дію звичайних законів у межах судової юрисдикції; і останнє — норми конституційного права є не джерелом, а наслідками прав індивідів, які визначені та захищені судами [4].

З позицій сучасного стану правової науки запровадження верховенства права в національну правову систему передбачає насамперед висвітлення правової проблематики у контексті суспільства в цілому, а не лише його державно-владної організації, що тільки й здатне створити можливості для більш повного розуміння принципу верховенства права. Для цього зміст поняття права має бути поширеним не лише за межі його розуміння як «наказу держави», а й сукупності норм права як лише потенційних, хоча й загальнообов'язкових, правил поведінки у напрямі врахування певних

ненормативних, діяльнісних аспектів, які є необхідними елементами реалізації правових норм, розуміння права як специфічної соціальної реальності. Тому для досягнення соціально значимого результату в системі правового регулювання стають важливими не лише норми права як взірці поведінки, а й відповідні процедури та процес здійснення приписів правових норм, який не повинен відриватися від них, а також їх змісту. Подібним чином ставить проблему Б. Таманага: чи є спосіб використання закону його складовою, вважаючи його (спосіб) своєрідним критерієм моральності закону [1, 11]. Такий підхід дає змогу наголосити на необхідності запровадження в соціальну матерію принципу верховенства права не лише шляхом підвищення якості та узгодженості законодавства, а й за посередництвом таких специфічних ненормативних, але правових за своїм змістом вимог, як право на судовий захист, доступність правосуддя, незалежність суду, кваліфікація суддів, остаточний статус судового рішення з питань права.

Зміст права за цих умов формується на теренах суспільства, яке є ареною співпраці й конфліктів різних інтересів — економічних, політичних, етнічних, моральних тощо. У цьому контексті правова проблематика тісно пов'язана з соціалізацією індивідів, особливостями менталітету та національної правової культури, становленням інституцій громадянського суспільства, демократизацією політичного життя, участю громадян у правоутворенні, зокрема у виявленні потреби у правовому регулюванні суспільних відносин, формуванні соціальних очікувань щодо його спрямованості та змісту, обговоренні проєктів законів та інших нормативно-правових актів, реалізації та оцінці

ефективності законодавства. Відповідно, норми права розглядаються як такі, що складаються в результаті повторюваності [5] і об'єктивації певних соціальних ситуацій у тісному зв'язку з соціальними можливостями їх реалізації в діяльності учасників суспільних відносин, що не виключає необхідності набуття ними за посередництвом втручання специфічних державно-владних інституцій таких специфічних рис, як чітке і зрозуміле визначення прав та обов'язків, публічне визнання сформульованих правил поведінки, можливість їх примусового гарантування. Соціальне середовище є й найбільш відповідним підґрунтям для практичного здійснення правових норм, де тільки й можуть скластися реальні показники ефективності права. Саме у цьому контексті авторитетний російський правознавець С. Алексєєв пропонує доповнити звичний процес пізнання правових форм «вивченням її дійсної ефективності», наскільки ефективно вони «працюють» у реальних життєвих ситуаціях [6].

Тому право постає не лише як належне, а як укорінене у практику належне, що знаходиться у процесі становлення, стає частиною соціальної реальності. Як результат, завдяки цим чинникам, — змістовному і формальному — право може стати найбільш універсальним та ефективним соціальним регулятором, а верховенство права — дієвим принципом організації та функціонування системи правового регулювання суспільних відносин. Таке розуміння дає змогу простежити власну історію права як регулятора суспільних відносин на різних етапах розвитку суспільства, що дає можливість виявити певну послідовність трансформації уявлень про право залежно від ступеня розвитку та дифе-

ренціації системи соціальних інтересів та відносин: від засобу управління (команда-виконання) до соціального регулятора (моделювання правил поведінки), і далі — до найбільш універсального способу впорядкування суспільних відносин, насамперед вирішення конфліктів.

Адже прийняття закону чи іншого нормативно-правового акта не означає досягнення правопорядку, є тільки його нормативною умовою, а не кінцевим результатом процесу правового регулювання. Проте такий підхід не означає приниження нормативних засад у системі правового регулювання, оскільки регулятором у точному значенні цього терміна, який задає вихідні параметри для всієї системи впорядкування суспільних відносин, є та залишається норма права. Ідеться лише про нагальну необхідність урахування інших важливих чинників, здатних гарантувати досягнення реальних результатів, забезпечити справжню ефективність законодавства, своєрідне тестування норм на життєздатність, остаточним критерієм якої є судові рішення. На цьому тлі пошук права, наголошує М. Козюбра, має здійснюватися на шляху поєднання загальнолюдських цінностей — справедливості, свободи, гуманізму — і формально-регулятивних цінностей права — нормативності, рівності перед законом тощо, причому не лише законотворчими, а й правозастосовними державними органами, насамперед судами [7]. До цих орієнтирів можна додати ще й необхідність урахування особливостей конкретної ситуації, використання найоптимальніших правових засобів і способів вирішення соціально-правового конфлікту. Зокрема П. Рабінювич наголошує на цілій низці критеріїв верховенства права на підставі тлумачення практики Європей-

ського суду з прав людини та Конституційного Суду України [8].

Важливим кроком для вираженого тлумачення змісту принципу верховенства права має стати з'ясування відмінностей між усталеним для вітчизняного правознавства принципом законності та принципом верховенства права. Вихідним тут є таке: верховенство права має передбачати необхідність та можливість виходу за межі формальної законності, інакше питання про верховенство права позбавляється будь-якого самостійного сенсу і будь-якої держави, зокрема й найгірші форми авторитаризму, автоматично будуть вважатися правовими, такими, що застосовують принцип верховенства права. Адже саме по собі правління за допомогою закону не здатне забезпечити достатніх обмежень влади правами людини, що визнається беззаперечною умовою принципу верховенства права. Втім, правова держава за континентальним взірцем, до стандартів якої прагне й Україна, не може й не спиратися на функціонування правових відносин в умовах презумпції законності, особливо це стосується такої соціально чутливої галузі права, як кримінальне право, де діє принцип «немає злочину без вказівки на це в законі», тобто тільки кримінальний закон може визначати, яке суспільно небезпечне діяння є злочином [9]. На поєднанні формальних критеріїв законності та змістовних цивілізаційних характеристик права засновано й розуміння верховенства права в Конституції України 1996 р. [10]. Тому, на відміну від деяких полемічно загострених поглядів, слід погодитися з принциповим висновком про те, що усі матеріальні теорії верховенства права містять елементи формального розуміння (принцип законності), а потім ідуть далі,

додаючи різні конкретні моменти змістовного характеру [1, 118]. Отже, верховенство права не скасовує принципу законності, а, натомість, розвиває його до нової якості — панування права від суто формальних вимог «дотримання закону» до інших, надпозитивних чинників змісту права. Звернімо увагу й на те, що за умов беззастережного панування юридичного позитивізму науковцям не вдавалось оминати проблему обмеженості принципу формальної законності, яка часто-густо поставала у процесі застосування норм права судовими органами. Зрештою, й судовий вирок згідно з кримінально-процесуальним законом завжди мав відповідати не тільки формальним критеріям законності, а й змістовним (неформальним) ознакам обґрунтованості.

С. Головатий наголошує, що слід чітко усвідомити й те, що двох чи навіть трьох верховенств (якщо врахувати ще й верховенство конституції) в одній системі правового регулювання бути не може. Лише у разі визнання принципу верховенства права, принципу конституційності й принципу законності, як окремих і самостійних засад сучасної української правової теорії, може бути досягнута узгодженість цих головних складників правопорядку й усувається суперечність, яка існує в разі одночасного вживання таких категорій, як «верховенство права», «верховенство закону» й «верховенство конституції» [11]. Дещо з іншими акцентами вибудовують згадану систему принципів П. Рабінович і В. Селіванов: верховенство права — щодо його обов'язковості в законотворчій діяльності, верховенство Конституції — законодавчих та інших правових актів, і верховенство закону — в ієрархії всіх інших нормативних актів [12]. Немає й особливих підстав для

піднесення верховенства закону до рівня принципів Конституції України [13]. Адже, на відміну від верховенства закону, верховенство права стосується життя права — як творення правових норм, так і їх здійснення, застосування органами державної влади, насамперед судами. Тому верховенство права покликано бути певним стандартом не лише законодавчої діяльності, а й щодо прийняття судових рішень, який засвідчує неупередженість правосуддя й намагання суддів поновити справедливість прийняттям відповідного рішення [14].

Проблему пошуку правового змісту закону, критеріями якого пропонувалися справедливість, правовий ідеал, правова природа речей, загальна воля народу, розглядає М. Козюбра. До їх переліку можна додати ще й популярне в неюридичних колах посилення на дух закону, коли питання необхідності виходу за його межі розглядалися через призму співвідношення духу та букви закону, закликів брати до уваги обидва критерії. Усі ці орієнтири відображали відповідний рівень праворозуміння, були проекцією актуальних у свій час способів осмислення правової реальності. Наразі утвердження прав людини як стратегічного орієнтиру розвитку національної правової системи, надання їм найвищого конституційного авторитету створює необхідні передумови для визнання принципової та предметної однорідності таких феноменів, як права людини і право, коли вони розуміються як явища однієї сутності [15]. Права людини у сучасному трактуванні їх змісту не можуть існувати за межами правової системи навіть у найбільш формальному її розумінні, оскільки вони є її соціально-антропологічним фундаментом. Так само і право, функціонуючи у вигляді цілісної правової системи

без опори на права людини, ризикує стати не лише беззмістовним, а й не прилаштованим до потреб та інтересів індивідів. Адже в будь-якому випадку правові норми не можуть використовуватися, виконуватися, дотримуватися чи застосовуватися поза межами свідомої вольової поведінки (дії чи бездіяльності) людини.

Кваліфікація прав людини як найвищих критеріїв і вимог до правового характеру змісту закону передбачає врахування певних аспектів принципу верховенства права щодо різних суб'єктів. Стосовно пересічних громадян правомірною може вважатися будь-яка поведінка в межах «дозволено все, що законом не заборонено», тобто діє верховенство права у повному його розумінні. Відповідно правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, згідно з якими ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством; органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їх посадовці зобов'язані діяти лише на підставі й у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією й законами України (ч. 1 ст. 19 Конституції). Наразі діяльність державних органів і їх посадових осіб здійснюється відповідно до принципу формальної законності — «дозволено лише те, що записано у законі». Так, згідно з ч. 2 ст. 19 Конституції України «органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України». Лише разом ці дві іпостасі верховенства права дають змогу розглядати його як універсальний принцип стосовно усіх суб'єктів правових відносин, акцентувати на такій принциповій особливості панування права

у процесі впорядкування суспільних відносин, як взаємна відповідальність особи й держави.

Натомість не можна погодитися з тим, що принцип верховенства права означає визнання пріоритету права перед іншими соціальними нормами (мораллю, звичаями тощо) [16]. Адже диференціація різних сфер життєдіяльності суспільства передбачає, що кожна з них має регламентуватися найбільш відповідними для цих відносин нормативами. Тому далеко не всі суспільні відносини мають належати до предмета правового регулювання, регулюватися за посередництвом такого специфічного регулятора, як право. Наразі правові норми покликані регламентувати лише ті соціальні взаємини, значимість яких виходить за межі особистих, стосується «будь-якої третьої особи» (інтерсуб'єктивність — Габермас), тобто набуває ознак загальності, яка тягне за собою дію публічно-владних атрибутів. Система правової регламентації будується на пріоритетності норм права, а моральні відносини спираються на моральні засади суспільства, тому правові норми малоприматні для регулювання моральних відносин, так само як і моральні норми — для правових відносин. Стосовно цього А. Заєць обґрунтовано включає до змісту верховенства права принцип мінімальної достатності правового регулювання суспільних відносин, доводячи, що право повинно діяти лише там, де інші регулятори є неефективними, де потрібне впорядкування на підставі владного впливу, оскільки право порівняно з іншими соціальними регуляторами має переваги щодо можливостей здійснювати результативний субсидіарний вплив на організацію державної влади, стабілізацію суспільного життя, забезпечення захисту осо-

би і встановлювати обмеження державної влади [17].

З акцентом на реалізацію права, насамперед на процес застосування судовими органами, принцип верховенства права запроваджується українським законодавством. Передусім підкреслимо його загальний процесуальний статус: ст. 2 Закону «Про судоустрій України» проголошує, що суд, здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, забезпечує захист гарантованих Конституцією та законами України прав та свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства і держави. Завданням Конституційного Суду є гарантування верховенства Конституції України як Основного Закону держави на всій території України (ст. 2 Закону «Про Конституційний Суд України»). Відповідно, ст. 4 Закону «Про Конституційний Суд України» відносить верховенство права до основних принципів діяльності Конституційного Суду.

Перше тлумачення верховенства права наводить постанова Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 1 листопада 1996 р., яка, посилаючись на ст. 8 Основного Закону України, наголошує на праві судів при розгляді конкретних справ оцінювати зміст будь-якого закону чи іншого нормативно-правового акта з точки зору його відповідності Конституції й у всіх необхідних випадках застосовувати її як акт прямої дії. Для цього у разі невизначеності в питанні про те, чи відповідає Конституції України застосований закон або закон, який підлягає застосуванню в конкретній справі, суд за клопотанням учасників процесу або за власною ініціативою зупиняє

розгляд справи і звертається з мотивованою ухвалою до Верховного Суду України, який згідно з конституційними нормами може порушувати перед Конституційним Судом України питання про відповідність Конституції законів та інших нормативно-правових актів, тобто про їх конституційність. Суд має безпосередньо застосовувати Конституцію, якщо: 1) зі змісту норм Конституції не випливає необхідність додаткової регламентації її положень законом; 2) закон, який був чинним до введення в дію Конституції чи прийнятий після цього, суперечить їй; 3) правовідносини, що розглядаються судом, законом України не врегульовано, а нормативно-правовий акт, прийнятий Верховною Радою або Радою міністрів АР Крим, суперечить Конституції України; 4) укази Президента України, які внаслідок їх нормативно-правового характеру підлягають застосуванню судами при вирішенні конкретних судових справ, суперечать Конституції.

Суд не може, застосувавши Конституцію як акт прямої дії, визнати неконституційними закони чи правові акти, перелічені у ст. 150 Основного Закону країни, оскільки це віднесено до компетенції Конституційного Суду України. Разом із тим суд на підставі ст. 144 Конституції може визнати невідповідними Конституції чи законам України рішення органів місцевого самоврядування, а на підставі ст. 124 Конституції – акти органів державної виконавчої влади (міністерств, відомств, місцевих державних адміністрацій тощо). Водночас нормативно-правові акти будь-якого державного чи іншого органу (акти Президента, постанови Верховної Ради, постанови і розпорядження Кабінету Міністрів, нормативно-правові акти Верховної Ради АР Крим, акти органів місцевого

самоврядування, накази й інструкції міністерств і відомств, накази керівників підприємств, установ, організацій тощо) підлягають оцінці на відповідність як Конституції, так і закону. Якщо при розгляді справи буде встановлено, що нормативно-правовий акт, який підлягав застосуванню, не відповідає чи суперечить закону, суд зобов'язаний застосувати той закон, який регулює ці правовідносини (законність).

Цивільний процесуальний кодекс України, прийнятий 18 березня 2004 р., не містить прямих посилань на принцип верховенства права. Хоча з огляду на новий підхід до розуміння специфіки цивільно-правового регулювання, задекларований Цивільним кодексом України в частині загальних засад цивільного законодавства, таке посилання було б доречним, адже йдеться про такі змістовні правові положення, як: а) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; б) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, установлених Конституцією України й законом; в) свобода договору; г) свобода підприємницької діяльності, не забороненої законом; ґ) судовий захист цивільного права й інтересу; д) справедливість, добросовісність і розумність.

Утім, ст. 8 Цивільного процесуального кодексу України надає можливості суду у складних правових ситуаціях здійснювати вихід за межі принципу формальної законності. Зокрема, у разі виникнення у суду сумніву під час розгляду справи щодо відповідності закону чи іншого правового акта Конституції України, вирішення питання про конституційність якого належить до юрисдикції Конституційного Суду України, суд звертається до Верховного Суду для вирішення пи-

тання стосовно внесення до Конституційного Суду подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта. Крім того, якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що впорядковує подібні за змістом відносини, тобто аналогію закону, а за відсутності такого — керується загальними засадами законодавства, оперуючи аналогією права. І нарешті, суду забороняється відмовляти в розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регламентує спірні відносини.

Чинний Кримінально-процесуальний кодекс України (КПК) підкреслює, що при відправленні правосуддя у кримінальних справах судді й народні засідателі є незалежними й підкоряються тільки закону (ст. 18). Наразі один з проектів КПК відносить до переліку засад кримінального провадження водночас і законність, і дотримання принципу верховенства права. При цьому законність тлумачиться ст. 8 цього проекту досить широко. Зокрема, суб'єкти кримінального провадження зобов'язані неухильно дотримуватися вимог не лише Конституції України, цього Кодексу та інших законів України, а й чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Крім того, суд, установивши, що положення кримінально-процесуального закону суперечать Конституції, призупиняє розгляд справи до одержання рішення Конституційного Суду України із цього питання (конституційність).

Найбільш вдалими щодо адаптації принципу верховенства права виявився Кодекс адміністративного судочинства України (далі — КАС України), прийнятий 6 липня 2005 р. Звідси — завдання адміністративного судочин-

ства, якими є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадовців і службовців, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на засадах законодавства (ст. 2). Для цього адміністративному суду надаються широкі можливості провадити перевірку у справах стосовно оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень, з'ясовуючи, чи вчинені вони: 1) на підставі, в межах повноважень та у спосіб, передбачені Конституцією й законами України; 2) з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано; 3) обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії); 4) безсторонньо (неупереджено); 5) добросовісно; 6) розсудливо; 7) з дотриманням принципу рівності перед законом для недопущення несправедливої дискримінації; 8) пропорційно, зокрема, з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямовано це рішення (дія); 9) з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення; 10) своєчасно, тобто протягом розумного строку.

Верховенство права і законність належать до принципів адміністративного судочинства і викладені окремо в різних статтях КАС України. Стаття 8 КАС України надає розгорнуте розуміння верховенства права, вважаючи основним елементом його змісту конституційну норму, відповідно до якої людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями й визнача-

ють зміст і спрямованість діяльності держави. Для застосування цього принципу суд наділяється правом врахувати судову практику Європейського суду з прав людини. Відповідно до цього саме принцип верховенства права (а не законності) тлумачиться як такий, що передбачає заборону відмови в розгляді й вирішенні адміністративної справи з мотивів неповноти, незрозумілості, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини.

З огляду на це КАС України при вирішенні справи керується принципом законності, відповідно до якого органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові та службові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, передбачені Конституцією й законами України (ст. 9). Суд вирішує справи на підставі Конституції й законів України, а також міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, і застосовує інші нормативно-правові акти, прийняті відповідним органом на підставі, у межах повноважень та у спосіб, передбачений Конституцією й законами України. У випадку невідповідності нормативно-правового акта Конституції чи закону України, міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або іншому правовому акту, суд застосовує правовий акт, який має вищу юридичну силу. Так само, як й інші процесуальні кодекси, КАС України поширює принцип законності на міжнародні договори, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, вважаючи їх згідно з конституційним положенням актами вищої юридичної сили, ніж закон, розширює розуміння принципу законності за рахунок кон-



ституційності. У разі виникнення в суду сумніву під час розгляду справи щодо відповідності закону чи іншого правового акта Конституції України, вирішення питання про конституційність якого належить до юрисдикції Конституційного Суду, суд звертається до Верховного Суду України для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду України подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта. Прийнятним як і для інших процесуальних кодексів є й посилання, що за відсутності закону, який упорядковує відповідні правовідносини, суд застосовує закон, що регулює подібні правовідносини, тобто аналогію закону, а за відсутності такого закону — ґрунтується на конституційних принципах і загальних засадах права, оперуючи аналогією права, що теж означає вихід за формальні вимоги законності.

Як підсумок, запровадження принципу верховенства права пов'язано з таким.

По-перше, — поглибленням усталеного для вітчизняного правознавства принципу законності шляхом адаптації до його змісту фундаментальних правових чинників — конституційних норм та принципів Основного Закону, міжнародних стандартів прав і свобод людини.

По-друге, — визнанням поряд з визначенням закону основною формою права необхідності використання потенціалу інших джерел права. До цього спонукають прийняті нещодавно нові галузеві кодекси, діяльність вітчизняних та міжнародних судових органів, активізація методологічних правових пошуків в Україні. Така констатація покликана насамперед розширити межі соціально-культурного

простору правового регулювання і уможлиблює, зокрема, функціонування таких специфічних інститутів здійснення судочинства, як мирові судді та суд присяжних.

По-третє, — особливим статусом судової влади як професійного та колегіального арбітра з питань права, уповноваженого приймати остаточні правові рішення насамперед щодо захисту прав і свобод людини. Адже згідно з одним із класичних постулатів юриспруденції правом може вважатися лише те, що може бути захищено у суді. Тому верховенство права покликано бути певним стандартом не лише законодавчої діяльності, а й ухвалення судових рішень, який засвідчує неупередженість правосуддя й намагання суддів забезпечити справедливість ухваленням відповідного рішення. Звідси — принципів вимоги до рівня кваліфікації суддів, доступності до суду, належної організації системи судової влади.

І, нарешті, змістовне тлумачення принципу верховенства права зумовлює потребу зміни акцентів й у тематиці правових досліджень. Право має розглядатися як продукт суспільства, насамперед взаємовідносин між соціалізованими індивідами, які набувають загальної значимості зі всіма її публічно-владними атрибутами. Для цього зміст поняття права має бути поширеним не лише за межі «наказу держави», а й сукупності норм права як лише потенційних, хоча й загальнообов'язкових, правил поведінки в напрямі врахування певних ненормативних (діяльнісних) аспектів, які є необхідними складовими реалізації правових норм, розуміння права як специфічної соціальної реальності.

## ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Таманага Б.* Верховенство права : історія, політика, теорія / пер. з англ. А. Іщенка. — К., 2007.
2. *Козюбра М. І.* Верховенство права — основоположний принцип правової і політичної систем України. Правова система України : історія, стан та перспективи : у 5 т. — Х., 2008; *Головатий С.* Верховенство права : у 3 кн. / С. Головатий. — К., 2006; *Погребняк С.* Принцип верховенства права : деякі теоретичні проблеми // Вісник Академії правових наук України. — 2006. — № 1 (44). — С. 26–36; *Рабінович П. М.* Верховенство права (за матеріалами практики Страсбурзького Суду та Конституційного Суду України) // Вісник Академії правових наук України. — 2006. — № 2 (45). — С. 3–16; *Принцип верховенства права : проблеми теорії та практики : моногр. : у 2 кн. / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка.* — К., 2008; *Шевчук С.* Судова правотворчість : світовий досвід і перспективи в Україні. — К., 2007.
3. *Верховенство права : сб.* — М., 1992. — 87 с.
4. *Шевчук С.* Судова правотворчість : світовий досвід і перспективи в Україні. — К., 2007. — С. 307.
5. *Цвік М.* Про сучасне праворозуміння // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 4. — С. 10–11.
6. *Алексеев С. С.* Общая теория права : учеб. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2008. — С. 16–17.
7. *Козюбра М.* Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція // Вісник Конституційного Суду України. — 2000. — № 4. — С. 28.
8. *Рабінович П. М.* Верховенство права (за матеріалами практики Страсбурзького Суду та Конституційного Суду України) // Вісник Академії правових наук України. — 2006. — № 2 (45). — С. 8–16.
9. *Кримінальне право України : Загальна частина / за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація.* — Х., 2010. — С. 15.
10. *Козюбра М. І.* Верховенство права — основоположний принцип правової і політичної систем України. Правова система України : історія, стан та перспективи : у 5 т. — Х., 2008. — С. 163–164.
11. *Головатий С.* «Верховенство закону» versus «верховенство права» : філологічна помилка, професійна недбалість чи науковий догматизм? // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2 (33) — 3 (34). — С. 113.
12. *Рабінович П. М.* Філософія права : деякі наукознавчі аспекти // Вісник Академії правових наук України. — 1997. — № 1. — С. 36–46; *Селіванов В.* Методологічні проблеми запровадження конституційних принципів «верховенства права» і «верховенства закону» // Право України. — 1997. — № 6. — С. 12.
13. *Шаповал В.* Верховенство закону як принцип Конституції України // Право України. — 1999. — № 1. — С. 5–7.
14. *Шевчук С.* Основи конституційної юриспруденції. — Х., 2002. — С. 118.
15. *Козюбра М.* Правовий закон : проблема критеріїв // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2 (33) — 3 (34). — С. 92.
16. *Юридична енциклопедія : в 6 т. / відп. ред. Ю. С. Шемшученко.* — К., 1998. — Т. 1. — С. 342.
17. *Засць А.* Принцип верховенства права (теоретико-методологічне обґрунтування) // Вісник Академії правових наук України. — 1998. — № 1 (12). — С. 4.

### **Петришин О. В. Верховенство права в системі правового регулювання суспільних відносин**

**Анотація.** У статті обґрунтовується юридичний підхід до розуміння верховенства права у контексті співвідношення права і закону, необхідність пошуку органічного (ідеального та соціального) змісту права. Наголошується на діяльній характеристиці праворозуміння і принципу верховенства (панування) права. Підкреслюється особлива роль суду в реалізації верховенства права, захисті прав людини. Як необхідна складова верховенства права розглядається формальна законність.

**Ключові слова:** верховенство (панування) права, праворозуміння, зміст поняття права, принцип законності, судовий захист прав людини.

### **Петришин А. В. Верховенство права в системі правового регулювання общественных отношений**

**Аннотация.** В статье обосновывается юридический подход к пониманию верховенства права в контексте соотношения права и закона, необходимость поиска органичного (идеального и социального) содержания права. Акцентируется на деятельностной характеристике правопонимания и принципа верховенства (господства) права. Подчеркивается особая роль суда в реализации верховенства права, защите прав человека. В качестве необходимой составляющей верховенства права рассматривается формальная законность.

**Ключевые слова:** верховенство (господство) права, правопонимание, содержание понятия права, принцип законности, судебная защита прав человека.

**Petryihyn A. V. The supremacy of law in the legal regulation system of public relations**

**Annotation.** The legal approach to comprehension of a supremacy of law in a context of a parity of law and order, necessity to search a fundamental (ideal and social) content of law is proved in the article. It is accented on an activity characteristic of a comprehension of law and order and a content of a conception of law. The especial role of a court in a realisation of a supremacy (domination) of law, a protection of human rights is underlined. A formal legality is considered as a necessary component of supremacy of law.

**Key words:** supremacy (domination) of law, comprehension of law and order, content of a conception of law, principle of legitimacy, judicial protection of human rights.

# ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА У КОНТЕКСТІ ПРОБЛЕМИ ПРИРОДНОГО ПРАВА



**Д. ПРОКОПОВ**

*доктор філософських наук,  
доцент кафедри історії філософії  
(Київський національний університет  
імені Тараса Шевченка)*

**Н**аукове дослідження принципу верховенства права передбачає обов'язкове звернення до тих джерел правової думки, в яких ми спостерігаємо його генезу й обґрунтування. У цьому сенсі аналіз теоретичної спадщини вітчизняних і російських правознавців, які працювали у Російській імперії наприкінці XIX — початку XX ст. становить цілий напрям у розвитку сучасної юридичної науки. Це пояснюється не лише тим, що тривалий час цей період розвитку юридичної думки (особливо у частині загальнотеоретичних проблем) перебував поза увагою дослідників, а й тим, що цей відносно короткий період породив цілу плеяду визначних дослідників, які цілком органічно входили до загальноєвропейського простору юридичної науки, збагачуючи його оригінальними та змістовними концепціями і теоріями. Одним з імен, яке жодним чином не можна оминати увагою, є постать П. Виноградова (1854–1925 рр.), визначного юриста та історика, професора Московського університету, професора Оксфордського університету (у 1903 р. він очолив кафедру порівняльного правознавства) і одного з найкращих фахівців з історії англійського права. До

речі, його наукова діяльність мала відношення і до України, адже саме разом з ним у 1906 р. М. Владимирським-Будановим було започатковано у Києві серію видань пам'яток західноєвропейського права. Звісно, постать П. Виноградова дещо відособлена від решти юристів Російської імперії. Утім, саме це і робить її надзвичайно цікавою, оскільки значна частина проблем, що дискутувались у цьому середовищі на початку XX ст., включаючи й питання щодо співвідношення держави і права, принципу верховенства права, визначення його змісту і відношення до доктрини природного права, сприймалися ним із позицій, так би мовити, «зовнішнього» і неупередженого спостерігача, який прагнув дати максимально об'єктивну оцінку різним теоріям і методологічними підходам, не будучи до кінця ангажованим жодною з тогочасних правових шкіл або традицій.

Звернення до правових поглядів П. Виноградова, що стосувались проблеми верховенства права, яка розглядалась ним через дослідження джерел прав, і критичний аналіз теорії природного права видаються актуальними через декілька причин. По-перше, вступаючи в полеміку щодо специ-

© Д. Прокопов, 2010

фіки співвідношення держави і права, яка розгорталась між представниками школи «відродженого природного права» (її змістовний аналіз надано в монографії В. Жукова [1]), соціологічної школи (М. Коркунов, М. Ковалевський, С. Муромцев) і позитивістської теорії права (Є. Васковський, Д. Гримм, С. Пахман, М. Капустін, Г. Шершеневич), він так і не пристав остаточно до жодної з цих традицій. Більше того, його історичні дослідження (робота у Німеччині, Італії, Англії, Скандинавських країнах), а також фундаментальний історико-теоретичний підхід дозволили принципово по-новому подивитись на проблему співвідношення держави і права як на важливу детермінанту розвитку європейської юридичної думки. У цьому контексті критика П. Виноградовим ідеї природного права як одного з головних аргументів в обґрунтуванні принципу верховенства права істотно відрізняється від тієї, що переважно лунала у Російській імперії та розбудовувалась на жорстких позитивістських або соціологічних аргументах. Це, у свою чергу, дозволяє значно ширше представити те коло думок і позицій, що формувались у вітчизняній і російській юридичній думці наприкінці ХІХ – початку ХХ ст. По-друге, надзвичайний інтерес становить те, що П. Виноградов включає дослідження проблем співвідношення держави і права у контекст аналізу системи джерел права. Така наукова позиція дозволила йому досить конструктивно підійти до осмислення феномену природного права, продемонструвавши його вплив на окремі джерела права, а також на діяльність держави щодо забезпечення верховенства права.

Таким чином, зважаючи на актуальність подібного дослідження, а також на той інтерес, який викликає

постать П. Виноградова як історика і теоретика права, слід конкретизувати мету аналізу його вчення про джерела права у його зв'язку з проблематикою забезпечення верховенства права і критичним розбором теорії природного права. Тому завданнями цього дослідження є: а) висвітлити теоретичні засади вчення П. Виноградова про джерела права; б) надати характеристику поняття «природне право» у тлумаченні П. Виноградова; в) з'ясувати роль теорії природного права для забезпечення принципу верховенства права.

Як уже зазначалось, незважаючи на свою нетривалу викладацьку діяльність у Московському університеті, П. Виноградов спромігся залишити після себе помітний теоретичний спадок (не враховуючи тих його праць, що виходили за межами Російської імперії та були присвячені історичній і економічній проблематиці, а також окремим питанням розвитку правових інститутів в Англії). Це насамперед «Історія правознавства», яка містить змістовний і досить глибокий виклад (незважаючи на те, що це був фактично підручник для студентів-істориків і юристів) розвитку правової думки від часів давньої Греції (від софістів до стоїків) та Римської імперії (цей розділ містить такі підрозділи: «*ius civile*», «*ius gentium*», «*aequitas*» і «*ius naturale*») і до ХVІІІ ст. (В. Блекстон та Й. Бентам) [2]. Також це «Римське право у середньовічній Європі» [3] і, безумовно, — «Нариси з теорії права», які, на думку автора, мали стати своєрідними «пролегоменами» до курсу порівняльного правознавства, що викладався ним в Оксфордському університеті [4, 4]. Причому, оскільки ці нариси мали пропедевтичний характер (хоча за змістом це жодним чином не можна вважати своєрідним

«посібником для початківців»), у них викладалися як загальнотеоретичні питання (насамперед це проблематика джерел права, яка досліджується на матеріалі розвитку англійської правової системи), так і власні погляди П. Виноградова щодо базових понять і проблем юридичної науки. Принагідно зауважимо, що відтоді ці праці П. Виноградова жодного разу не перевидавалися аж до 2010 р. [5]. До того ж не можна забувати, що саме за його редакцією вийшов у другому виданні переклад фундаментального дослідження А. Дайсі «Основи державного права Англії: вступ до вивчення англійської конституції» [6] (перший переклад цієї праці вийшов у 1892 р.), а до цього — праця А. Токвіля «Старий порядок і революція» [7], яка має суттєве значення для коректного тлумачення основних положень його політико-правової теорії. Більше того, говорячи про теоретичну спадщину П. Виноградова, слід наголосити, що багато з його праць не втратили актуальності й значення до сьогодні. На нашу думку, це стосується не лише його історико-правових досліджень (адже його знання в галузі історії англійського права насправді можна вважати феноменальними), а й багатьох положень, обґрунтованої ним теорії права.

Фактично і своє вчення про джерела права, і власне ставлення до проблеми природного права у світлі забезпечення принципу верховенства права він артикулює у контексті загального визначення ролі правової теорії для правового регулювання і розвитку позитивного законодавства. На думку П. Виноградова, поява теорії права не є випадковою обставиною в інтелектуальній історії розвитку людства, що через ті чи інші причини постає у процесі застосування методів нормативного регулювання суспіль-

них відносин. Цей процес, як доводить П. Виноградов, зумовлений природою самого права, яке має певні універсальні принципи, що лежать в основі будь-яких правових норм і судових рішень [4, 8]. Як один із регуляторів суспільних відносин, право має загальну мету, незалежно від того, по відношенню до якої нації ми його розглядаємо або на прикладі якого історичного періоду його аналізуємо. Такою загальною метою права є встановлення правил поведінки, які б чітко визначили, що і як слід вчиняти, а чого — навпаки, варто уникати. Щоправда, на відміну від інших правил поведінки (мода, звичай, мораль тощо), право має значно вищий ступінь імперативності, який спирається на можливість застосування правомірного насильства з боку держави. Однак чи означає це, що право і мораль повинні бути розрізнені як два протилежні поняття? Відповідь П. Виноградова однозначна — жодним чином, адже, крім того, що ці терміни пов'язані навіть на етимологічному рівні, не можна забувати, що «право не може бути відірване від моралі, оскільки воно явно містить, як один зі своїх елементів, поняття правильності, якому відповідає моральне начало справедливості» [4, 14–15]. У цьому сенсі П. Виноградов досить критично оцінює правовий позитивізм Дж. Остіна (насамперед йдеться про праці «Царина визначеного права» і «Лекції з юриспруденції, або Філософії позитивного права») з його намаганням витлумачити право як сукупність норм (безвідносно до їх змісту), що встановлюються однією розумною істотою, яка має владу над іншою розумною істотою, для керівництва нею. Але, як доводив П. Виноградов, таким помилковим є і протилежне твердження про те, що право є лише практикою реалі-

зації моральних приписів або своєрідним «мінімумом моралі», оскільки досить часто право має такі цілі, які абсолютно не релятивні етичним цілям. Таким чином, між мораллю і правом встановлюється складний зв'язок, який не дає можливості ані цілковито ототожнити два наведені поняття, ані діаметрально розвести їх як «результат зовнішнього примусу» (право) і «наслідок власної автономної волі» (мораль). Зважаючи на це, постає цілком логічне запитання щодо джерел права (інакше кажучи, чи є правовим актом будь-яка норма, що встановлюється повноважною особою, якою б несправедливою вона не була?) та його співвідношення з мораллю. Загалом, на думку П. Виноградова, поняття права повинно досліджуватись у контексті його цілей (тут відчувається безпосередній вплив теорії Р. Ієрінга, якого сам П. Виноградов характеризував як «одного з найвидатніших юристів ХІХ століття» [4, 27]). З огляду на це, він описує право як сукупність юридичних норм, що містять вказівку на те, що є правильним і неправильним з погляду суспільства, і спрямовані на керівництво волею окремих членів спільноти. Ця «вказівка» забезпечується усіма існуючими у розпорядженні суспільства засобами, починаючи від фізичного примусу і закінчуючи методами опосередкованого виховного характеру. Отже, якщо мораль ставить за мету підпорядкування волі окремого індивіда його власному сумлінню, то право — підпорядкування волі індивіда сукупній волі суспільства в цілому [4, 35–36]. Спираючись на це важливе положення (насправді воно лежить в основі розробленої П. Виноградовим теорії суспільної детермінації генези права і правових явищ), П. Виноградов чітко вказує на чотири основні

джерела права, якими є: законодавство, звичай, судові прецеденти і справедливість. При цьому, вживаючи поняття «джерело права», П. Виноградов абсолютно чітко зазначає, який саме зміст у нього вкладається. На його думку, джерело права пов'язане не стільки з тим, яким чином формуються наші знання про право, скільки з визначенням того, до яких саме авторитетів відсилає та чи інша юридична норма. У цьому сенсі, попри все розмаїття конкретних правових норм, попри суттєві відмінності у суспільно-історичному розвитку окремих країн, можна встановити, що самі по собі норми права завжди відсилають до досить обмеженої кількості авторитетних джерел, що відкриває можливості для їх систематизації [4, 73].

Відповідно до своїх цілей та специфіки походження, всі правові норми можна поділити на два загальні види, які дозволяють у подальшому окреслити такі групи джерел права: а) норми, які встановлюються для запобігання певним майбутнім подіям або для регулювання тих чи інших суспільних відносин (економічних, політичних, соціальних, культурних тощо); б) норми, які виникають унаслідок діяльності судів як результат здійснення судової юрисдикції.

До першого виду належить таке джерело права, як законодавство. Це всі акти, які приймаються уповноваженими органами державної влади і можуть мати найрізноманітнішу форму: закони, накази, кодекси, підзаконні акти тощо. Зазначений спосіб правотворення П. Виноградов вважав найбільш зрозумілим і простим для наукового дослідження. Важливою ознакою цього джерела права він вважав існування чіткої ієрархії самих законодавчих актів, відповідно до якої встановлюються основні (вищі) пра-

вові акти, і ті, які впливають із них або на них ґрунтуються. Найвищим актом, який лежить в основі всієї системи законодавства, є конституція, тоді як усі інші закони мають їй відповідати. При цьому закони, як правило, піддаються тлумаченню, що дозволяє застосовувати їх по відношенню до конкретних випадків або уточнювати їх зміст у разі виникнення певних сумнівів.

Інший вид правових норм містить одразу три різновиди джерел права. По-перше — це звичай. На думку П. Виноградова, сам по собі звичай, який існує у суспільстві та є певною настановою при виборі громадянами власної поведінки, ще не є джерелом права. Зокрема, у суспільстві (особливо на більш ранніх етапах його розвитку) завжди існує багато звичаїв. Як приклад П. Виноградов наводить сімейні відносини, які здебільшого регулюються саме тими звичаями, що сформовані у тому чи іншому суспільстві. У цьому плані моногамія, полігамія, поліандрія — це результат тривалої суспільної практики, яка поступово виникає у тому чи іншому суспільстві та сприймається як належне. Джерелом права звичай стає тоді, коли він починає застосовуватись у судовій практиці. Суб'єктами цієї практики можуть виступати не тільки судді, а й інші особи (шеффени, лагмени, вітани, судові вчителі — *loegsoegumadhr*), які мають повноваження утвердити цей звичай саме як норму, що відповідає загальносуспільному уявленню про належне і неналежне, справедливе і несправедливе: «Цей процес розкриття права, як би містично його собі не уявляли і яких би урочистих форм він не набував, власне, зводився до формулювання мірою практичної необхідності, норм відповідно до народних уявлень про право» [4, 103].

Для того щоб пояснити цю думку П. Виноградова, слід наголосити на тому, що за своїм походженням звичай не створюються законодавцями чи суддями, вони санкціонуються тривалою практикою і виникають на основі певних народних уявлень про ті чи інші моделі поведінки. Щоправда, при цьому П. Виноградов висловлює цілу низку критичних зауважень щодо намагання представників історичної школи витлумачити правовий звичай як певний унікальний прояв народного духу і народної самосвідомості. Для того щоб звичай став джерелом права, він має не просто фактично визнаватись і реалізовуватись, а й пройти через певні «судові випробування» [4, 96]. Суть цих випробувань полягає у встановленні визначеності звичаю (він повинен мати чітке і зрозуміле значення, щоб однозначно вказати на той чи інший тип поведінки), його неперервності (того, що цей звичай постійно відтворювався у суспільній практиці і його недотримання сприймається як аномальна поведінка) та давнини (джерелом права може виступити лише давній звичай, який виник ще до того, як та чи інша модель поведінки стала регулюватися через законодавчі та інші нормативно-правові акти). Водночас «давнина» звичаю не має суперечити його «розумності». У зв'язку з цим П. Виноградов вказує на вирішальну роль суду, який може, з одного боку, визнати звичай більш правильним, розумним і справедливим, аніж норми позитивного законодавства (як приклад він наводить судову справу щодо права орендатора отримати врожай з ділянки після того, як минув термін самої оренди), а з другого боку — визнати сам звичай таким, що вже не відповідає тим змінам, які відбулися у суспільній практиці під час історичного розвитку, або ж та-



ким, що суперечить ідеї свободи, як вона розуміється у сучасному праві.

По-друге — це судові прецеденти. Їх роль стає винятково важливою у тих випадках, коли має бути сформульоване те чи інше рішення, яке напяму не врегульоване чинним законодавством. Причому судові прецеденти виникають у всіх правових системах. У тих країнах, де переважає кодифіковане законодавство, судові прецеденти відіграють роль джерела права тоді, коли є певні прогалини у законодавстві. Для інших країн (в яких домінує англоамериканська система права) роль судових прецедентів суттєво підвищується.

І по-третє — це справедливість. Це джерело право може бути проаналізоване у діяльності судів у тих випадках, коли суд формулює своє рішення всупереч тим чи іншим позитивним нормам. Причина конституювання цього джерела права полягає у тому, що норми позитивного права за визначенням мають узагальнений характер, тоді як усі судові справи завжди стосуються конкретних індивідуальних випадків (на цей феномен звернув увагу ще Арістотель). З цієї причини, як пише П. Виноградов, право має бути доповнене справедливістю, яка гарантує гнучкість та адаптацію правових норм, що дозволяє сформулювати справедливе рішення у тих випадках, коли воно може формально розходитися з діючим правом. Безпосереднє посилення на справедливість як на одне з джерел права П. Виноградов знаходить у вступі до французького Кодексу 1804 р. Так само справедливість визнавалась одним із джерел права давніми римлянами. Не меншу кількість посилення на справедливість як джерело права П. Виноградов знаходить і в розвитку сучасних йому правових систем. Зокрема, наявне у Німець-

кому цивільному кодексі 1900 р. поняття добросовісності (*Treu und Glauben*) він тлумачить саме у термінах справедливості. Хоча, визнаючи справедливість джерелом права, не можна стверджувати, що її статус є вищим, ніж статус позитивного законодавства. Радше за все, як доводить П. Виноградов, маємо говорити про те, що у тих чи інших випадках, за тих чи інших обставин і міркувань судді можуть надавати перевагу або справедливості, або позитивному праву. Зокрема, якщо суддя надає перевагу нормі, то він схильний жертвувати справедливістю на користь правової визначеності й підпорядковувати особливе загальному. Якщо ж суддя має досить широкі дискретичні повноваження і схильний сприймати насамперед індивідуальне у кожній конкретній справі, то він завжди прагнутиме визначити те, що було б у цьому випадку справедливим, а що — ні [4, 136]. Утім, у будь-якому разі відмовитись від справедливості як від одного із джерел права неможливо, оскільки це викличе «безнадійний формалізм і нестерпний педантизм» у праві [4, 138].

Здавалося б, що через поняття справедливості П. Виноградов досить чітко вказує на зв'язок між природним і позитивним правом, ставлячи перше над другим. Але такий висновок є передчасним, що засвідчує оригінальність поглядів П. Виноградова і його віддаленість як від тих, хто однозначно заперечував за природним правом статус одного з джерел права, так і від тих, хто прагнув представити природне право у вигляді системи більш-менш чітких і конкретних юридичних приписів. Пишучи про теорію природного права, він вважав, що одним із головних стимулів її виникнення стало правильне судження про те, що норми права встановлюються не свавільно,

а відповідно до певних розумних основ, що, у свою чергу, стало основою припущення про існування певного універсального права, яке ґрунтується виключно на принципах «чистого розуму» і впливає тільки з нього. Водночас однією з причин розвитку теорії природного права стала потреба у знаходженні певного стабільного і незмінного елемента у системі позитивного права, яка з давніх часів вражала не лише своїм розмаїттям, а й своїми змінами і трансформаціями. У зв'язку з цим ідея природного права була підтримана не тільки філософами, а й юристами-практиками (як приклад П. Виноградов наводив практику римських юристів). Більше того, проаналізувавши розвиток права у країнах Європи, можна помітити, що ідея природного права мала вагомий, хоча й опосередкований, вплив на позитивне законодавство, особливо в частині розвитку міжнародного права, а також реформи публічного права, яка відбувалась під впливом ідей рівності всіх перед законом і невідчужуваних прав людини, які безпосередньо базувалися на доктрині природного права [4, 148]. Говорячи про «опосередкованість» впливу природного права, П. Виноградов відносить його не стільки до прямих джерел права, які вже були висвітлені вище, скільки до так званих літературних джерел права, що не є джерелами права у точному значенні цього терміна. Причому головним аргументом, який не дозволяє охарактеризувати природне право як одне з джерел права, є те, що воно є історично змінюваним і, як доводив П. Виноградов, ми не можемо вказати на такі норми природного права, які залишались незмінними протягом усієї історії розвитку людства. У цьому аспекті природне право мало чим відрізняється від позитивного права, а отже,

його претензії на незмінність та універсальність не можна визнати обґрунтованими.

Однак чи є твердження П. Виноградова, що природне право не належить до системи джерел права, підставою для заперечення його значущості? На відміну від багатьох своїх сучасників, які стояли на засадах правового позитивізму й різноманітних інтерпретацій цієї теорії, він рішуче відмовляється від ставлення до природного права як до породження людської фантазії та теоретичної помилки. Навіть більше — він прямо пише, що намагання применшити роль доктрини, яка відіграла таку важливу роль в історії розвитку людства, є абсолютно неправильним. Тому, намагаючись визначити роль ідеї природного права по відношенню до права в цілому і до його джерел, необхідно від самого початку уявляти, чим воно є і в чому полягає його призначення. На думку П. Виноградова, природне право — це не стільки сукупність незмінних та універсальних норм, скільки певна ідея або ідеал права. У цьому плані його позиція була співзвучна з теорією О. Яценка (1877–1934 рр.), який визначав природне право як «загальну ідею позитивного права» [8, 106–114]. За цієї причини метою природного права є не виправлення тих чи інших правових норм, а виправлення правових систем у цілому: «Це апеляція, яку висловлює суспільство в цілому або його найкращі уми не проти окремих рішень чи норм, а проти цілих систем позитивного права» [4, 151]. Природне право впливає не на позитивне законодавство, а на людську свідомість, яка це законодавство створює, усвідомлює та розвиває. У цьому П. Виноградов вбачав виняткову роль і значення природного права у його відношенні як до права в цілому і принципу верховенства права, так і до системи його джерел.

Таким чином, слід зазначити, що, формулюючи свою теорію джерел права, П. Виноградов вказує на непрямий характер впливу природного права на розвиток системи законодавства, що дозволило йому уникнути як властивого правовому позитивізму заперечення ролі природного права, так і не-критичного ставлення до нього як до одного з безпосередніх джерел права.

Подібний критичний підхід, в якому було поєднано історичний і юридичний методи аналізу правових явищ, вирізняє П. Виноградова з-поміж інших сучасників і дозволяє повніше відобразити специфіку обґрунтування принципу верховенства права в юридичній думці Російської імперії кінця XIX — початку XX ст.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Жуков В. Н. Русская философия права : естественно-правовая школа первой половины XX века / В. Н. Жуков. — М., 2001.
2. Виноградов П. Г. История правоведения. Курс для историков и юристов / П. Г. Виноградов. — М., 1908.
3. Виноградов П. Г. Римское право в средневековой Европе / П. Г. Виноградов. — М., 1910.
4. Виноградов П. Г. Очерки по теории права / П. Г. Виноградов. — М., 1915.
5. Виноградов П. Г. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе / П. Г. Виноградов. — М., 2010.
6. Дэйси А. В. Основы государственного права Англии : введение в изучение английской конституции / ред. П. Г. Виноградов / А. В. Дэйси. — М., 1907.
7. Токвиль А. де. Старый порядок и революция / ред. П. Г. Виноградова / А. де Токвиль. — М., 1896.
8. Яценко А. С. Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства / А. С. Яценко. — Юрьев, 1912.

#### Прокопов Д. Є. Верховенство права у контексті проблеми природного права

**Анотація.** У статті аналізується інтерпретація П. Виноградовим принципу верховенства права у контексті його аналізу природного права та системи джерел права. Досліджується специфіка розуміння П. Виноградовим основних джерел права та їх відношення до доктрини природного права, визначаються критичні аргументи, які висувуються щодо класичної теорії природного права як аргументу в обґрунтуванні принципу верховенства права.

**Ключові слова:** верховенство права, джерела права, природне право, справедливість, законодавство.

#### Прокопов Д. Е. Верховенство права в контексте проблемы естественного права

**Аннотация.** В статье анализируется интерпретация П. Виноградовым принципа верховенства права в контексте его анализа естественного права и системы источников права. Исследуется специфика понимания П. Виноградовым основных источников права и их отношение к доктрине естественного права, изучаются критические аргументы в отношении классической теории естественного права как аргумента в обосновании принципа верховенства права.

**Ключевые слова:** верховенство права, источники права, естественное право, справедливость, законодательство.

#### Prokopov D. Ye. The supremacy of law in the context of the natural law problem

**Annotation.** The article analyzes P. Vinogradov's interpretation of the principle of the supremacy of law in the context of his analysis of doctrine of the natural law and the system of law sources. The author investigates specificity of P. Vinogradov's understanding of the basic sources of law and their relation to the doctrine of the natural law, studies critical arguments concerning the classical theory of the natural law as an argument in proving the supremacy of law.

**Key words:** supremacy of law, sources of the law, natural law, justice, legislation.

# ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В УКРАЇНІ: ОСНОВНІ ЗАГРОЗИ



**В. ЛЕМАК**

*доктор юридичних наук, професор,  
завідувач кафедри теорії та історії  
держави і права  
(Ужгородський національний університет),  
член-кореспондент НАПрН України*

Сучасна держава все більше сприймається як організація суверенної публічної влади, яка втілює правопорядок у суспільстві. У цьому контексті верховенство права виступає фундаментальним принципом державно-організованого суспільства.

Підкреслюємо при цьому, що мова йде не лише про певну суспільну цінність, а й про засадничу норму правопорядку, яка дає змогу зробити державно-організоване суспільство внутрішньо впорядкованим та інтегрованим. Навпаки, дефіцит верховенства права робить державу неефективною. Власне актуальність цієї проблематики впливає не лише з огляду на «престижність» верховенства права в сучасному світі, що нерідко є характерним для значного масиву юридичної літератури і для правотворчої діяльності, а зважаючи на необхідність усвідомлення його доцільності та корисності для вибудови сучасної української держави.

Метою цієї статті є актуалізація існуючих проблем здійснення верховенства права, розкриття основних його деформацій (відхилень) в Україні та їх деструктивного впливу на ефективність держави.

Принципу верховенства права в Україні з перших років її незалежності, особливо після схвалення Конституції 1996 р., приділяється, на перший погляд, достатньо уваги на доктринальному рівні — юридичною наукою, на рівні правотворчості й правозастосування — законодавцем і судами. Проте невирішені проблеми правової реформи, низька результативність публічної влади у вирішенні суспільних проблем примушують ще раз звернути увагу на взаємозв'язок цих проблем з рівнем здійснення верховенства права в Україні. Тому спробуємо виокремити основні проблеми (загрози) нормативного закріплення, офіційного розуміння та впровадження верховенства права. Більшість з наведених нижче нами загроз є не потенційними, а такими, що реально і активно діють в Україні, впливаючи на основи її правопорядку.

*Першою загрозою принципу верховенства права є те, що він не отримав належного нормативного закріплення та офіційного тлумачення.* На доктринальному рівні останнім часом ряд учених-правознавців займався розробкою різних аспектів принципу верховенства права (В. Авер'янов, С. Головатий, А. Заяць, М. Козюбра, О. Петри-

шин, П. Рабінович тощо), які дали ефективні результати у цьому напрямі. Більшість із них сходяться на позиції, що верховенство права відображає пріоритет прав людини у суспільстві, підпорядкування останнім діяльності публічної влади. Методологічно правильно обрано формат дослідження цього феномену сучасного державно-організованого суспільства в дисертації С. Головатого: 1) як ідеї; 2) як доктрини; 3) як юридичного принципу [1]. Слід погодитися: першою вимогою до утвердження в суспільстві верховенства права є те, що природні, невід'ємні та невідчужувані права і свободи людини набувають вирішального значення у відносинах між нею і державною владою [2].

Конституція України, на перший погляд, відображає таке розуміння: ч. 1 ст. 8 визначає, що «в Україні визнається і діє принцип верховенства права» [3]. Проте творці Конституції не вказують на обсяг цього поняття, хоча й підкреслюють його «дієвість» словами «визнається і діє». Якщо припустити, що ч. 2 цієї ж ст. 8 «розшифровує» зміст принципу верховенства права (виголошеного у ч. 1), то бачимо фактичне зведення його до верховенства Конституції України. Так, у ч. 2 ст. 8 Основного закону вказується: «Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй». У такий спосіб підкреслюється лише верховенство Конституції в ієрархічній системі нормативних актів (законів і підзаконних актів). Іншими словами, верховенство права як принцип прирівнюється до визначення місця Конституції в системі нормативних актів за критерієм юридичної сили, що не можемо вважати достатнім.

Підкреслимо, жодної вимоги до змісту законів, окрім відповідності Конституції, не ставиться. Звісно, можна припустити, що автори Конституції мали на увазі вміщення в самому тексті Конституції ідей про людину, її права і свободи, і, мовляв, відповідність законів нормам Конституції буде означати і їх відповідність фундаментальній «ідеї права» (частково це знайшло відображення у правовій позиції Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р.).

Проте в такому випадку слід врахувати два серйозні зауваження. Перше з них буде стосуватися того, що «ідея права» (термін, вжитий Конституційним Судом України) міститься не лише в тексті Конституції України, а й також у судовій практиці та міжнародних нормах про права і свободи людини. Інколи розуміння навіть найбільш фундаментальних понять у міжнародному праві є іншим порівняно з вітчизняними підходами, закріпленими в тексті Конституції України. Крім цього, друге важливе зауваження: Конституція України не передбачає верховенства (пріоритету) норм міжнародного права порівняно з нормами національного права (навіть щодо прав людини, передбачених міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано парламентом). Її стаття 9 передбачає лише те, що «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України».

На рівні поточних законів принцип верховенства права згадується неодноразово, але його зміст розкритий лише в одному — у ч. 1 ст. 8 Кодексу адміністративного судочинства України, де передбачено: «Суд при вирішенні справи керується принципом верховенства права, відповідно до яко-

го зокрема людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави». При цьому слід урахувати також ч. 2 цієї ж статті: «Суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського Суду з прав людини» [4]. Разом із тим треба мати на увазі, що наведена норма, через свій процесуальний характер, адресована лише адміністративному суду.

Тому важливе значення відіграє правова позиція Конституційного Суду України з цього питання. У підпункті 4.1 мотивувальної частини його Рішення від 2 листопада 2004 р. зазначено: «Верховенство права — це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо...» [5].

Звертаємо увагу на розуміння «верховенства права», зокрема на вимогу до змісту закону — пропонується його «проникнення» ідеями «соціальної справедливості, свободи, рівності тощо». При цьому зауважимо про відсутність вимоги до змісту законів, які були б пов'язані з так званими основними правами людини, загально-визнаними міжнародним співтовариством.

Разом із тим серед основних проблемних питань доктринального окреслення верховенства права залишається визначення його співвідношення з верховенством закону. Їх протиставлення чи надмірне дистанціювання, на нашу думку, є неприпустимим як з логічної, так і з практичної точок зору. У наведеній правовій позиції Конституційного суду України

щодо верховенства права ставиться вимога до змісту законів, які мають відображати ряд ідей (на першому місці, більш ніж сумнівно, — соціальна справедливість). Проте виникає запитання про суб'єкта визначення рівня такого відображення законами (нормами позитивного права) рядом певних ідей. Для правозастосовної діяльності відповідь на таке запитання є принциповою.

Наведені оцінки вже були відзначені М. Козюброю, який ще у 2005 р. зазначав, що висновки Конституційного Суду України з цього питання «мають досить абстрактний характер, а тому не дають надійних практичних орієнтирів для використання принципу верховенства права у безпосередньому правозастосуванні» [6].

Справді, як бути із законами, які є «соціально несправедливими»? Відомо й те, що соціальна справедливість (чи рівність) надто по-різному сприймається як різними ідеологіями (лібералізмом, соціальною демократією, консерватизмом), так і окремими громадянами.

На нашу думку, верховенство права необхідно пов'язувати не тільки і не стільки з вимогами до змісту законів, а й насамперед — з процедурами їх прийняття. Прийнятий за демократичними процедурами закон не може суперечити верховенству права. Цю позицію вже висловлювали в літературі. Так, на думку Ю. Габермаса, «сучасний правовий устрій може бути легітимним, тільки якщо він базується на ідеї самовизначення: громадяни завжди мають бути здатними вважати себе творцями закону, об'єктом дії якого вони є». Далі він продовжує розвиток цієї ідеї: «Демократичне походження, а не апіорні принципи, яким відповідає зміст закону, робить закон справедливим. Справедливість закону

гарантується окремою процедурою його створення і набуття ним чинності». У такому механізмі, на думку Ю. Габермаса, «легітимність позитивного права розуміється як процедурна раціональність» [7].

В такій площині не доводиться протиставляти (дистанціювати) верховенство закону і верховенство права. Резюме такого підходу зводиться до такої формули: верховенство права — це верховенство закону + демократичний режим. Іншими словами, в умовах демократичної політичної системи, коли суспільство має можливість легітимувати норму позитивного права, вимога верховенства останньої збігається з вимогою верховенства права.

В європейській (континентальній) правовій системі, в якій роль правового звичаю, договору чи судової практики здебільшого не виходить за межі норм позитивного права (закону), зазначена формула проявляється доволі чітко.

Необхідно при цьому звернути увагу на ще один аспект верховенства права, пов'язаний з розумінням походження права. У вже згаданому Рішенні Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р., в якому було викладено позицію щодо верховенства права, орган конституційної юрисдикції торкнувся і цього питання, вказуючи: «Одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України. Таке розумі-

ння права не дає підстав для його отождолення із законом, який іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та рівність особи...» [5].

Ідея про включення до змісту права «норм моралі, традицій, звичаїв» (фактично отождолення «соціальних норм» з правом) є сумнівною, тим більше — «невключення» до нього судової практики та загальновизнаних прав людини. Але для цього випадку хочемо підкреслити інше: для правозастосування таке розуміння верховенства права є доволі складним із практичної точки зору.

Також у цьому контексті виникає питання про розуміння Конституції («базової норми» за Г. Кельзенем). На нашу думку, Конституція України, з одного боку, виступає законом — результатом правотворчої діяльності (позитивною нормою), проте, з другого боку, вона містить у своєму змісті саме те, що Конституційний Суд назвав «ідеєю права» (ідеї справедливості, пріоритету людини, її прав і свобод). Закріплення таких ідей у Конституції виступає закономірністю розвитку сучасної демократичної держави. Тому протиставлення природного права праву позитивному втрачає сенс, бо вимога конституційності (відповідності Конституції) є одночасно вимогою і верховенства права (відповідність «ідеї права»), і верховенства закону (відповідність вищій нормі позитивного права). Отже, функція оцінки актів законодавства з позицій верховенства права належить органу конституційної юрисдикції. У свою чергу, це означає, що закон (акт законодавства) є правовим, якщо тільки він не визнаний неконституційним з огляду на його невідповідність Конституції за змістом чи процедурою його прийняття.

Наведене стосується й України, проте за умови приведення змісту її Конституції до засад європейського конституціоналізму як з огляду на взаємодію внутрішньодержавного права з міжнародним правом, так і з огляду на закріплення в Основному Законі прав людини. Останнє виступає окремою серйозною проблемою.

*Другою загрозою для принципу верховенства права в Україні є його поширення на соціально-економічні права і, врешті, — на соціальні пільги.* Як засвідчує зміст Конституції України, вітчизняний законодавець обрав підхід, відповідно до якого соціально-економічні права є такими ж цінними, як і особисті чи політичні. Не зупиняючись на ідейному підґрунті такого підходу, підкреслимо його специфіку — «право на достатній рівень життя» ставиться, наприклад, поряд із «правом на життя». Більше того, законодавець пішов на доволі розширене закріплення соціально-економічних прав у Конституції 1996 р.

У свою чергу, такий підхід означає поширення на цей блок прав людини загальних конституційних гарантій щодо прав людини. Частина 1 ст. 22 Конституції України встановлює: «Права і свободи людини і громадянина, закріплені цією Конституцією, не є вичерпними». «Невичерпність» означає, що, принаймні, перелік прав людини не обмежується назвами тих прав, які закріплені в Конституції. У частині 2 цієї ж ст. 22 Конституції передбачено, що «конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані». У такий спосіб чітко встановлено, що й передбачені Основним Законом соціально-економічні права «не можуть бути скасовані», тобто, власне, заборонені дії щодо раціоналізації (скорочення) їх переліку чи змісту в самому тексті Конституції.

У розвиток ідеї прирівнювання соціально-економічних прав до «основних» у ч. 3 ст. 22 Конституції було передбачено: «При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод». Конституційна норма встановила, отже, що не можуть бути «звужені» вже не лише конституційні (закріплені в Конституції) права і свободи, а «існуючі права і свободи», тобто й ті з них, які передбачені поточними законами.

На нашу думку, вітчизняний законодавець при цьому не врахував своєрідності соціально-економічних прав людини, під якими треба розуміти не юридично можливу поведінку, а претензії людини на відновлення певних мінімальних позицій у соціально-економічній сфері, утрачених через скрутні життєві ситуації, шляхом надання соціального захисту та допомоги з боку державно-організованого суспільства. Останнє можливо лише через перерозподіл економічних ресурсів у суспільстві.

Ситуацію ускладнює і той факт, що в Конституції України не встановлено застережень щодо обсягу соціально-економічних прав, зокрема щодо їх зв'язку з економічними ресурсами держави. У міжнародно-правових документах, які закріплюють соціально-економічні права, зокрема в Загальній декларації прав людини від 10 грудня 1948 р. (ст. 22) та у Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права 1966 р. (п. 1 ст. 2) такі застереження мають місце.

Наведений конституційний підхід, окрім посилення патерналістських установок у суспільстві, несе загрози з багатьох точок зору. По-перше, зрівняння соціально-економічних прав з іншими правами об'єктивно принижує роль і значення особистих і



політичних прав («основних прав»). По-друге, через неможливість дієвої реалізації та неможливість судового захисту соціальних та економічних прав принижується авторитет прав людини як фундаментальної суспільної цінності й одночасно — авторитет конституційних норм, які закріплюють соціально-економічні права. У посттоталітарному суспільстві створюється ілюзія про «умисне» невиконання публічною владою «хороших норм» Конституції і, як наслідок, принижується авторитет держави.

На жаль, своєю правовою позицією з цього питання Конституційний Суд України ще більше ускладнив ситуацію. З одного боку, він, власне, отождив дві категорії — «соціально-економічні права» і «пільги» з усіма можливими для останніх наслідками. З другого боку, Суд поширив соціально-економічні права особи (суб'єкта з загальним правовим статусом) на суб'єктів зі спеціальним статусом, наприклад, державних службовців, суддів. У такий спосіб було виведено специфічні «соціально-економічні права» для спеціального суб'єкта, які полягають у сукупності належних йому конкретизованих соціальних пільг.

Наприклад, у Рішенні Конституційного Суду України від 11 жовтня 2005 р. № 8-рп/2005 (справа про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання) проявляється його правова позиція, відповідно до якої держава не має права встановити обмеження (граничну межу) на розмір пенсії (довічного утримання), якщо таке обмеження не встановлене законом на момент такої спроби. Проти-туємо мотивувальну частину цього Рішення: «Закон звузив обсяг цього права, встановивши граничну межу для таких виплат суддям, і водночас знизив досягнутий рівень гарантій незалежності працюючих суддів» [8].

Така позиція Конституційного Суду означала прирівнювання категорії «розмір пенсії на пільгових умовах» з категорією «права людини» з цього питання, тим більше щодо судді (особи зі спеціальним правовим статусом). Підкреслимо, що у цьому випадку мова йшла навіть не про особливі умови пенсії (довічного утримання), а лише про спробу встановлення законом їх граничної межі (максимального розміру). Конституційний Суд заперечив для Верховної Ради України саму можливість такого обмеження.

У Рішенні, схваленому 18 червня 2007 р. (справа про гарантії незалежності суддів), в якому його позиція проявилася ще чіткіше, відзначається: «Конституційний Суд України неодноразово розглядав проблему, пов'язану з реалізацією права на соціальний захист, неприпустимістю обмеження конституційного права громадян на достатній життєвий рівень, і сформулював правову позицію, згідно з якою Конституція та закони України виокремлюють певні категорії громадян України, що потребують додаткових гарантій соціального захисту з боку держави. До них, зокрема, належать громадяни, яким пенсія призначається за спеціальними законами. У рішеннях Конституційного Суду підкреслюється, що пільги, компенсації, гарантії є видом соціальної допомоги і необхідною складовою конституційного права на достатній життєвий рівень, тому звуження змісту та обсягу цього права шляхом прийняття нових законів або внесення змін до чинних законів за ст. 22 Конституції України не допускається» (абзац 2 пп. 3.1 мотивувальної частини) [9].

Поширення принципу верховенства права на сукупність соціальних пільг, закріплених законодавством не лише для «людини» (загальний правовий

статус суб'єкта), а й для носіїв спеціального правового статусу, створило парадоксальну соціальну модель, «недоторкане» існування якої є загрозою не лише для ефективності економіки, а й для фінансової спроможності України.

Повний захист соціально-економічних прав як прав особистих призведе до хаосу — слушно підкреслював відомий угорський учений А. Шайо [10]. Тим більше судовий захист неупорядкованої сукупності соціальних пільг в Україні від «обмеження» чи «звуження» в період фінансово-економічної кризи може призвести до непередбачуваних наслідків.

*Третя загроза принципу верховенства права полягає у недостатньому рівні законності, зокрема конституційної законності в Україні.* Наведені недоліки у нормативному закріпленні та офіційному тлумаченні не сприяють ефективному здійсненню верховенства права в Україні.

Порушення конституційної законності проявляються як латентне, так і у відкритих формах.

По-перше, навіть у сфері здійснення конституційної реформи слід констатувати формування традиції використання незаконних методів, початком якої слід вважати схвалення Конституційного договору 8 червня 1995 р. Цим документом було зупинено більшу частину норм чинної у той час Конституції України всупереч процедурі внесення змін до неї. Пізніше були спроби відступу від відповідної процедури, передбаченої вже нормами Конституції 1996 р. При цьому має місце постійне намагання виведення народу як суб'єкта здійснення публічної влади з-під дії принципу верховенства права, тобто надання конституційному принципу народо-владдя (ст. 5 Конституції України) пріоритету порівняно з принципом

верховенства права (ст. 8 Конституції України).

По-друге, слід констатувати невідповідність реально функціонуючих інституційно-правових відносин у системі «уряд-парламент» моделі, визначеній конституційними нормами. Від вересня 2008 р. до лютого 2010 р. у Верховній Раді України відсутньою була «коаліція депутатських фракцій», а ситуативній парламентській більшості не відповідав персональний склад Кабінету Міністрів України.

По-третє, залишаються не врегульованими на рівні законів України ті ланки публічної влади, які згідно зі ст. 92 Конституції можуть бути врегульовані «виключно законами України». Верховна Рада України лише після ряду рішень Конституційного Суду України закріпила власну регламентну норму окремим законом України. Повноваження ж більшості центральних органів виконавчої влади визначені не законами України, а підзаконними актами.

По-четверте, непоодинокими є випадки публічної відмови органів державної влади від виконання певних законів під приводом їх «неправомірності». Саме з цього приводу німецькі вчені (І. Ріхтер і Г. Шупперт) слушно вказують, що «з міркувань захисту права забороняється демонстрація будь-якою особою недійсності норми шляхом її недотримання. Саме у спорі про недотримання норми необхідна формальна процедура» [11].

Частина з наведених загроз принципу верховенства права пов'язана з рівнем правової культури українського суспільства та його політичної еліти. Проте усвідомлення наведених загроз може дати змогу виокремити пріоритетні завдання для вирішення відповідних державно-правових проблем, більшість з яких знаходяться у сфері реалізації правової реформи.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ**

1. Головатий С. П. Верховенство права : ідея, доктрина, принцип : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — К., 2009. — 44 с.
2. Козюбра М. І. Принципи верховенства права і правової держави : єдність основних вимог // Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. — 2007. — Т. 64. — С. 4.
3. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
4. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV // Офіційний вісник України. — 2005. — № 32. — Ст. 1918.
5. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 // Офіційний вісник України. — 2004. — № 45. — Ст. 2975.
6. Козюбра М. Принцип верховенства права має нерозривно пов'язуватись із основними невідчужуваними правами людини, в яких матеріалізується ідея справедливості. Інтерв'ю з Миколою Козюброю, доктором юридичних наук, професором, суддею Конституційного Суду України у відставці // Верховенство права. Законодавчий бюллетень. — К., 2005. — С. 7.
7. Таманага Б. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія / пер. з англ. — К., 2007. — С. 115.
8. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Верховного Суду України та 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців третього, четвертого пункту 13 розділу XV «Прикінцеві положення» Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» та офіційного тлумачення положення частини третьої статті 11 Закону України «Про статус суддів» (справа про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання) від 11 жовтня 2005 р. № 8-рп/2005 // Офіційний вісник України. — 2005. — № 42. — Ст. 2662.
9. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень статті 36, пунктів 20, 33, 49, 50 статті 71, статей 97, 98, 104, 105 Закону України «Про Державний бюджет України на 2007 рік» (справа про гарантії незалежності суддів) від 18 червня 2007 р. № 4-рп/2007 // Офіційний вісник України. — 2007. — № 54. — Ст. 2184.
10. Шайо А. Гарантії соціальної захисти в посткомуністических государствах // Конституционное право : восточноевропейское обозрение. — 2001. — № 4 (37). — С. 4.
11. Принцип верховенства права : проблеми теорії і практики : у 2 кн. / за заг. ред. Ю. Шемшученка / відп. ред. В. Авер'янов. — К., 2008. — Кн. 2. Принцип верховенства права у діяльності держави та в адміністративному праві. — С. 233.

**Лемак В. В. Принцип верховенства права в Україні: основні загрози**

**Анотація.** Стаття присвячена проблемі закріплення та офіційного тлумачення принципу верховенства права в Україні. Подано аналіз основних загроз верховенству права.

**Ключові слова:** верховенство права, права людини, тлумачення права.

**Лемак В. В. Принцип верховенства права в Украине: основные угрозы**

**Аннотация.** Статья посвящена проблеме закрепления и официального толкования принципа верховенства права в Украине. Подан анализ основных угроз верховенству права.

**Ключевые слова:** верховенство права, права человека, толкование права.

**Lemak V. V. The principle of the rule of law in Ukraine: main threats**

**Annotation.** The article deals with the problem and fixing the official interpretation of the rule of law in Ukraine. The analysis of the major threats to the rule of law.

**Key words:** rule of law, human rights, interpretation of the law.

# ДОКТРИНА ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА ТА КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ: ІСТОРИЧНА ГЕНЕЗА І СПІВВІДНОШЕННЯ



**С. ШЕВЧУК**

*доктор юридичних наук,  
професор кафедри загальнотеоретичних  
та державно-правових наук  
(Національний університет  
«Києво-Могилянська академія»)*

Останнім часом в українських наукових колах значно посились дискусії щодо змісту доктрин верховенства права та конституціоналізму, а також їх практичного значення у процесі реалізації конституційних положень та проведення правової реформи в Україні. Незважаючи на те, що в українській та іноземній літературі важко знайти консенсус щодо універсального розуміння цих доктрин, все ж таки вони мають одну важливу спорідненість, на що звертає увагу класик доктрини конституціоналізму Ч. Маклвейн: «...верховенство права або конституціоналізм — це правове обмеження держави та повна протилежність свавільному правлінню» [1]. До сучасного конституціоналізму, на думку американського професора М. Розенфельда, входить обмеження державної влади, відданість верховенству права та захист фундаментальних прав [2]. Отже, конституціоналізм може існувати й без писаної конституції, але без верховенства права він перетворюється на абстракцію, яка не має жодного практичного значення. Разом з цим доктрини верховенства права та кон-

ституціоналізму є не тільки витвором філософії права та юриспруденції, а й мають конкретне юридичне значення у сучасних демократіях.

Доктрина верховенства права походить із правових систем країн англосаксонської правової сім'ї та відображає політичний ідеал «правління права», а не окремих індивідів, як це було сформульовано англійським ученим та політичним діячем Д. Гаррінгтоном ще у 1656 р. [3], що є інтерпретацією аналогічної думки Арістотеля про те, що держава, яка керується законами, є вищою за державу, яка керується людьми. Зрозуміло, що цей термін виник для вирішення фундаментальної проблеми конституційного права — здійснення належного контролю за державним примусом щодо індивідів та боротьби, зокрема й правовими засобами, з різноманітними проявами державного свавілля.

У період Середньовіччя під верховенством права здебільшого розумівся універсальний закон, що керує Всесвітом та є юридичним засобом обмеження світської влади, тобто під верховенством права розумілося верховенство природного права. Німецький історик

© С. Шевчук, 2010

права О. Гірке з цього приводу зазначає: «Згідно зі справжньою середньовічною доктриною право ніколи не вважалось таким, що має рівний із державою статус та має завдячувати державі своїм існуванням» [4]. Тому під верховенством права розумілись юридичні обмеження світської влади, й у цьому сенсі цей термін збігався зі значенням терміна «конституціоналізм».

Як вважають професори конституційного права Великої Британії Е. Бредлі та К. Евінг, у сучасних умовах під верховенством права у цій країні розуміються три різні ідеї [5]:

1. Верховенство права означає відданість суспільства праву та порядку замість анархії, нестабільності, воєнного стану. У цьому сенсі верховенство права є філософським поглядом на суспільство, яке шанує основні демократичні цінності.

2. Верховенство права є правовою доктриною надзвичайного значення, згідно з якою дії уряду (виконавчої влади) мають бути вчинені відповідно до права (як статутного, так і загального). Посадові особи держави повинні уповноважуватися правом на вчинення певних дій. В іншому випадку, якщо ці дії виходять за межі їх компетенції (*ultra vires*), вони проголошуються судами нечинними. У разі спору щодо права останнє слово належатиме незалежним судам, які у своїх рішеннях визначають ті правові норми, які мають бути застосованими. Право також має бути чітким та зрозумілим для суб'єктів правовідносин.

3. Верховенство права є політичною доктриною, згідно з якою право є засобом для досягнення не будь-яких цілей, проголошених державою, а тільки легітимних, які можуть бути виправдані у вільному демократичному суспільстві.

Інший професор конституційного та адміністративного права Великої Британії Г. Вейд принципу верховенства права надає п'ять різних, але взаємопов'язаних значень: 1) принцип верховенства права означає, що всі дії держави повинні бути вчинені відповідно до права в тому сенсі, що всі дії виконавчої влади, що торкаються прав та свобод індивідів, мають бути уповноважені правом; 2) діяльність виконавчої влади має здійснюватися згідно з тими нормами та принципами, які обмежують її дискреційні повноваження та унеможливають зловживання; 3) всі спори стосовно законності актів державних органів мають бути вирішені судами, які є незалежними від виконавчої влади; 4) закон повинен бути єдиним для держави та особи у тому сенсі, що уряду, якщо це не є необхідним, не можуть належати привілеї та виняткові повноваження щодо відмови застосування деяких положень закону; 5) поза сферою державної адміністрації верховенство права означає, що ніхто не може бути покараний за злочини, які не визначені законом; те ж саме стосується адміністративних правопорушень [6].

Колега Г. Вейда, знаний у наукових колах філософ права Д. Раз, доповнює його визначення принципу верховенства права такими елементами: всі закони повинні бути перспективними, доступними та чіткими; вони мають бути відносно стабільними; процес прийняття звичайних законів має регламентуватися відкритими, стабільними, чіткими та загальними правилами; незалежність суддів має гарантуватися; слід дотримуватися принципів природної справедливості; суди повинні мати повноваження щодо контролю за реалізацією цих принципів; має існувати відносно легкий доступ до судів; дискреція державних органів,

які здійснюють функції по боротьбі зі злочинністю, не може призводити до нехтування ними законів [7].

Можна наводити й інші характеристики змісту доктрини верховенства права, але у підсумку під мінімальними вимогами доктрини верховенства права слід розуміти: державне правління через правову форму; значний рівень передбачуваності законів та інших нормативно-правових актів; розподіл між законодавчою та судовою функціями держави та послідовне слідування принципу, що жодна людина не може бути вищою за закон [8]. Тобто можна сказати, що верховенство права існує на мінімальному рівні у тій правовій системі, де дотримуються цих мінімальних (формальних) вимог. Разом з тим цих мінімальних вимог недостатньо за умов сучасних розвинених демократій, у правовій основі яких знаходяться конституції як сукупність норм та принципів прямої дії. У цих умовах — умовах політичних режимів конституційних демократій — значення доктрини верховенства права не може бути розкрито лише через формальний критерій, зокрема через принцип верховенства законів як правових актів демократично обраних парламентів. Це пов'язано з існуванням парадоксу правової форми: право гарантує свободу, але одночасно містить можливості для її знищення. Закони, що приймаються народними депутатами, можуть нести загрозу правам меншин, свободі слова, праву власності та іншим фундаментальним конституційним правам.

Про небезпеку колективної диктатури парламентської більшості як найгіршої з усіх диктатур від «імені народу» попереджали великі мислителі — М. Монтень, О. Бальзак, А. Камю, І. Кант, Д. Медісон, А. Токвіль. Останній заперечував безумовне па-

нування більшості у парламенті як якобінський, прагматичний винахід «нового часу», стверджуючи при цьому, що панування більшості не може бути безмежним, оскільки над більшістю у сфері моралі знаходиться гуманізм, розум та істина, а у сфері політики — конституційні права.

Отже, у цьому аспекті найважливішою є не формальна характеристика принципу верховенства права як мінімальний набір вимог, а його органічна (матеріальна) характеристика як сукупність вимог, що прямо пов'язані з природним правом [9], що унеможливають прояви свавілля державної влади, на чому й наполягає доктрина конституціоналізму. Так, професор М. Козюбра зазначає з цього приводу, що мета верховенства права — це не просто формальне забезпечення порядку, передбаченого законами та іншими нормативними актами, встановленими державою, а утвердження такого правопорядку, який обмежує абсолютизм державної, передусім виконавчої, влади, ставить її під контроль суспільства, створюючи для цього відповідні правові механізми [10]. А принцип верховенства права набуває самостійного значення, відмінного від традиційної теорії та практики принципу верховенства закону, коли право не отожднюється із системою встановлених або санкціонованих державою загальнообов'язкових норм поведінки, тобто коли має місце теоретичне і практичне розрізнення права і закону, коли право розглядається як соціальний феномен, тобто коли воно розглядається як явище, безпосередньо пов'язане з такими фундаментальними категоріями, як справедливість, свобода, рівність, гуманізм [11], тобто з категоріями природного права.

На таке «подвійне» значення принципу верховенства права вперше звер-

нув увагу відомий англійський професор права А. Дайсі, який дав таке визначення принципу верховенства права: «По-перше, жодна людина не може бути покарана, а її тілу та власності завдано правомірної шкоди інакше, як за порушення чітко визначених положень закону, прийнятому згідно з попередньо визначеною процедурою, яке встановлюється судовою системою; по-друге, кожна людина, незалежно від її статусу та обставин, підпадає під дію звичайних законів у межах судової юрисдикції; останнє... норми конституційного права, які у закордонних країнах формують частину конституційного кодексу, є не джерелом, а наслідками прав індивідів, які визначені та захищені судами» [12].

Перші два значення стосуються формальної характеристики принципу верховенства права, а третє — органічної (матеріальної), оскільки джерелом конституційного права слугують не тільки позитивні конституційні норми, встановлені державою, а й норми про права людини, зміст яких визначається та формулюється судами. Очевидно, що професор А. Дайсі, звертаючи увагу на органічну характеристику принципу, не зробив наукового відкриття. Він просто ґрунтувався на природі англійського загального права, основою якого протягом усієї англійської історії був принцип верховенства розуму (*rule of reason*), що походить із природного права, оскільки принцип розумності є його головною характеристикою. Тобто у цьому значенні верховенство права є верховенством природного права. Як зауважує український вчений С. Погребняк, формальний аспект принципу верховенства права означає, що держава має діяти згідно з правом та підпадати під його дію, а матеріальний (органічний) аспект полягає у тому, що існують до-

сить чіткі стандарти, які визначають сутність позитивного права. Цими стандартами є насамперед основні права людини і принципи природного права [13].

Сучасне розуміння органічної характеристики принципу верховенства права можна передати словами судді Конституційного Суду ФРН Е. Бьокенфьорда: «Неможливо гарантувати свободу шляхом формальних юридичних приписів; свобода може бути гарантована тільки у межах фундаментальної системи цінностей, що міститься у Конституції» [14]. Конституційний Суд ФРН з цього приводу зазначив у відомій справі принцеси Сорайя: «За наявності певних обставин право може існувати й над позитивними нормами, що приймаються державою, право, яке походить із конституційного правопорядку як змістовної всеохоплюючої системи, функції якої й полягають у корегуванні писаних норм. Суди мають завдання знаходити це право та реалізувати його через рішення, що мають обов'язкову силу» [15].

Найчіткіше різницю між формальною та органічною характеристиками проводить професор Р. Дворкін, звертаючи увагу на те, що принцип верховенства права «...не обмежується формальними приписами законодавства та оперує ними лише тією мірою, якою такі формальні приписи дають можливість досягти основних цілей правової системи. На відміну від формального підходу, який уникає надання ціннісної кваліфікації, принцип верховенства права ґрунтується на моральному баченні належної правової системи та оцінює правові норми з точки зору того, наскільки вони дозволяють досягти поставлених перед системою цілей» [16].

Реалізація цього органічного аспекту принципу верховенства права за-

безпечується здебільшого органами правосуддя через фіксацію правових позицій у текстах судових рішень, які «виводяться» з тексту та духу конституції у процесі правозастосування та є: 1) основою правової системи для забезпечення справедливості, розумності, пропорційності, рівності, правової визначеності тощо позитивного законодавства; 2) своєрідним «продовженням» нормативного змісту фундаментальних прав і свобод, що закріплені у конституційних текстах.

Саме органічна характеристика доктрини верховенства права є сполучною ланкою з доктриною конституціоналізму. За влучним висловом професора А. Шайо, «конституціоналізм — це сукупність принципів, порядку діяльності та інституційних механізмів, які традиційно використовуються з метою обмеження державної влади» [17]. Конституціоналізм є комплексом ідей, принципів та порядку діяльності, в основі яких лежить проста концепція, що влада держави ґрунтується на праві (конституції) та одночасно ним обмежується.

Отже, конституціоналізм — це режим функціонування державної влади відповідно до Конституції, причому термін «конституція» у суспільстві, де існує конституційна держава (діяльність держави спрямовується тільки на забезпечення певних нормативно визначених суспільних цілей згідно із загальновизнаними та визначеними правовими принципами та нормами), розуміється у широкому сенсі як конституція, що заснована на доктрині конституціоналізму. Втілити доктрину конституціоналізму на практиці покликані судові органи конституційної юрисдикції, які для досягнення цієї мети повинні безпосередньо застосовувати конституційні норми не тільки у їх вузьконормативному пози-

тивному значенні, а з урахуванням принципу верховенства права.

У вітчизняній літературі вирізняють три рівні конституціоналізму: сукупність певного теоретичного знання, політично-правової практики та конституційно-правової регламентації окремих аспектів суспільних відносин [18]. Професор В. Шаповал трактує конституціоналізм як формулу «конституційно-правова норма + практика її реалізації», у поєднанні конституційної правотворчості та правозастосування [19], як політико-правову ідеологію, інтелектуальні узагальнення, притаманні певному етапу історичного розвитку, як державне правління у широкому сенсі, обмежене за змістом конституції, та практику конституційного регулювання суспільних відносин [20].

Російські вчені розуміють конституціоналізм у широкому та вузькому значеннях. Конституціоналізм у широкому значенні — це теорія конституції, історія та практика конституційного будівництва у тій або іншій країні, групі країн, світовому співтоваристві загалом. У вузькому — цілісна система знань про базові загальнолюдські політично-правові цінності, які знаходять своє відображення у демократичних конституціях і демократичній конституційній теорії, їх змісті, формах, методах та ступеню реалізації [21].

Професор Ю. Тихомиров розглядає конституціоналізм як складне явище, що містить: а) конституційні ідеї та категорії, які відображають первісні базисні цінності суспільства; б) масову конституційну свідомість громадян, населення загалом; в) конституційні норми, акти та інститути як нормативно структуроване відображення двох зазначених елементів; г) конституційний порядок як процес



та стан реалізації конституційних норм [22].

Разом з тим усім цим вітчизняним науковим визначенням та підходам бракує розуміння головної мети доктрини конституціоналізму, що полягає в існуванні правових засобів обмеження державної влади та унеможливлення її свавільних проявів. Звичайно, обмежити державну владу можна й з позицій правового позитивізму, тобто шляхом дотримання верховенства конституції як системи правових норм або забезпечення реалізації принципу поділу влади. Але справжня, історично детермінована доктрина конституціоналізму завжди пов'язана з природним правом і фундаментальними (природними) правами та свободами. Тобто в основі доктрини конституціоналізму завжди лежить принцип верховенства права, який розглядається у контексті його органічної (матеріальної) характеристики. Тому з позицій доктрини конституціоналізму Конституція ніколи не розглядається лише як система позитивних норм або як «мапа влади»; її головна функція полягає в такій організації державної влади, яка унеможлиблює прояв державного свавілля, а також у забороні перетворення державної влади на інструмент пригнічення адресатів державно-владних приписів.

Така традиція конституціоналізму має давню історію. Як зазначав американський дослідник Д. Білліас, в основі конституціоналізму проблема, що турбувала людство з часів Стародавньої Греції та Риму: як утворити державну владу, яка здатна підтримувати стабільність і порядок, що є необхідними для досягнення цілей суспільства, та одночасно визначати і структурувати таку владу у спосіб, який би не допускав тиранії [23]. Пошук вирішення цього питання — способів об-

меження державної влади та одночасно утвердження й забезпечення основних прав і свобод, а також суспільної справедливості — ось так можна охарактеризувати всю історію конституціоналізму та європейської політичної думки.

Конституціоналізм як філософсько-правове явище має два виміри: описовий (*descriptive*) та приписовий (*prescriptive*). В описовому сенсі, — пише професор Г. Каспер, — він переважно стосується історичної боротьби за конституційне визнання права народу на те, що він має конституційні права, свободи та привілеї... У приписовому сенсі... його значення містить усі ті характеристики організації державної влади, які розглядаються як невід'ємні елементи... Конституції [24].

Історичний вимір конституціоналізму вимагає звернення до цивілізаційних цінностей і традицій, укоріненних у правовій свідомості та суспільних цінностях, до сприйняття досвіду і діалогу між конституційними судьями та іншими практичними працівниками, які покликані охороняти і плекати конституційні цінності тих країн, що належать до однієї цивілізаційної традиції. Це легітимізує широке використання конституційної доктрини та практики судів інших європейських держав у практиці Конституційного Суду України та практики Європейського суду з прав людини, що уособлює квінтесенцію конституціоналізму.

Ідеали конституціоналізму були сформовані у період боротьби з королівським абсолютизмом у Західній Європі на початку XVII ст. з метою захисту від публічної влади індивідуальних прав та свобод (на підставі ідеологічного ґрунту пізнього протестантизму про святість індивідуальної волі) та унеможливлення державного

свавілля. До цих ідеалів належали такі: принцип «обмеженого правління» (держави існують тільки для забезпечення досягнення спеціально визначених конституційних цілей і діють лише у межах повноважень) та верховенства права (органічний аспект як верховенство природного права).

У середньовічній Англії еквівалентом конституціоналізму був принцип верховенства права, який мав практичне значення правового обмеження королівської влади. Король, як й інші феодала, згідно із загальним правом мав договірні права та зобов'язання, що походили з його права власності на землю. Взаємні зобов'язання створювали сферу особистої свободи, яким кореспондували права не тільки короля, а і його васалів. Ці права та свободи захищалися судами й створювали феномен підкорення короля праву та судовим рішенням — верховенства права над королем. В інших сферах (ведення війни, зовнішні відносини, регулювання торгівлі тощо) король мав необмежені повноваження — королівські прерогативи або сферу публічної влади (*gubernaculum*), тоді як індивідуальні права та свободи створювали сферу приватних взаємин, відносно незалежних від публічної влади (*jurisdictio*) [25]. Таким чином, можна сказати, що конституціоналізм походить із приватного права, зокрема із зобов'язального цивільного права, та є перенесенням підходів приватного права щодо визначення прав та обов'язків суб'єктів цивільно-правових відносин у площину публічного права. Звідси походить ідея писаного конституційного тексту як своєрідного суспільного договору щодо обмеження державної влади. Тому одними з перших конституційних текстів в історії відомі саме тексти консти-

туційних договорів (*Magna Carta Libertatum* 1215 р., Конституція Пилипа Орлика 1710 р.), що пов'язано з договірним цивільним правом.

Велика хартія вольностей 1215 р. уперше започаткувала правовий дискурс конституціоналізму в історії європейської цивілізації. Звичайно, поняття та розуміння ідей, закладених у Хартії, змінювалося з перебігом часу (описовий вимір конституціоналізму). Яскравим прикладом може бути історія виникнення концепції належної правової процедури (*due process of law* — англ.), одного з основоположних елементів сучасного англійського та американського конституціоналізму, про що йдеться у ст. 39 Хартії.

При характеристиці конституціоналізму слід звернути увагу й на писаний конституційний текст, який настільки укорінений у культурній традиції Європи, що нагадує постійний «великий діалог» між сучасниками та стародавніми мислителями [26]. Такий текст — Біблія, *Corpus juris civilis*, *Corpus juris canonici*, Тора, твори класиків античності тощо — становив предмет «великого діалогу поколінь», який продовжують сучасні тексти конституцій. Саме тексту, а не звичаю чи прецеденту, надавалося особливе значення у забезпеченні прав та свобод. Убезпечення від свавілля державної влади невідворотно вимагало не просто встановлення зобов'язань із боку короля, а й фіксації самих принципів конституціоналізму. Така фіксація через окреслену цивілізаційну традицію вимагала тексту — так виникла ідея конституції як основного закону держави. Однак було б хибним думати, що наявність конституції є невід'ємною складовою конституціоналізму. Через сам характер такого складного і комплексного явища, як конституціоналізм воно не обме-

жується текстом. І дійсно, відсутність конституції (Велика Британія) чи наявність декількох конституційних законів (Ізраїль) не є перешкодою розвитку конституційних традицій. Так само існування писаної конституції не є запорукою реалізації ідеї обмеження державної влади.

Тому конституція в умовах ліберально-демократичного режиму не тільки визначає компетенцію вищих державних органів, а й намагається обмежити державну владу та надати універсальному державному примусу більш передбачуваний та мінімально необхідний для досягнення чітко визначених державних цілей характер. Конституція також через систему конституційних обмежень гарантує конституційні права та свободи особи, робить державний механізм більш ефективним. В умовах існування авторитарного режиму державна влада не обмежується конституцією.

Як наголошувалося, свободу як специфічний стан суспільства не можна забезпечити тільки шляхом видання державною владою нормативних приписів і забезпечення їх точного, суворого та неухильного виконання всіма суб'єктами права, оскільки будь-який правовий акт держави, зокрема закон, потенційно може бути свавільним і спрямованим на знищення свободи. Тому природа конституційного права не може розглядатися виключно з позицій правового позитивізму.

У країнах західної правової традиції сутність конституційного права (та конституції) полягає не стільки у сукупності правових норм, що видані державною владою, скільки у комплексі правових обмежень державної влади, здебільшого у комплексі зовнішніх обмежень конституційного характеру, що виявляються через фіксацію принципів природного права

органами правосуддя та у захисті суддівським корпусом конституційних норм та цінностей.

Сучасний конституціоналізм може бути певним чином ототожнений з ідеологією лібералізму, яка набула широкого розвитку в сучасних країнах західних демократій. Вона наполягає на тому, що «вільні від природи, аполітичні індивіди, які є носіями фундаментальних прав, потребують і тому створюють державу, якою вони можуть та повинні контролювати. Цей контроль є необхідним, оскільки історичний досвід свідчить про те, що існує постійна тенденція до перетворення держави на свавільну та деспотичну; тенденція, що походить від людської природи та є наслідком незмінної логіки діяльності державних інститутів» [27].

Отже, головна ідея доктрини конституціоналізму — це правове обмеження державної влади. Це досягається, серед іншого, шляхом реалізації принципу верховенства права, застосуванням цього принципу судовою системою та насамперед органами конституційної юрисдикції. Тобто верховенство права є складовою конституціоналізму, й, керуючись цією перспективою, слід розрізняти формальні та органічні (матеріальні) аспекти верховенства права. Доктрина верховенства права охоплює такі найважливіші складові: 1) як спосіб унеможливлення свавільного та антидемократичного правління, а також відображає спосіб організації життя суспільства на правових засадах, на відміну від анархії; 2) як прояв природного права у сучасних правових системах (принципи справедливості, пропорційності, рівності, цілеспрямованості тощо), як основний критерій визначення неправових законів та основна гарантія справедливості дер-

жавних рішень (насамперед — судових); 3) як спосіб організації належної правової системи (принцип правової визначеності, заборона неправомірної

дискреції та зворотної дії нормативно-правових актів, незалежна судова влада та судовий контроль).

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *McKilwain C.* Constitutionalism, Ancient and Modern. — Ithaca, N.Y., 1940. — P. 41.
2. *Rosenfeld M.* The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy // *Southern California Law Review*. — 2001. — № 74. — P. 1307.
3. *Golding M.* Retroactive Legislation and Restoration of the Rule of Law // *Annual Review of Law and Ethics*. — 1993. — № 1. — P. 172.
4. *Constitutional and Administrative Law* / Bradley A., Ewing K., ed. — London & New York, 1998. — P. 101.
5. *Constitutional and Administrative Law* / Bradley A., Ewing K., ed. — London & New York, 1998. — P. 109.
6. *Wade H.* Administrative Law. — Oxford, 1984. — P. 25.
7. *Raz J.* The Rule of Law and its Virtue // *Law Quarterly Review*. — 1977. — № 93. — P. 198–202.
8. *Rosenfeld M.* The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy // *Southern California Law Review*. — 2001. — № 74. — P. 1313.
9. *Шевчук С. В.* Формальна та органічна характеристика принципу верховенства права : до нових методів тлумачення конституції // *Українське право*. — 1998. — № 2. — С. 56–68.
10. *Козюбра М. І.* Права і свободи людини і громадянина в умовах становлення правової держави в Україні. Права громадян у сфері виконавчої влади : адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту / за заг. ред. В. Б. Авер'янова. — К., 2007. — С. 20–21.
11. *Козюбра М.* Принцип верховенства права у конституційному правосудді // *Закон і бізнес*. — 2000. — № 17. — С. 10.
12. *Dicey A.* Introduction to the Study of the Law of the Constitution. — Indianapolis, 1982. — P. 102, 114, 121.
13. *Погребняк С.* Принцип верховенства права : деякі теоретичні проблеми // *Вісник Академії правових наук України*. — 2006. — № 1. — С. 30.
14. *Bockenforde E.* The Origin and Development of the Concept of the Rechtsstaat. — New York, 1992. — P. 67.
15. *Kommers D.* The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. — Durham and London, 1997. — 2-nd edition. — P. 125.
16. *Dworkin R.* A Matter of Principle. — Boston, 1985. — P. 45.
17. *Sajo A.* Limiting Government. An Introduction to Constitutionalism. — Budapest, 1999. — P. 14.
18. *История буржуазного конституционализма в XIX в.* — М., 1986. — С. 3, 5.
19. *Шаповал В.* Становлення конституціоналізму в Україні : проблеми теорії // *Право України*. — 1998. — № 5. — С. 26–28.
20. *Шаповал В. М.* Сучасний конституціоналізм. — К., 2005. — С. 17.
21. *Юридическая энциклопедия* / отв. ред. Б. Н. Топорнин. — М., 2001. — С. 440–441.
22. *Тихомиров Ю. А.* Конституция в правовой системе : взаимовлияние и противоречия // *Конституция как фактор социальных изменений : сб. докладов*. — М., 1999. — С. 88.
23. *Billias G.* Introduction // *American Constitutionalism Abroad : Selected Essays in Comparative Constitutional History* / ed. George Athan Billias. — New York, 1990. — P. 2.
24. *Casper G.* Constitutionalism // *Encyclopedia of the American Constitution*, L. Levy and others eds. — Vol. 2. — New York, London. — 1986. — P. 473.
25. *Kelly A., Harbison W.* The American Constitution : its origin and development. — New York, 1983. — 6th ed. — P. 16.
26. *Collier C.* Precedent and Legal Authority : A Critical History // *Wisconsin Law Review*. — 1988. — P. 806.
27. *Constitutionalism* / Pennock R., Chapman J., ed. — New York, 1979. — P. 4.

**Шевчук С. В. Доктрина верховенства права та конституціоналізму: історична генеза і співвідношення**

**Анотація.** У статті розкривається сутність доктрин верховенства права та конституціоналізму, простежується їх історичний розвиток і сучасний стан, надається визначення цих доктрин та робиться висновок щодо їх взаємного впливу, що необхідно враховувати в умовах сучасної конституційно-правової реформи. Особливо акцентується на тому, що принцип верховенства права має формальну та матеріальну (органічну) характеристики, причому остання вказує на визнання природного права у сучасних правових системах.

**Ключові слова:** верховенство права, конституціоналізм, мінімальні вимоги доктрини верховенства права, формальна та матеріальна (органічна) характеристики принципу верховенства права, історичне походження доктрини верховенства права, історичний вимір конституціоналізму, фундаментальні права та свободи, природне право.

**Шевчук С. В. Доктрина верховенства права и конституционализма: исторический генезис и соотношение**

**Аннотация.** В статье раскрывается сущность доктрин верховенства права и конституционализма, прослеживается их историческое развитие и современное состояние, дается определение этих доктрин и делается вывод об их взаимном влиянии, что необходимо учитывать в условиях современной конституционно-правовой реформы. Отдельный акцент сделан на том, что принцип верховенства права имеет формальную и материальную (органическую) характеристики, причем последняя указывает на признание естественного права в современных правовых системах.

**Ключевые слова:** верховенство права, конституционализм, минимальные требования доктрины верховенства права, формальная и материальная (органическая) характеристики принципа верховенства права, историческое происхождение доктрины верховенства права, историческое измерение конституционализма, фундаментальные права и свободы, естественное право.

**Shevchuk S. V. Rule of law and Constitutionalism doctrines: historical origin and interrelation**

**Annotation.** Article reveals notion of the rule of law and constitutionalism doctrines, retraces its historical development and contemporary being, provides for the definition of both these doctrines and concludes on their mutual influence which ought to be taken into account in the course of the modern constitutional reform. A separate emphasis is put on the fact that the rule of law principle is embodied both in formal and substantial components, and the latter is indicative of the natural law recognition in modern legal systems.

**Key words:** rule of law, constitutionalism, rule of law doctrine minimal requirements, formal and substantial characteristics of the rule of law principle, rule of law doctrine historical origin, historical dimension of the constitutionalism, fundamental rights and freedoms, natural law.

# ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА І КОНСТИТУЦІЙНЕ СУДОЧИНСТВО В УКРАЇНІ



**А. СТРИЖАК**

*кандидат юридичних наук,  
Голова Конституційного Суду України*

**В** юридичній літературі функцію Конституційного Суду України щодо гарантування Конституції як Основного Закону на всій території держави нерідко ототожнюють із діяльністю щодо забезпечення та захисту конституційної законності шляхом здійснення конституційного контролю.

Відповідно до правової позиції Конституційного Суду верховенство права — це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а містить й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою відображена в Конституції [1].

Що стосується терміна «конституційна законність», то слід зазначи-

ти, що він є досить незвичним для пересічного громадянина, який, як правило, розуміє поняття «законність» як вимогу щодо дотримання виключно законів. Це, безумовно, не відповідає дійсності, оскільки законність як комплексна політико-правова категорія, що відображає правовий характер організації суспільно-політичного життя, органічну взаємодію права та влади, права та держави, насамперед характеризується рівнем дотримання вимог законодавства.

Водночас законодавство — це сукупність усіх законів, які діють у державі, зокрема й її Основного Закону — Конституції. До того ж, як зазначив Конституційний Суд України, «до поняття «законодавство» включаються як закони та інші акти Верховної Ради, так і акти Президента, Кабінету Міністрів, а в деяких випадках — також і нормативно-правові акти центральних органів виконавчої влади» [2].

Таким чином, «конституційна законність», яка в юридичній літературі визначається як система юридичних засобів, що забезпечують діяльність усіх суб'єктів права на основі Конституції та відповідно до її вимог, є складовою загального поняття «закон-

ність». Дотримання конституційної законності є не тільки ознакою того, що у державі реально діє принцип верховенства права, а й є однією з головних підстав для визнання держави правовою та демократичною.

Важливим інститутом забезпечення та охорони конституційної законності як важливої ознаки верховенства права є конституційний контроль, який в Україні здійснюється як загальними органами державної влади (глава держава, парламент, уряд, прокуратура, суди загальної юрисдикції), так і спеціалізованим — Конституційний Суд України.

Зокрема, парламентський контроль за додержанням конституційних прав і свобод здійснює Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Президент України як гарант додержання Конституції, прав і свобод України, зупиняє дію актів Кабінету Міністрів України та нормативно-правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим з мотивів невідповідності Основному Закону з одночасним зверненням до Конституційного Суду України щодо їх конституційності. Рішення органів місцевого самоврядування з мотивів їх невідповідності Конституції зупиняються у встановленому законом порядку з одночасним зверненням до суду тощо.

Таким чином, слід констатувати, що Конституцією передбачена система заходів щодо захисту та забезпечення конституційної законності, за якою вирішальна роль відведена органам судової влади. При цьому, як свідчить аналіз відповідних конституційних положень, межі компетенції суб'єктів здійснення правосуддя з цих питань є чітко визначеними.

До виключних повноважень Конституційного Суду України належить:

вирішення питань конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради, актів Президента і Кабінету Міністрів, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим; надання висновків щодо відповідності Основному Закону міжнародних договорів; дотримання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення глави держави з поста в порядку імпичменту, про порушення Верховною Радою Автономної Республіки Крим Конституції та законів України (наступний конституційний контроль) та про відповідність вимогам статей 157 і 158 Конституції законопроектів про внесення змін до неї (превентивний конституційний контроль); тлумачення Конституції та законів України.

Зазначений перелік повноважень єдиного органу конституційної юрисдикції є вичерпним, з чого випливає, що ним не можуть розглядатися інші питання, пов'язані з дотриманням конституційної законності в державі, оскільки вони є в компетенції судів загальної юрисдикції. При цьому Основним Законом також визначено коло суб'єктів права на звернення до Конституційного Суду з питань перевірки конституційності, що унеможливує їх розгляд за клопотанням, зокрема громадських організацій, громадян, іноземців, осіб без громадянства тощо.

Однією з визначальних ознак конституційної законності є визнання верховенства конституції в системі нормативних актів як акта вищої юридичної сили. З огляду на це, ч. 1 ст. 152 Конституції України встановлено правило, за яким закони й інші правові акти визнаються за рішенням Конституційного Суду України неконституційними повністю або в окремій частині, якщо вони не відповідають

Конституції або якщо було порушено встановлену нею процедуру їх розгляду, ухвалення або набрання ними чинності.

Протягом 13 років своєї діяльності Конституційний Суд України ухвалив 123 рішення за справами про конституційність законів та інших правових актів, визнавши такими, що не відповідають Конституції України, положення 74 законів, 13 інших актів парламенту, 6 актів Президента України, 15 – Кабінету Міністрів України та 8 – Верховної Ради Автономної Республіки Крим. У 2009 р. було ухвалено 26 таких рішень та визнано неконституційними положення 19 законів, 3 постанов Верховної Ради та 5 актів Кабінету Міністрів.

Минулий рік узагалі був найрезультативнішим за весь час роботи Конституційного Суду. З урахуванням справ про тлумачення положень Конституції та законів України, Судом було ухвалено 36 рішень. Для порівняння — за попередні 12 років у середньому ухвалювалося близько 20 рішень та висновків за рік. Крім цього, Конституційним Судом України у 2009 р. було прийнято 145 процесуальних ухвал. З них 42 ухвали про відмову у відкритті конституційного провадження та 21 ухвала про припинення розгляду конституційного подання і про припинення конституційного провадження.

Однак запам'ятається цей рік не лише рекордними показниками, а й тим, що він із новою силою висвітлив низку проблем, які вже не один рік супроводжують діяльність Суду щодо забезпечення та захисту конституційної законності в державі.

Перша з них полягає у невиконанні суб'єктами законодавчого процесу однієї з визначальних вимог конституційної законності, а саме: консти-

туційний контроль не обмежується визначенням конституційності правових актів та припиненням дії їх положень, що суперечать конституційним нормам та приписам. Цей контроль полягає й у тому, щоб надалі не допустити появи у законодавстві правових актів, якими правові відносини регулюються у спосіб, який визнано неконституційним за рішенням органу конституційної юрисдикції. Прийняття таких актів органами державної влади є можливим лише за умови внесення відповідних змін до Основного Закону.

На жаль, цей постулат ніяк не сприймається вітчизняними законодавцями, й тому часом законодавчий процес нагадує якесь незрозуміле деяку.

Ось характерний приклад: Рішенням Конституційного Суду України від 19 жовтня 2009 р. № 26-рп визнано неконституційними положення законів України, якими з порушенням вимог Основного Закону України було врегульовано порядок проведення виборів Президента України в 2010 р., зокрема:

- заборонено звертатися до ЦВК зі скаргами, що стосуються підготовки і проведення виборів Президента України, у день голосування і наступні дні виборчого процесу, а ЦВК — розглядати такі скарги;
- встановлено, що невиконання судом вимоги щодо розгляду справ у стислий строк (протягом двох днів з часу закінчення голосування на виборчих дільницях) є підставою для залишення скарги судом без розгляду;
- визначено, що юрисдикція судів не поширюється на правовідносини, які мали місце у процесі складання протоколів щодо встановлення результатів голосування у межах територіального виборчого округу під час



проведення виборів Президента України, а також протоколів про підрахунок голосів виборців на виборчій дільниці;

- заборонено судам здійснювати забезпечення позову щодо призначення, підготовки та проведення виборів, що унеможлиблює виконання рішень суду, прийнятих в окремих справах, тобто фактично означає неможливість реалізації особами права на судовий захист.

А тепер звернемось до Рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 1998 р. № 1-рп у справі про вибори народних депутатів, згідно з яким визнано такими, що не відповідають Конституції України, положення Закону України «Про вибори народних депутатів України», що обмежували захист виборчих прав громадян у судовому порядку:

- щодо оскарження до суду рішень, дій чи бездіяльності виборчих комісій за умови, «якщо інший порядок оскарження не встановлено законом» (ч. 1 ст. 15 Закону);

- щодо незабезпеченості права громадян на оскарження до суду дій чи бездіяльності посадових і службових осіб дільничних, окружних та Центральної виборчих комісій (частини 1, 3, 5 ст. 15 Закону);

- щодо унеможливлення оскарження до суду рішення окружної виборчої комісії про визнання народного депутата України обраним та визнання виборів недійсними (частини 6, 8 ст. 43 Закону).

Ще одне Рішення, вже від 3 липня 2003 р. № 13-рп, у справі про строки оскарження порушень під час підрахунку голосів та встановлення результатів голосування, в якому Конституційний Суд ухвалив:

- визнати неконституційним положення четвертого речення ч. 6 ст. 29 Закону України «Про вибори народ-

них депутатів України», згідно з яким скарга щодо порушень, які мали місце під час підрахунку голосів та встановлення результатів голосування в роботі дільничної виборчої комісії, може бути подана до окружної виборчої комісії або до суду протягом двох днів після дня виборів, а в роботі окружної виборчої комісії — до Центральної виборчої комісії або до суду — протягом п'яти днів після дня виборів, у частині, що унеможлиблює оскарження вчинених після закінчення двох та п'яти днів після дня виборів порушень у роботі відповідно дільничної або окружної виборчої комісії під час підрахунку голосів та встановлення результатів голосування.

Отже, право на судовий захист як одна з фундаментальних засад правової держави є непорушним і згідно з Конституцією не може бути обмежено навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану, не кажучи вже про період проведення виборів до органів державної влади. Однак на практиці виходить далеко не так.

Ще один приклад: Рішенням від 26 листопада 2009 р. № 30-рп Конституційний Суд, ґрунтуючись на вимогах п. 21 ч. 1 ст. 92 Основного Закону України, за яким організацію і порядок діяльності органів законодавчої, виконавчої, судової влади та статус їх посадових осіб визначається виключно законом, вкотре визнав неконституційним Регламент Верховної Ради України, цього разу від 19 вересня 2008 р. № 547–VI, як такий, що прийнятий із порушенням процедури, встановленої ст. 94 Конституції України.

До речі, тлумачення положень Основного Закону, до якого вдаються окремі члени парламенту, доводячи, що нібито Регламент Верховної Ради не є актом, який регулює організацію та порядок її діяльності, належить до

виключних повноважень Конституційного Суду України. І Суд свою правову позицію з цього питання вже неодноразово підтверджував у відповідних рішеннях, які згідно з Конституцією є обов'язковими до виконання.

Слід також констатувати наявність фактів неконституційного втручання у діяльність інших органів державної влади як з боку парламенту, так і уряду. Зокрема, минулого року Конституційний Суд на цих підставах визнав неконституційними положення правових актів, якими:

- Верховна Рада України делегувала Кабінету Міністрів України повноваження визначати окремі елементи правового механізму регулювання ввізного мита (Рішення від 23 червня 2009 р. № 15-рп);

- Кабінет Міністрів України встановив граничні розміри пенсійного забезпечення для окремих категорій громадян; відчувив структурні підрозділи державних вугледобувних підприємств; скасував наказ Служби безпеки України (рішення від 8 вересня 2009 р. № 19-рп, від 29 вересня 2009 р. № 22-рп, від 20 жовтня 2009 р. № 27-рп).

Інше проблемне питання, яке стосується забезпечення конституційної законності, пов'язане з внесенням у 2004 р. змін до Конституції України.

Загальновизнаним є те, що внесення змін до конституції вимагає приведення законів та інших правових актів у відповідність до її нової редакції. Однак на відміну від Конституції України в редакції від 28 червня 1996 р., за якою закони й інші правові акти, прийняті до набуття чинності цією Конституцією, визнавалися чинними лише у частині, що їй не суперечить (п. 1 розділу XV), зазначений Закон навіть не мав припису щодо необхідності приведення актів законодав-

ства у відповідність до внесених ним змін.

Як наслідок, у законодавчому полі діють нормативні акти, видані на підставі положень Конституції України, що нині втратили чинність, та які час від часу визнаються Конституційним Судом України неконституційними, зокрема й цього року.

Йдеться, зокрема, про положення законів України «Про Конституційний Суд України» та «Про судоустрій України», які не були приведені Верховною Радою України у відповідність до положень Конституції України в редакції Закону № 2222-IV (рішення від 7 липня 2009 р. № 17-рп, від 17 грудня 2009 р. № 32-рп).

Слід також зазначити, що якщо Конституція України в редакції від 28 червня 1996 р. не тільки отримала позитивну оцінку міжнародної спільноти, а й реально сприяла стабілізації політичної, правової, економічної, соціальної ситуації в країні, то наступні зміни до Основного Закону, навпаки, лише загострили існуюче на час їх прийняття політичне протистояння.

Як зазначають вітчизняні та зарубіжні фахівці з конституційного права, основним недоліком змін до Конституції України є відсутність системного підходу при їх прийнятті, несприйняття Основного Закону як цілісного правового акта, положення статей якого перебувають у системному зв'язку з іншими нормами.

При цьому парламентарії не взяли до уваги застереження, які з цього приводу неодноразово висловлював Конституційний Суд у висновках щодо змісту законопроектів, положення яких склали основу зазначеного Закону, що дедалі частіше стає підставою для звернення до Конституційного Суду з метою надання офіційного тлу-

мачення окремих положень чинної Конституції.

Як зазначалося у 2009 р., єдиним органом конституційної юрисдикції розглянуто 10 справ такої категорії. Зокрема, Конституційний Суд України роз'яснив, що:

- право подавати до Верховної Ради України проекти законів про внесення змін до закону про Державний бюджет України мають усі суб'єкти права законодавчої ініціативи, визначені в ч. 1 ст. 93 Конституції України;

- положення п. 18 ч. 1 ст. 85 Конституції України треба розуміти так, що Верховна Рада України повноважна звільняти з посади Голову Національного банку України лише за умови внесення на її розгляд відповідного подання Президентом України;

- положення ч. 2 статей 19 і 144 Конституції України, ст. 25, частин 1, 10 ст. 59 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» щодо права органу місцевого самоврядування скасовувати свої раніше прийняті рішення та вносити до них зміни необхідно розуміти так, що орган місцевого самоврядування має право приймати рішення, вносити до них зміни та/або скасовувати їх на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України;

- положення ч. 8 ст. 83 Конституції України у системному зв'язку з положеннями частин 6, 7 ст. 83, п. 9 ч. 1 ст. 106, частин 3, 4 ст. 114 Конституції України слід розуміти так, що внесення пропозицій відповідно до Конституції України Президенту України щодо кандидатури Прем'єр-міністра України та щодо кандидатур до складу Кабінету Міністрів України належить виключно до повноважень коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України, сформованої згідно з частинами 6, 7 ст. 83 Конституції України;

- положення частин 1, 2 ст. 141 Конституції України, що встановлюють строки, на які обираються депутати до складу сільської, селищної, міської, районної, обласної ради, чи сільський, селищний, міський голова, слід розуміти так, що при обранні цих осіб на передбачених Конституцією України чергових та позачергових виборах на них поширюються відповідно п'ятирічний та чотирирічний строки повноважень.

Водночас слід зазначити, що до повноважень Конституційного Суду України не належить встановлення правил і форм правового врегулювання конкретних суспільних правовідносин та заповнення прогалини у законодавстві. Приведення закону або іншого правового акта у відповідність до норм чинної Конституції — обов'язок насамперед органу державної влади, який цей акт видав. І робити це потрібно відразу після набуття чинності зазначеними змінами, а не чекати рішень Конституційного Суду.

З цього приводу важко не погодитися з думкою колишнього Генерального секретаря Ради Європи Т. Девіса, який свого часу зазначив, що однією з проблем України як держави з молодю демократією є «брак зрілої політичної культури», адже «політики надто часто, прагнучи зняти з себе відповідальність, звертаються до Конституційного Суду з питаннями, які повинні врегулювати власноруч».

До проблемних питань у сфері захисту конституційної законності слід також віднести й порушення встановленої Основним Законом України процедури розгляду та ухвалення правових актів або набрання ними чинності.

З цих підстав Конституційний Суд України у 2009 р. визнав неконституційними низку законів України, зокрема:

- «Про внесення змін до деяких законів України щодо повноважень Конституційного Суду України, особливостей провадження у справах за конституційними зверненнями та недопущення зловживань правом на конституційне подання» (Рішення від 7 липня 2009 р. № 17-рп);

- «Про внесення змін до деяких законів України щодо мінімізації впливу фінансової кризи на розвиток вітчизняної промисловості» (Рішення від 14 липня 2009 р. № 18-рп);

- «Про тимчасові слідчі комісії, спеціальну тимчасову слідчу комісію і тимчасові спеціальні комісії Верховної Ради України» (Рішення від 10 вересня 2009 р. № 20-рп);

- «Про внесення змін до деяких законів України щодо запобігання негативним наслідкам впливу світової фінансової кризи на розвиток агропромислового комплексу» (Рішення від 24 листопада 2009 р. № 29-рп).

Ці закони були прийняті Верховною Радою України з подоланням вето глави держави та мали б містити дати їх повторного прийняття (зокрема дату першого прийняття закону) і підпис Голови Верховної Ради України, який є свідченням того, що зміст закону відповідає прийнятому парламентом.

Якщо Президент України не підписав такого закону, він повинен бути невідкладно офіційно оприлюднений Головою Верховної Ради України та опублікований за його підписом. Наявність такого підпису під текстом закону є обов'язкова.

Це означає, що йдеться не про «формальні ознаки», а про дотримання встановленої ст. 94 Конституції України процедури розгляду, ухвалення законів України або набрання ними чинності. Порушення цих вимог відповідно до Основного Закону України

є підставою для визнання закону неконституційним (ч. 1 ст. 152), що має наслідком втрату ним чинності з дня ухвалення Конституційним Судом України відповідного рішення.

Як показує аналіз діяльності Конституційного Суду України, за останні два роки проблемним питанням також стало застосування практики відкликання конституційного подання або скасування правового акта, який перебуває на його розгляді.

Конституційний Суд України тричі припиняв розгляд справи за конституційними поданнями Президента України щодо відповідності Конституції України Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про затвердження Умов проведення конкурсу з продажу пакета акцій ВАТ «Одеський припортовий завод» (ухвали Конституційного Суду України № 3-у/2008, 28-у/2008, 59-у/2008). Також неодноразово припинялося конституційне провадження у справах за конституційними поданнями народних депутатів України щодо конституційності розпоряджень Президента України про тимчасове виконання обов'язків голів місцевих державних адміністрацій (ухвали Конституційного Суду України 37-уп/2008, 51-уп/2008, 48-уп/2009) тощо.

Таким чином, органи державної влади хоча й формально діють у межах конституційної законності, однак створюють умови, за яких Конституційний Суд України стає заручником ситуації, що не сприяє співпраці між цими органами влади.

На жаль, 2009 р. запам'ятається ще й тим, що так і залишилися невирішеними проблеми, пов'язані з удосконаленням законодавства, яким урегульовано організацію й порядок діяльності Конституційного Суду України. Як свідчить 13-річний досвід діяльності

Конституційного Суду України, такі проблеми насправді існують. Вони пов'язані насамперед із недосконалістю певних положень Закону України «Про Конституційний Суд України». Наявність таких недоліків є здебільшого наслідком того, що цей Закон, власне, об'єднав норми, які повинні врегульовувати різні специфічні особливості конституційного судочинства, а саме: норми, які стосуються організаційних питань діяльності Конституційного Суду України, норми, якими визначено основні положення конституційного права, та норми, що регулюють процес здійснення конституційного судочинства.

Досвід діяльності судів загальної юрисдикції свідчить про те, що такі питання врегульовуються окремими законами. Так, питання організаційного характеру регулюються законами України «Про судоустрій України», «Про статус суддів», основні положення цивільного права — Цивільним кодексом України, кримінального права — Кримінальним кодексом України, питання судового провадження у цивільних та кримінальних справах — відповідно Цивільним процесуальним кодексом України та Кримінально-процесуальним кодексом України тощо.

Щодо конституційного судочинства, то спроба вирішити всі питання в одному правовому акті призвела до того, що на сьогодні потребують суттєвого удосконалення положення Закону України «Про Конституційний Суд України», якими врегульовано як організаційні питання, так і питання, що стосуються основ конституційного права, процесу конституційного провадження у справах за конституційними поданнями та конституційними зверненнями.

Залишаються такими, що потребують законодавчого врегулювання, такі важливі питання діяльності єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні, як:

- особливості конституційного провадження у справах про надання висновків щодо порушення Верховною Радою Автономної Республіки Крим Конституції або законів України (п. 22 ч. 1 ст. 85 Конституції України) та у справах за поданням Президента України щодо конституційності актів Кабінету Міністрів України, дію яких зупинено в порядку, визначеному п. 15 ч. 1 ст. 106 Конституції України;
- запровадження механізму, який би унеможливив штучне блокування роботи Конституційного Суду України, зокрема шляхом ненадання можливості новопризначеному судді скласти присягу, що є умовою для його вступу на посаду;
- визначення поняття порушення присяги суддею Конституційного Суду України та розроблення процедури встановлення факту такого порушення;
- конкретизація положення ч. 4 ст. 70 Закону України «Про Конституційний Суд України», відповідно до якої невиконання рішення, недотримання висновків Конституційного Суду України тягнуть за собою відповідальність згідно із законом. Необхідно, нарешті, визначити, яку саме відповідальність несуть посадові особи органів державної влади та місцевого самоврядування у разі невиконання ними рішень Конституційного Суду, оскільки такі дії є порушенням засад і змісту конституційного контролю як гарантії дотримання конституційного принципу верховенства права.

Не зрушується з місця й питання запровадження інституту конститу-

ційної скарги як реалізації, гарантованої Основним Законом, права звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини та громадянина безпосередньо на підставі Конституції, що дискутується вже не один рік. Однак перспектива його вирішення досі залишається невизначеною.

Щорічно до Конституційного Суду надходять тисячі листів та звернень наших співвітчизників, за кожним доля людини, надія на допомогу, а ми спроможні розглянути лише їх мізерну частину.

Наведений аналіз проблем конституційної законності, які виникають у зв'язку з реалізацією Конституційним Судом повноважень щодо гарантування верховенства Конституції як Основного Закону держави, зумовлений насамперед необхідністю запровадження реального механізму запобігання порушень приписів Конституції України. Основоположним у цьому є безумовне виконання конституційних вимог щодо поділу державної влади на законодавчу, виконавчу та судову, здійснення повноважень органами державної влади виключно у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів (ст. 6), та не тільки визнання, а й неухильне дотримання принципу верховенства права (ст. 8).

Узагальнюючи викладене, слід зазначити, що принцип верховенства

права необхідно розглядати як правовий, сучасне розуміння якого сформувався під впливом глобалізаційних, міжнародних та європейських інтеграційних процесів, та який за своїм змістом є поєднанням низки критеріїв (вимог), які хоча і різняться за своєю формою нормативно-правового опосередкування у національному законодавстві, проте покликані забезпечувати примат прав і свобод, законних інтересів людини і громадянина у суспільстві, верховенства конституції в системі актів законодавства країни та передбачуваність законів і дій органів державної влади. Ступінь реалізації цього конституційного принципу безпосередньо залежить від дотримання конституційної законності як його визначальної складової.

Водночас законотворчий процес і практика правозастосування показують, що реалізація принципу верховенства права на сьогодні стикається з низкою проблем, вирішення яких багато в чому залежить від ефективності конституційного контролю. При цьому йдеться не лише про діяльність єдиного органу конституційної юрисдикції, а й про систему дієвого конституційного контролю з боку всіх суб'єктів його здійснення, як у сфері законотворчості, так і правозастосування, що, як вважає актор, є запорукою побудови правової держави.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Рішення від 2 листопада 2004 р. № 15-рп у справі про призначення судом більш м'якого покарання // Офіційний вісник України. — 2004. — № 45. — Ст. 2975. — С. 41.
2. Рішення від 9 липня 1998 р. № 12-рп у справі про тлумачення терміна «законодавство» // Офіційний вісник України. — 1998. — № 32. — С. 59.

#### Стрижак А. А. Верховенство права і конституційне судочинство в Україні

**Анотація.** У статті розглядається актуальне питання дотримання конституційної законності як важливої складової реалізації конституційного принципу верховенства права. Аналізуються результати діяльності Конституційного Суду України в аспекті забезпечення та захисту конституційної законності, вирізняється низка питань, пов'язаних зі здійсненням конституційного контролю в правовій державі.

Особливу увагу приділено аналізу причин, що зумовили ухвалення єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні рішень про неконституційність норм законів та інших правових актів,

а також змісту офіційного тлумачення положень Конституції та законів України. Пропонується низка заходів щодо усунення негативних явищ у законотворчій і правозастосовній діяльності.

**Ключові слова:** законодавство, правовий акт, конституційна законність, верховенство права, конституційний контроль, законотворчий процес, практика правозастосування, конституційність, офіційне тлумачення, конституційне судочинство, конституційна скарга, права держава, право на судовий захист.

**Стрижак А. А. Верховенство права и конституционное судопроизводство в Украине**

**Аннотация.** В статье рассматривается актуальный вопрос соблюдения конституционной законности как важной составной реализации конституционного принципа верховенства права. Анализируются результаты деятельности Конституционного Суда Украины в аспекте обеспечения и защиты конституционной законности, выделяется ряд вопросов, связанных с осуществлением конституционного контроля в правовом государстве.

Особое внимание уделяется анализу причин, которые обусловили принятие единственным органом конституционной юрисдикции в Украине решений о неконституционности норм законов и прочих правовых актов, а также содержанию официального толкования положений Конституции и законов Украины.

Предлагается ряд конкретных мероприятий по устранению негативных явлений в законотворческой и правоприменительной деятельности.

**Ключевые слова:** законодательство, правовой акт, конституционная законность, верховенство права, конституционный контроль, законотворческий процесс, практика применения права, конституционность, официальное толкование, конституционное судопроизводство, конституционная жалоба, правовое государство, право на судебную защиту.

**Stryzhak A. A. The rule of law and constitutional legal proceedings in Ukraine**

**Annotation.** The article considers the topical issue of observance of constitutional legitimacy as an important component of the implementation of the constitutional principle of the rule of law. Examining the results of the activities of the Constitutional Court of Ukraine in the aspect of ensuring and protection of constitutional legitimacy, the author points out a number of issues connected with the functioning of constitutional control in a law-based state.

Special attention in the article is devoted to the analysis of factors which have led to the adoption by the sole body of constitutional jurisdiction of Ukraine of the decisions on unconstitutionality of the norms of laws and other legal acts as well as to the substance of the official interpretation of the provisions of the Constitution and laws of Ukraine.

Nonetheless, the author does not constrain himself to stating the existence of negative occurrences in legislative and law-application activities but offers a range of specific measures for their elimination, among which, in the first place, are improving legislative regulation of carrying out constitutional justice and introduction of the institute of constitutional complaint.

**Key words:** legislation, legal act; the rule of law; constitutional control; constitutionality; official interpretation; constitutional justice; constitutional complaint; law-based state.

# ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА У СФЕРІ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ: ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКА РЕАЛІЗАЦІЇ



**В. АВЕР'ЯНОВ**

*доктор юридичних наук, професор,  
завідувач відділу проблем державного управління  
та адміністративного права  
(Інститут держави і права  
ім. В. М. Корецького НАН України),  
академік НАПрН України*

**Я**к відомо, виконавча гілка державної влади переважно покликана забезпечувати виконання законів та інших правових актів держави. Водночас виконавча влада — це найбільш наближена до людини гілка влади, з якою відбуваються найчастіші контакти з приводу задоволення різноманітних суб'єктивних прав, свобод і законних інтересів. У реальному вимірі виконавча влада — це не що інше, як державний апарат управління, а фактично — його державні службовці (чиновники).

Чинна Конституція України є певним кроком на шляху побудови демократичної держави, в якій права й свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави (ст. 3). Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є її головним обов'язком, оскільки, за висловом П. Рабіновича, «основні права обов'язкові для законодавчої, виконавчої та судової влади як безпосередньо діюче право» [1, 31].

Зв'язаність держави потребами реалізації та захисту вказаних прав становить засадничу рису принципу верховенства права. У зарубіжних

джерелах наголошується, що верховенство права — це юридичне обмеження держави, яке виступає повною протилежністю свавільному правлінню. З огляду на це вітчизняні дослідники справедливо зауважують, що юридичне обмеження держави, під яким розуміється діяльність державних органів у правовій формі та у компетенційних межах, є дуже важливим, але не головним елементом принципу верховенства права. Адже абсолютне дотримання правового акта (закону) — незалежно від його змісту — може призвести до ототожнення принципу верховенства права з принципом верховенства закону [2, 37].

Але за панівною у вітчизняній юридичній науці ідеологією юридичного позитивізму принцип верховенства закону (принцип законності) означає неухильне дотримання вимог законів як в інших джерелах нормативно-правового регулювання, так і безпосередньо в суспільних відносинах. На противагу цьому, верховенство права доцільно тлумачити як принцип функціонування держави, який означає забезпечення: по-перше, пріоритетності прав людини перед будь-яки-



ми іншими цінностями демократичної, соціальної, правової держави; по-друге, безумовного підпорядкування діяльності усіх без винятку державних інституцій та посадових осіб вимогам реалізації та захисту вказаних прав.

З огляду на потреби практичної реалізації принципу верховенства права у сфері виконавчої влади, при розкритті його змісту важливо акцентувати не тільки на аспекті «утвердження» прав людини, а й на аспекті «забезпечення реалізації» цих прав. Тільки з урахуванням зазначених аспектів стає зрозумілішою конституційна формула (ч. 2 ст. 3 Конституції України): «Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави».

Необхідність розмежування названих аспектів зумовлена тим, що у нас традиційно прийнято перебільшувати значення наділення правами, їх переліку і змісту, належної легалізації прав. Тоді як, з одного боку, офіційне (легальне) визначення навіть найширшого обсягу прав ще не означає, що людина у змозі реально скористатися цими правами, тобто що вони фактично можуть бути реалізовані. З другого боку, не менш поширеною є звичка зводити проблему верховенства права до забезпечення судового захисту порушених прав. Хоча має бути зрозумілим, що основний обсяг діяльності держави зводиться не стільки до реагування (через судовий розгляд) на аномальні вчинки — правопорушення, скільки до так званих позитивних дій зі створення умов для ефективно реалізації людьми належних їм прав.

Отже, проблема забезпечення верховенства права у сфері виконавчої влади може бути реально вирішена лише через налагодження повсякденних відносин людини з посадовими

особами публічної адміністрації — органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування. Як відомо, провідною правовою галуззю у цій сфері є адміністративне право. Іншими словами, фактично існуючий режим адміністративно-правового регулювання зазначених відносин — це реальний показник стану реалізації принципу верховенства права у державі та суспільстві. На сьогодні цей режим має далеко не європейський вигляд. І головним чином через те, що у нас і досі зберігається стара радянська, а точніше «неорадянська» ідеологія державної (зокрема і виконавчої) влади, за якою людина позиціонується не як суб'єкт, інтересам якого повинна служити держава, а як підвладний об'єкт, щодо якого спостерігається панування інтересів держави, зокрема державного апарату управління. У цьому знаходить вияв «державоцентристська» ідеологія діяльності держави щодо громадянського суспільства. Разом з тим сама Конституція України (ст. 3) закріпила перехід від існуючої в минулому і домінуючої дотепер ідеології «панування держави» над людиною до нової ідеології «служіння держави» інтересам людини. Цікаво згадати, що подібну ідеологію дуже влучно сформулював ще на початку 30-х років ХХ ст. тодішній губернатор Нью-Йорку і майбутній президент США Ф. Рузвельт, який сказав: «Обов'язок держави перед громадянами — це обов'язок слуги перед хазяїном».

Отже, прагнення радикально змінити стару ідеологію шляхом запровадження нової — людиноцентристської ідеології — це є основне завдання та єдиний можливий шлях реального запровадження принципу верховенства права у сфері виконавчої влади. Такій зміні державної ідеології має сприяти

насамперед посилення орієнтації виконавчої влади на діяльність із надання адміністративних послуг, яка повніше відповідає ідеології служіння держави інтересам людини. Ця відносно нова для вітчизняного досвіду функція держави — надання адміністративних послуг — була вперше передбачена Концепцією адміністративної реформи в Україні (1998 р.).

Для усвідомлення людиноцентристського призначення згаданої функції держави важлива сама дефініція «послуги». Адже вона гранично точно акцентує увагу на виконанні обов'язків держави перед приватними (фізичними та юридичними) особами. А власне надання адміністративних послуг означає діяльність, спрямовану на юридичне оформлення умов, визначених законодавством необхідними для забезпечення ефективної реалізації приватними особами своїх прав й інтересів, а також у відповідних випадках належного виконання покладених на них законодавством обов'язків. Саме така позиція щодо поняття адміністративних послуг відображена у проекті Адміністративно-процедурного кодексу України, що зараз перебуває на доопрацюванні в уряді. Поряд з цим Кодексом, системно врегулювати інститут адміністративних послуг, переважно в матеріально-правовому аспекті, мав би, на мою думку, спеціальний закон з цього питання.

З точки зору реалізації у сфері виконавчої влади принципу верховенства права найбільш складним, окрім розширення обсягу діяльності з надання зазначених послуг, залишається завдання подолання існуючої у багатьох фахівців недооцінки ролі процедур у діяльності органів виконавчої влади, насамперед у частині їх відносин з громадянами. Нагадаємо, що в

чинному адміністративному законодавстві України саме процедурна частина (за винятком регулювання адміністративно-юрисдикційних проваджень) є найменш розвинутою. Між тим ці процедури, які зараз прийнято визначати як «адміністративні», покликані істотно сприяти підвищенню ефективності публічної влади, чіткому виконанню функцій і повноважень органів та посадових осіб. Але головне, що адміністративні процедури здатні забезпечити необхідну послідовність у реалізації громадянами своїх прав і законних інтересів та стати дійовим засобом протидії суб'єктивізму і свавіллю з боку службовців органів виконавчої влади. Невипадково, що в більшості європейських країн існують відповідні кодифіковані акти, присвячені дуже детальній регламентації подібних процедур [3, 178–493]. Причому такі закони є серцевиною адміністративного законодавства, і саме вони визначають рівень демократичності діяльності публічної адміністрації в цих країнах.

Натомість у нашій країні застарілі стереотипи спрощеної юридичної регламентації процесуальних відносин у діяльності державного апарату управління дуже стійкі, навіть у середовищі фахівців. Багато хто дотепер вважає, що вимоги до законодавчого врегулювання адміністративних процедур повинні бути значно «полегшеними» порівняно, наприклад, з правилами судового процесу. Забувають при цьому, що ретельне визначення законом раціонально організованих і демократичних за змістом процедур з адміністративного розгляду заяв і скарг, інших звернень приватних осіб — це чи не єдина реальна гарантія дотримання під час цього розгляду неупередженого, відповідального і прозорого ставлення чиновників до правомірних

вимог та інтересів зазначених осіб. Більше того, завдяки цим процедурам певною мірою «вирівнюються» правові позиції органів публічної адміністрації і людини в їхніх відносинах — на відміну від відносин субординації, в яких зазвичай перебувають публічно-владні суб'єкти і громадяни.

Проте складність для сприйняття пересічними громадянами усього розмаїття докладно регламентованих адміністративних процедур — це не привід для відмови, як дехто припускає, від подібної регламентації. Це лише додатковий чинник, що вимагає серйозного удосконалення якості роботи управлінського апарату за рахунок значного зростання кваліфікації та професіоналізму його службовців. Для громадян же складність нормативно формалізованих адміністративних процедур аж ніяк не повинна бути перешкодою, оскільки для них будь-яка процедура має практичну цінність, врешті-решт, тільки у двох значеннях. З одного боку, має бути забезпечена доступність і простота звернення до суб'єкта владних повноважень з певною вимогою або за певною послугою, а з другого, — громадяни мають розрахувати на оперативне (вчасне) отримання відповіді за результатами законного, справедливого та неупередженого розгляду поданої заяви чи скарги.

Оцінюючи загалом роль правового забезпечення реалізації принципу верховенства права у сфері виконавчої влади, слід наголосити на необхідності глибокого реформування галузі адміністративного права. Це зумовлено тим, що у нас дотепер переважають колишні радянські стереотипи, які не сприяють європейському розумінню адміністративного права як провідної галузі правового забезпечення пріоритету прав людини у сфері виконавчої

влади. Натомість тільки в результаті трансформації адміністративного права на засадах людиноцентристської ідеології ця галузь зможе стати основним засобом гармонізації відносин між державою і людиною. У такому контексті першорядне значення має переосмислення фундаментальних засад адміністративного права, починаючи, природно, з визначення його принципів.

Це особливо важливо, позаяк у нас, за радянською традицією, принципи права сприймаються не як дійсно керівні вимоги до виконання, а як щось декларативне. Насправді ж принципи мають величезне значення, оскільки в них відбивається, так би мовити, «дух» адміністративного права, його світоглядна ідеологія, загальносуспільна спрямованість. Адже саме завдяки своїм принципам адміністративне право в Європі орієнтоване на права й інтереси людей, їх ефективну реалізацію та захист, тоді як у нас — фактично на потреби «зручного» для чиновників управління. І це зовсім не випадково, а навпаки цілком природно, оскільки, знову ж за радянською традицією, адміністративне право було чи не єдиною галуззю права, яка не мала власне правових принципів, а ґрунтувалася на принципах державного управління. Хоча зрозуміло, що державне управління й адміністративне право — це різні явища, і тому принципи адміністративного права не можуть підмінятися принципами державного управління. Спроба такої підміни якраз і є наслідком впливу на адміністративне право державоцентристської ідеології, позаяк для державного управління головне — це забезпечення сталості та формалізованої результативності управлінської діяльності, але аж ніяк не забезпечення пріоритету прав людини.

Отже, саме нові принципи адміністративного права повинні стати ідеологічною основою зміни парадигми взаємин держави (всієї публічної влади) з людиною, що склалася в нашій країні впродовж як колишнього радянського минулого, так і останнього десятиріччя ХХ ст. Не заглиблюючись тут у проблематику принципів адміністративного права, доречно послатися на перелік, зокрема, загальних принципів, запропонований окремими авторами [4]. Головне, що серед цих принципів засаднича роль відведена принципу верховенства права (у визначенні цитованого джерела — принцип пріоритету прав та свобод людини і громадянина).

Про те, як важко перебудувати вітчизняне адміністративне право на нових принципах, свідчить приклад запровадження в Україні адміністративного судочинства. Так, у нововведеному Кодексі адміністративного судочинства України (далі — КАС України) вперше в українському адміністративному законодавстві закріплений принцип верховенства права (ст. 8). Але проблема в тому, що він може залишитись на папері, оскільки можливостей для його реального застосування у діяльності адміністративних судів Кодексом не передбачено. Дійсно, КАС України (ч. 3 ст. 2) не вимагає, щоб адміністративні суди перевіряли, чи порушують рішення, дії та бездіяльність суб'єктів владних повноважень права й інтереси людини. Натомість передбачена перевірка за рядом інших ознак, насамперед, з точки зору відповідності Конституції та законам України. Навряд чи можна забезпечити судовий захист від порушень суб'єктивних прав особи без перевірки саме на предмет цих порушень.

Недостатньо послідовними є положення щодо оскарження нормативно-

правових актів (згідно зі ст. 171 КАС України). Адже тут взагалі мова йде про оцінку їхньої відповідності не тільки законам, а й будь-яким підзаконним актам вищої юридичної сили. Хоча загальновідомо, що лєвова частка порушень прав людини і громадянина міститься саме в підзаконних і насамперед у «відомчих» актах. Тим самим ставиться під сумнів загалом виконання головного завдання адміністративного судочинства, яким у ч. 1 ст. 2 КАС України визначено, зокрема, захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень. Адже, не перевіряючи діяльність органів публічної адміністрації на предмет таких порушень, неможливо захистити від них людей. Отже, легальне проголошення в КАС України принципу верховенства права фактично не підкріплено реальним механізмом застосування цього принципу.

Ще один необхідний крок у запровадженні принципу верховенства права у сфері виконавчої влади пов'язаний з необхідністю відмови від абсолютизації управлінської характеристики адміністративного права. Внаслідок такої абсолютизації в науці та практиці дотепер панує визначення адміністративного права винятково як «управлінського» права. Але це — очевидна помилка, оскільки категорія «управління» має суворо визначений зміст і не вичерпує усіх дій, що вчиняються органами публічної адміністрації. І сама участь цих органів у відносинах з приводу реалізації, скажімо, багаточисельних суб'єктивних прав громадян (наприклад, видача громадянину акта приватизації земельної ділянки), чи застосування заходів адміністративного примусу (наприклад, зняття номерного знака з авто-

мобіля) аж ніяк не свідчить про безпосередню наявність тут «управління» чи «сфери управління». Насправді управління — тільки частина (і до того ж не домінуюча) діяльності зазначених органів.

У цьому легко переконатись, переглянувши перелік суспільних відносин, що складають предмет регулювання адміністративного права. Зокрема, серед відносин, що регулюються нормами адміністративного права, цілком впевнено можна віднести до «управлінських» щонайменше три групи дій органів публічної адміністрації: а) щодо розгляду індивідуальних справ з питань реалізації багатоманітних суб'єктивних прав (а також виконання обов'язків) фізичних та юридичних осіб; б) щодо розгляду в адміністративному порядку скарг та інших звернень зазначених осіб; в) нарешті, щодо застосування до зазначених осіб заходів адміністративного примусу (насамперед накладення адміністративних стягнень). Інакше кажучи, помилка колишньої адміністративно-правової науки полягала в тому, що в ній поняття «управління» стало, так би мовити, «безрозмірним», тобто цілком невизначеним. Між тим сучасною наукою, перш за все кібернетикою і циклом соціально-управлінських наук, вже давно доведено, що управління — це самостійне явище зі своїм особливим змістом.

Незважаючи на це, традиція абсолютизації управлінської складової у предметі адміністративного права настільки міцна, що сприймається багатьма майже як аксіома. І тільки відмова від такої абсолютизації дає змогу зрозуміти, що предмет адміністративного права складається щонайменше з двох частин — управлінської та неуправлінської. У цьому полягає «дихотомія» адміністративного

права, існування якої, до речі, не визнавалось лише в радянській правовій науці. Натомість у світовій науці (зокрема у вітчизняній дореволюційній) цей факт був загальноприйнятим. Причому перевага надавалася якраз неуправлінській складовій, оскільки нею охоплюються відносини між органами публічної адміністрації та приватними особами.

Цю неуправлінську складову предмет адміністративного права доцільно визначити як «публічно-сервісну» (від англ. *to serve* — служити). Відповідно, такою ж (на противагу управлінській) має бути і оцінка загальносуспільної спрямованості галузі адміністративного права загалом. Принципово важливо тут зауважити, що акцентування на публічно-сервісній складовій не має на меті механічно заперечити традиційно важливе місце управлінської складової. Йдеться лише про уточнення цього місця в адміністративно-правовій доктрині, підкреслення першорядного значення — замість категорії «державне управління» — категорії «забезпечення пріоритету прав людини», яка має бути базовою і домінуючою в адміністративному праві. Подібне загострення уваги до публічно-сервісної складової аж ніяк не суперечить її етимології власної назви галузі адміністративного права. Адже одним із мовних джерел цієї назви можна вважати латинські не тільки «*administratio*» — керування, управління, а й «*administro*» — прислужую, допомагаю. Тобто навіть у самій назві адміністративного права етимологічно присутній зв'язок не тільки з «управлінням», а й із своєрідним обслуговуванням («сервісом») з боку органів публічної адміністрації.

З позицій реалізації принципу верховенства права наведений висновок

має принципове значення, оскільки від нього прямо залежать зміст існуючого адміністративного законодавства та напрями його застосування. Адже сьогодні конче потрібно докорінно змінити пануючий стереотип сприйняття громадською думкою самої галузі адміністративного права, яка зазвичай асоціюється у населення з розпорядчим втручанням у становище приватних осіб, заборонами, примусом, заходами відповідальності до цих осіб. З урахуванням цього, авторитетний російський правознавець Ю. Тихомиров досить влучно назвав радянське адміністративне право «страшилкою» минулих десятиліть [5, 6]. Це дуже стійка традиція, що властива загалом пострадянській юридичній науці та практиці, включаючи й українську. У багатьох конкретних випадках дії адміністративного права ця стара традиція має зовсім недемократичний (точніше — антидемократичний) вияв. Але за багато років існування колишньої партійно-тоталітарної держави ми так до цього звикли, що навіть не помічаємо неприйнятності подібного становища.

Зазначену традицію треба рішуче відкинути, оскільки вона за своєю суттю не відповідає проголошеному Конституцією України принципу верховенства права (ч. 1 ст. 8). Водночас визначення якісно нової спрямованості адміністративного права аж ніяк

не може бути самоціллю. Необхідно, щоб вона знайшла практичне втілення у новій якості численних актів адміністративного законодавства, які за своїм змістом мали б усебічно сприяти беззаперечному утвердженню у сфері виконавчої влади пріоритету прав людини, її правомірних інтересів і вимог. Людина повинна вбачати в адміністративному законодавстві чи не найголовніший засіб забезпечення у зазначеній сфері ефективної реалізації своїх прав і свобод, а також їх дійового захисту у випадку будь-яких порушень. Всі ж інші характеристики адміністративного права мають бути похідними і цьому підпорядковуватись.

Отже, реалізація принципу верховенства права у сфері виконавчої влади органічно пов'язана з подоланням негативних наслідків тривалого ігнорування колишньою радянською адміністративно-правовою наукою і управлінською практикою проблематики прав людини при визначенні шляхів і засобів здійснення суспільної ролі та функцій адміністративного права. Не менш важливим є також активне сприйняття прогресивних зарубіжних доктрин і практики забезпечення цивілізованих відносин органів публічної адміністрації з громадянами, що вже давно є сталим соціальним стандартом у провідних демократичних країнах світу.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Рабінович П.* Громадянське суспільство і права держава (загальнотеоретичні міркування) // Українське право. — 1996. — № 3.
2. *Шевчук С.* Формальна та органічна характеристика принципу верховенства права : до нових методів тлумачення Конституції // Верховенство права. Законодавчий бюлетень. — К., 2005.
3. *Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід і пропозиції для України* / автор-упоряд. В. П. Тимошук. — К., 2003.
4. До загальних принципів адміністративного права належать принципи пріоритету прав та свобод людини і громадянина, законності, рівності громадян перед законом, демократизму нормотворчості й реалізації права, взаємної відповідальності держави і людини, гуманізму і справедливості взаємовідносин між державою і людиною. *Адміністративне право України* : акад. курс : підруч. : у 2 т. / редкол. : В. Б. Авер'янов (голова) та ін. — К., 2007. — Т. 1. Загальна частина.

5. *Тихомиров Ю. А.* Административное право на рубеже столетий // Административное право : теория и практика : материалы науч. конф. (Москва, 28 ноября 2001 г.). — М., 2002.

**Авер'янов В. Б. Принцип верховенства права у сфері виконавчої влади: питання теорії та практика реалізації**

**Анотація.** У статті наводиться теоретична характеристика принципу верховенства права, який знаходить особливий вияв у сфері виконавчої влади. Висвітлюються основні напрями реалізації цього принципу за допомогою засобів адміністративного права. Наголошується на відтворенні згаданого принципу у новій українській доктрині адміністративного права.

**Ключові слова:** верховенство права, виконавча влада, державне управління, адміністративні послуги, адміністративна процедура, адміністративне судочинство.

**Аверьянов В. Б. Принцип верховенства права в сфере исполнительной власти: вопросы теории и практика реализации**

**Аннотация.** В статье дается теоретическая характеристика принципа верховенства права, который выражается в сфере исполнительной власти. Освещаются основные направления реализации данного принципа с помощью средств административного права. Акцентируется на воплощении указанного принципа в новой украинской доктрине административного права.

**Ключевые слова:** верховенство права, исполнительная власть, государственное управление, административные услуги, административная процедура, административное судопроизводство.

**Averianov V. B. The Rule of Law principle in the sphere of executive authority: questions of the theory practical realization**

**Annotation.** The article contains theoretical characteristics of the Rule of law principle, that has special abuyctivation in the sphere of executive authority. Here have been describel the main approaches of this principle realization with help of administrative law. Here we've stressed the necessity of the aforementioned principle understanding in the new doctrine of Ukrainian administrative law.

**Key words:** the Rule of law principle, executive authority, public (state) management, administrative services, administrative procedure, administrative adyudication.

# КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ОСНОВИ ВЗАЄМОДІЇ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ І ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА



## **В. СКРИПНЮК**

*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри державно-правових дисциплін  
(Національний університет  
«Острозька академія»)*

**Р**озвиток сучасної науки конституційного права викликав цілу низку складних запитань теоретичного і практичного характеру, що пов'язані як із процесами конституційно-правового регулювання найважливіших суспільних відносин, так із розробкою надійної основи для функціонування і розвитку тих інститутів конституційного права, які покликані забезпечити стабільний поступ України як правової, соціальної та демократичної держави. У цьому контексті важливим предметом конституційно-правих досліджень стають процеси взаємодії окремих елементів державної влади, її гілок та органів. Більше того, поява нових підходів і методів до аналізу конституційно-правових явищ (у цьому сенсі на особливу увагу, як нам видається, заслуговує запропонований Ю. Барабашем конфліктологічний підхід в аналізі державно-правових відносин [1]) дає змогу принципово по-новому проаналізувати проблеми, що пов'язані з розвитком системи органів державної влади в Україні та забезпеченням їх ефективної взаємодії. На наше переконання, ці питання наразі набувають не лише

особливої теоретичної значущості, а й мають усі ознаки актуальності як у суто науково-юридичному, так і в практичному вимірі реалізації державотворчих і правотворчих процесів.

Утім, наголошуючи на актуальності дослідження конституційно-правових основ взаємодії органів державної влади у світлі забезпечення принципу верховенства права, слід звернути увагу на декілька конкретних моментів. По-перше, як засвідчують сучасні фахові дослідження у галузі науки теорії держави і права, а також конституційного права, принцип верховенства права і його реалізація тісно пов'язані з тим, яким саме чином забезпечується функціонування системи органів державної влади. Адже їх метою повинен бути не пошук правових прогалин, які б відкрили простір для прийняття свавільних рішень, а створення належних політичних, економічних, соціальних, інформаційних, правових умов для гармонійного розвитку суспільства, забезпечення прав, свобод і законних інтересів кожного громадянина. У цьому сенсі норми чинної Конституції України, які визнають людину, її життя і здоров'я, честь і



гідність, недоторканість і безпеку вищою соціальною цінністю, стосуються не того чи іншого окремо взятого органу державної влади, а держави в цілому, чи точніше — всіх органів державної влади, які повинні діяти і функціонувати як цілісна система, з метою реалізації тих завдань і цілей, які досить чітко закріплюються на найвищому конституційному рівні. Зважаючи на це, слід враховувати, що принцип верховенства права (ч. 1 ст. 8 Конституції України), як у частині його дотримання, так і у частині його забезпечення, стосується всіх органів державної влади, які у процесі своєї взаємодії зобов'язуються створити всі умови для його практичної реалізації. По-друге, досвід конституційно-правового розвитку України останніх п'яти років переконливо свідчить про те, що саме протистояння, неузгодженість і штучно створена конфліктність у системі органів державної влади створила чи не найбільш небезпечну загрозу для становлення України як конституційної держави, для утвердження традиції конституціоналізму. Наразі поняттям «конституціоналізм» ми описуємо такий режим відносин між державою та суспільством, при якому головною метою є права і свободи, їх гарантування й охорона. Наприкінці 90-х років ХХ ст. таке розуміння сутності цього явища запропонував В. Шаповал [2]. Вважаємо, що зазначений підхід не втратив своєї актуальності до сьогодні. Серед сучасних російських фахівців таку думку висловлює академік РАН О. Кутафін [3]. Отже, серйозною вадою у становленні конституціоналізму в Україні є постійне генерування конфліктів усередині системи державної влади, що зрештою ставить під сумнів значну кількість конституційних цілей, норм і принципів, що породжує такі явища,

як ігнорування конституції та маніпулювання нею [4]. По-третє, сьогодні можна почути думку, що існування постійного протистояння всередині системи органів державної влади (що зрештою взагалі ставить під сумнів правомірність вживання такого поняття як «система») є нормою демократичного розвитку, яка прямо впливає з принципу поділу влади й успішно реалізується у державотворчій практиці в Україні. На нашу думку, такий підхід є не лише докорінно хибним у методологічному плані, а й вельми небезпечним, оскільки він постає своєрідною псевдонауковою апологією того безладу й абсурду, який, на жаль, нині часто спостерігається у державній владі України.

Таким чином, оскільки метою дослідження є аналіз конституційно-правових основ взаємодії органів державної влади в аспекті забезпечення принципу верховенства конституції, необхідно вирішити такі конкретні завдання: а) визначити зв'язок між забезпеченням взаємодії органів державної влади і реалізацією основних функцій держави; б) охарактеризувати співвідношення між конституційною вимогою цілісності державної влади і принципом її поділу; в) окреслити роль і перспективи конституційно-правового забезпечення взаємодії органів державної влади у процесі реалізації принципу верховенства права.

Сам факт звернення до аналізу конституційних основ взаємодії органів державної влади є цілком закономірним з огляду на те, що саме державна влада, її ознаки, властивості та характеристики зрештою визначають і те, якою є держава в цілому. У зв'язку з цим можна згадати слова відомого вітчизняного юриста початку ХХ ст. Б. Кістяківського, який наголошував,

що держава отримує найбільш рельєфний вияв саме у державній владі, яка визначає те, чим є та або інша держава, якою вона є і як саме вона функціонує [5]. Зазвичай серед основних принципів демократичного врядування і демократії як такої є принцип поділу державної влади. Про загрози і небезпеки у разі його недотримання попереджав ще Ш. Монтеск'є: «Усе загине, коли в одній і тій самій установі будуть поєднані три влади: влада творити закони, влада виконувати постанови загальнодержавного характеру та влада судити злочини або позови приватних осіб» [6].

Наразі принцип поділу влади міститься не тільки у Конституції України (ст. 6), а й у конституціях таких пострадянських держав: Азербайджан (ст. 7: «Державна влада в Азербайджанській Республіці організується за принципом поділу влади: законодавчу владу реалізує Міллі Меджліс, виконавча влада належить Президенту Республіки, судову владу здійснюють суди Республіки... Законодавча, виконавча і судова влада взаємодіють і є незалежними в межах своїх повноважень»), Грузія (ст. 5: «Державна влада здійснюється на основі принципу розподілу влади»), Вірменія (ст. 5: «Державна влада здійснюється... на основі принципу розподілу законодавчої, виконавчої та судової влади»), Молдова (ст. 6: «У Республіці Молдова законодавча, виконавча і судова влада розподілені»), Казахстан (ст. 3: «Державна влада... здійснюється відповідно до принципів поділу влади на законодавчу, виконавчу і судову та їх взаємодії між собою з використанням системи струмувань і противаг»), Росія (ст. 10: «Державна влада в Російській Федерації здійснюється на основі її поділу на законодавчу, виконавчу і судову»). Однак як саме слід ро-

зуміти цей принцип і чи можна його інтерпретувати у тому сенсі, що у демократичній державі ми повинні мати справу не з однією державною владою, а як мінімум із трьома (не згадуючи вже про те, що окремі дослідники пропонують виокремлювати ще й четверту наглядову владу, п'яту, шосту тощо гілки державної влади)? Відповідь є очевидно й такою, що була дана вже понад століття тому: поділ державної влади не повинен порушувати вимог цілісності державної влади як такої. На самому початку ХХ ст. це обґрунтував С. Котляревський, який довів, що дослідження системи органів державної влади як методологічно, так і теоретично повинно містити дві основні частини: вчення про поділ державної влади та вчення про взаємодію гілок і органів державної влади [7]. Інакше матимемо справу не з державою, влада якої конституційно організується відповідно до певних принципів, а з різними видами влади, які практично неможливо поєднати у певну цілісність, що може бути окреслена поняттям «держава». Але наразі слід дещо уточнити сформульоване нами вихідне запитання: яким чином відсутність належної та забезпеченої на конституційно-правовому рівні взаємодії між органами державної влади впливає на реалізацію принципу верховенства права, чи є ця залежність і яким чином корелюють такі показники, як рівень ефективності взаємодії органів державної влади і гарантування верховенства права?

Відповідаючи на це запитання, слід акцентувати увагу на тому, що у кожній сучасній конституції містяться такі норми, які стосуються не просто того чи іншого органу державної влади або їх групи, а держави і державної влади загалом. Наприклад, у Конституції України можна назвати такі

статті: а) ст. 3: «Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав людини є головним обов'язком держави»; б) ст. 11: «Держава сприяє консолідації та розвитку української нації, її історичної свідомості, традицій і культури»; в) ст. 15: «Держава гарантує свободу політичної діяльності, не забороненої Конституцією і законами України»; г) ст. 17: «Захист суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави» тощо. Не викликає сумніву, що реалізація наведених конституційних норм окремими органами державної влади уможлиблюється лише у тому випадку, якщо всі вони утворюють певну координовану систему, в основі функціонування якої лежать загальні принципи, правила, обов'язки тощо. Тобто дотримуючись правила транзитивності, можна стверджувати, що усі перелічені конституційні завдання і цілі, які існують перед державою, переходять і на органи державної влади, які у процесі їх реалізації не повинні створювати перешкоди один одному, а навпаки — мають спільно діяти у межах наданих ними повноважень, аби сприяти розвитку української нації, забезпечувати захист прав і свобод людини та громадянина, суверенітету, територіальної цілісності України тощо.

Якщо звернутись до історії світового конституціоналізму, не можна не згадати позицію Т. Джефферсона, який, описуючи Конституцію штату Вірджінія у своїй славнозвісній праці «Нотатки про штат Вірджінія», зазначав, що державна влада має бути організована так: «Виконавча влада пере-

буває в руках губернатора, який щорічно обирається. Йому допомагає виконавча рада із семи членів. Судова влада розподіляється поміж декількома суддями. Законодавча влада здійснюється двома палатами асамблеї» [8]. Водночас головне завдання, яке має вирішити конституція, полягає не лише у тому, яким чином унеможливити злиття трьох основних структурних елементів системи державної влади, а й, що головне, — у розробці ефективної системи їх взаємодії. З огляду на це, зовсім не випадково, що у працях Т. Джефферсона ми знаходимо чимало аргументів, які чітко пов'язують вимогу взаємодії органів державної влади із забезпеченням принципу верховенства права. На відміну від європейської конституційної традиції, де завжди був надзвичайно потужним цільовий аргумент, Т. Джефферсон пропонував у своєму обґрунтуванні системи взаємодії органів державної влади звертатися до аналізу її джерел. На його думку, джерелом державної влади є народ. Причому поняття «народ» він розглядав не як сукупність окремих індивідів або їх груп (асоціацій), а насамперед як певну цілісність, яка має загальну волю і може делегувати частину своєї влади державі. Ці делеговані народом повноваження і є основою державної влади. Утім, оскільки народ є формою цілісності, то і держава й державна влада є цілісними. Принагідно зауважимо, що цей самий аргумент можна зустріти й у відомій праці Ж.-Ж. Руссо про «Про суспільний договір», де зазначається: «Політики... розподіляють суверенітет у його проявах. Вони розподіляють його на силу і на волю, на владу законодавчу і владу виконавчу; на право встановлювати податки, здійснювати правосуддя, вести війну; на управління внутрішніми справами і на повно-

важення вести зовнішні зносини; вони то змішують усі ці частини, то розділяють їх; вони роблять із суверенної влади фантастичну істоту, що складається з різноманітних частин і різних місць... Цей забобон народжується з неправильного розуміння сутності верховної влади» [9].

З другого боку, пишучи про систему органів державної влади і про потребу ефективної взаємодії цих органів державної влади, Т. Джефферсон звертався до етимологічного аналізу поняття «конституція». Дійсно, такі терміни як «*constitutio*» і «*constitutum*» є тісно взаємопов'язаними, адже конституція може бути лише у певного конституційованого союзу, в якому система органів державної влади здатна задовольнити основні потреби громадян. Причому конституція держави і є тим основним (головним) законом, що встановлює, яким чином державна влада організується і функціонує. При цьому вимога взаємодії органів державної влади є визначальною як для процесу організації державної влади, так і для реалізації нею своїх основних функцій. Вже у ХХ ст. на цей «аргумент Т. Джефферсона» звернув увагу С. Уоршоу, який абсолютно справедливо доводив, що поняття «*powersharing*» і «*governmental system*» не лише не суперечать одне одному, а й прямо передбачають, що влада розподіляється саме у межах цілісної системи органів державної влади, а не просто між певними автономними функціональними одиницями, якими є законодавча, виконавча і судова влада [10].

Отже, наголошуючи на ролі принципу поділу влади як фундаментальної умови конституювання демократичної держави, про що цілком справедливо пише К. Бабенко [11], не можна вдаватись до його абсолютизації та ставити

під сумнів вимогу цілісності державної влади. Фактичним виявом цього є забезпечення системи стійких і стабільних взаємозв'язків між різними органами державної влади (що у свою чергу дає змогу застосовувати поняття «система» по відношенню до органів державної влади), які у межах наданих їм функцій і повноважень сприяють реалізації загальних функцій держави, її основних принципів, цілей і завдань. Зазначене положення має особливу значущість, оскільки воно дає змогу краще зрозуміти специфіку взаємозв'язку між процесом взаємодії органів державної влади і забезпеченням принципу верховенства права. Цілком очевидно, що верховенство права як один із фундаментальних конституційних принципів не може і не повинен тлумачитися виключно у формальному аспекті (хоча його роль також є винятково важливою). Насправді, розкриваючи конституційний зміст цього принципу, не можна оминати увагою те, що для функціонування держави в цілому і системи органів державної влади зокрема він означає ще й те, що всі проголошені на найвищому законодавчому рівні норми, принципи, ідеї та ідеали, а також конкретні права і свободи людини та громадянина повинні реалізовуватись у повсякденному житті та функціонуванні органів державної влади. Тобто між конституцією і тим, в якій спосіб діють органи держави, не повинно виникати розривів. За своєю природою такі розриви можуть мати дві основні форми.

По-перше, це прогалини і колізії у законодавстві, які залишають невизначеним певні відносини всередині системи органів державної влади. На небезпеку цього явища цілком слушно вказує С. Погребняк [12]. Дійсно, реалізація принципу верховенства права

потребує паралельного забезпечення принаймні ще одного важливого чинника. Йдеться про те, що нормативно-правовий механізм державної влади має не тільки бути побудованим відповідно до певних принципів, а й сам він не повинен містити прогалин. Особливо важливим це положення видається саме в контексті організації та функціонування системи державної влади, оскільки якщо навіть на рівні конституції для тих чи інших органів державної влади передбачено існування спеціальних законів, то відсутність таких законів несе потенційну небезпеку не лише для зазначених органів державної влади, а й для системи державної влади загалом, для тих принципів, які ми звикли включати до змісту поняття демократичної та правової держави.

По-друге, це неефективні механізми регулювання існуючих відносин усередині системи органів державної влади, які також можуть породжувати специфічний розрив чи розбіжність між визначеними на конституційному рівні правовими принципами і тими реальними можливостями, які мають органи державної влади у їх забезпеченні. Чи не найскладнішою проблемою у цьому плані в Україні є тривала невизначеність щодо форми правління, яка реалізована у державі. На жаль, проведена у 2004 р. конституційна реформа не лише не вирішила тих об'єктивних проблем, що постали під час конституційного і державного розвитку країни протягом 1996–2004 рр., навпаки — поглибила ті кризові явища, які існували у процесі функціонування системи державної влади. По суті жодне із завдань, які ставились конституційною реформою, так і не було виконано: між парламентом і урядом не було створено механізмів ефективної взаємодії та взаємної

відповідальності (уряду перед тією коаліцією, що його сформувала, а коаліції — перед урядом за законодавче забезпечення його діяльності); президент так і не був повноцінно інтегрований у систему державної влади (залишаючи за собою вагомий повноваження в частині реалізації функцій державного управління, цей орган державної влади так і не набув тієї відповідальності, яка мала убезпечувати систему державної влади від імовірних деструктивних дій з боку цього органу); між місцевим самоврядуванням і місцевими органами державної влади так і не було налагоджено взаємодії, яка б гарантувала реальну, а не декларативну незалежність і самостійність місцевого самоврядування (значною мірою це було спричинено затримкою у прийнятті відповідних змін до законодавства в частині створення бюджетної та фінансової основи самостійності органів державної влади, а також у частині ліквідації фактичного «двовладдя» на місцевому рівні, коли генерується штучне суперництво між органами місцевого самоврядування і державними адміністраціями). Усе це лише внесло дисбаланс у систему державної влади, зламало колишні механізми взаємодії, не запропонувавши їм адекватної заміни.

Звісно, всі ці проблеми можуть бути охарактеризовані як суто організаційні, які стосуються лише техніки взаємодії органів державної влади. Але, як переконує досвід останніх п'яти років, зазначені проблеми жодним чином не повинні сприйматись лише як «технічні», оскільки саме через відсутність ефективної взаємодії між органами державної влади було поставлено під удар практично всі функції та обов'язки держави, а також забезпечення її фундаментальних конституційних принципів, включаючи й

принцип верховенства права. Дійсно, чи можна вести мову про верховенство права, коли через брак механізмів взаємодії між органами державної влади не забезпечуються базові зобов'язання держави в частині гарантування прав і свобод людини та громадянина? Чи можна говорити про верховенство права, коли у найрізноманітніший спосіб усі без винятку органи державної влади дискредитують як конституцію, так і ті принципи, що у ній містяться, вступаючи у взаємну боротьбу і нехтуючи тими основоположними нормами, які містяться у чинній конституції? Чи є бодай мінімальні підстави сподіватись на забезпечення принципу верховенства права, якщо суперечності й дисбаланс в організації державної влади утворюють нездоланні перешкоди на шляху ефективного функціонування цілісної системи державного управління? Уникаючи будь-яких риторичних відповідей на ці запитання, варто ще раз повернутись до вихідного положення, що між наявністю взаємодії між органами державної влади та її ефективністю, з одного боку, і забезпеченням принципу верховенства права, з другого, існує не удаваний і опосередкований, а безпосередній і необхідний зв'язок, суть якого полягає у тому, що держава як один із головних об'єктів, на який поширюється дія цього принципу, має бути функціонально й організаційно спроможна його забезпечити. Для цього вона має орієнтуватися не на вирішення внутрішніх конфліктів, а насамперед — на консолідацію зусиль усіх органів державної влади в частині реалізації основних функцій і завдань держави. Поряд із суто політичною складовою цей процес (який не є предметом конституційно-правової науки) має і свою чітко виражену правову основу. Ми

маємо на увазі як мінімум два моменти: а) належне забезпечення тих інститутів конституційного права, які гарантують взаємодію між різними органами державної влади; б) наукову розробку можливих моделей удосконалення конституційних основ взаємодії органів державної влади. Про їх діалектичний зв'язок свідчить те, що жодна конституційна модель ніколи не стане дієвою у практичному плані, якщо її принципи, положення та ідеї не будуть забезпечені на практиці через відповідну систему законодавства. Це означає, що на конституційно-правовому рівні мають бути встановлені не тільки загальні орієнтири (наприклад, ним може бути поступовий перехід до парламентської республіки, або навпаки — посилення президентської влади, що супроводжуватиметься його фактичним і юридичним включенням до системи органів виконавчої влади), а й визначатись ті інститути конституційного права, які формують механізм функціонування тих чи інших моделей організації системи органів державної влади. Зокрема конституційно-правова невизначеність інституту парламентської більшості створила серйозні проблеми у функціонуванні як уряду, так і парламенту протягом 2007–2009 рр.

Отже, узагальнюючи результати нашого дослідження проблеми конституційно-правового забезпечення взаємодії органів державної влади як умови реалізації принципу верховенства права, можна сформулювати такі положення. По-перше, забезпечення принципу верховенства права в Україні безпосередньо пов'язано з тим, наскільки ефективно діятиме державна влада як цілісна система органів, які, попри функціональну специфіку, мають спільні цілі та завдання. По-друге, при обґрунтуванні потреби за-

безпечення конституційно-правових основ взаємодії органів державної влади часто використовується цільовий аргумент, суть якого полягає у тому, що державна влада розглядається з точки зору тих загальних завдань або тієї основної цілі, яка послужила основою для її утворення. У такому випадку як окремі органи державної влади, так і конкретні функції зазначених органів тлумачаться як способи забезпечення реалізації основної цілі державної влади. А отже, процес взаємодії органів державної влади постає необ-

хідною умовою досягнення державою цілей свого існування. По-третє, подальший конституційний розвиток України повинен врахувати не тільки досвід конституційної реформи 2004 р., а й надати відповіді на базові запитання, які стосуються удосконалення конституційної моделі функціонування системи органів державної влади і створення таких механізмів їх взаємодії, які б дали змогу вчасно вирішувати існуючі державно-правові конфлікти, а не генерувати їх у майбутньому.

### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Барабаш Ю. Г.* Державно-правові конфлікти в теорії та практиці конституційного права. — Х., 2008.
2. *Шаповал В.* Становлення конституціоналізму в Україні : проблеми теорії / В. Шаповал // *Право України*. — 1998. — № 5. — С. 25.
3. *Кутафин О. Е.* Российский конституционализм / О. Е. Кутафин. — М., 2008. — С. 8–48.
4. *Скрипнюк О. В.* Конституція України та її функції : проблеми теорії та практики реалізації / О. В. Скрипнюк. — К., 2005. — С. 58–62.
5. *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права / Кистяковский Б. А. — СПб., 1999. — С. 241.
6. *Монтескье Ш. Л.* О духе законов / Ш. Л. Монтескье. — М., 1999. — С. 138–139.
7. *Котляревский С. А.* Конституционное государство. Опыт политико-морфологического обзора / С. А. Котляревский. — СПб., 1907. — С. 235–237.
8. *Джефферсон Т.* Автобиография. Заметки о штате Виргиния / Т. Джефферсон. — Л., 1990. — С. 195.
9. *Руссо Ж.-Ж.* Об общественном договоре. Трактаты / Ж.-Ж. Руссо. — М., 1998. — С. 217–218.
10. *Warshaw S. A.* Powersharing. White House-Cabinet Relations in the Modern Presidency / S. A. Warshaw. — N. Y., 1996. — P. 231–232.
11. *Бабенко К. А.* Конституційне закріплення демократичних основ організації державної влади (теорія і практика реалізації) // *Часопис Київського університету права : Український науково-теоретичний часопис*. — К., 2006. — Вип. 4. — С. 69.
12. *Погребняк С.* Про колізії в законодавстві / С. Погребняк // *Вісник Академії правових наук України*. — 2003. — № 1 (32). — С. 26–33.

#### **Скрипнюк В. М. Конституційно-правові основи взаємодії органів державної влади і забезпечення верховенства права**

**Анотація.** У статті досліджуються проблеми забезпечення цілісності державної влади і системної взаємодії органів різних її гілок з метою гарантування конституційної законності та практичної реалізації принципу верховенства права. Автор доводить, що хибна правова інтерпретація принципу поділу влади може спричинити руйнування цілісності державної влади, що породжує штучну конкуренцію між окремими гілками та органами державної влади.

**Ключові слова:** верховенство права, демократична держава, правова держава, поділ влади, законність, органи державної влади, конституційне регулювання.

#### **Скрипнюк В. Н. Конституционно-правовые основы взаимодействия органов государственной власти и обеспечение верховенства права**

**Аннотация.** В статье исследуются проблемы обеспечения целостности государственной власти и системного взаимодействия органов различных ее ветвей с целью гарантирования конституционной законности и практической реализации принципа верховенства права. Автор обосновывает, что некорректная правовая интерпретация принципа разделения власти может нарушить целостность государственной власти, стать причиной искусственной конкуренции между отдельными ветвями и органами государственной власти.

**Ключевые слова:** верховенство права, демократическое государство, правовое государство, разделение власти, законность, органы государственной власти, конституционное регулирование.

**Skrpnyk V. M. Constitutional bases of interaction of state authority bodies and maintenance of the supremacy of law**

**Annotation.** The article investigates the problems of maintenance of integrity of state authority and system interaction of bodies of various branches of authority in the context of warranting the constitutional legality and practical realization of the supremacy of law. The author proves, that the incorrect legal interpretation of a principle of separation of power can break integrity of state authority, and cause the development of negative effects as war of powers, artificial competition between separate branches and bodies of state authority.

**Key words:** supremacy of law, democratic state, state of law, separation of power, legality, bodies of state authority, constitutional regulation.



# УТВЕРДЖЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ЯК ЗАПОРУКА ДІЄВОСТІ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В УКРАЇНІ



**В. ФЕДОРЕНКО**

*кандидат юридичних наук,  
доцент, директор Департаменту  
конституційного та адміністративного права  
Міністерства юстиції України,  
заслужений юрист України*

**П**ринцип верховенства права є важливим дороговказом для розвитку сучасного національного державотворення та правотворення в Україні. Свідомо уникаючи дискусій щодо сутності та змісту категорії «верховенство права», відзначимо справедливості твердження О. Скрипнюка про те, що принцип верховенства права, закріплений у ст. 8 Конституції України, передбачає визначення найвищої юридичної сили права у суспільстві та державі [1]. Тобто режим верховенства права передбачає визнання провідної ролі однойменного принципу для розбудови гармонійного громадянського суспільства та правової держави в Україні.

Годі заперечувати визначальний вплив верховенства права для всіх сучасних державно-правових систем світу. У цьому сенсі слід погодитися з відомим українським теоретиком права М. Козюброю, який стверджує, що ідеал верховенства права став нині чи не найпопулярнішим у всьому світі. До нього постійно звертаються політичні діячі не лише Заходу, для якого

верховенство права традиційно є однією з найвищих демократичних цінностей, а й Сходу (зокрема комуністичний Китай), Півдня та Півночі. Він давно став найважливішою складовою міжнародно-правових актів, особливо присвячених правам і свободам людини та громадянина. Все частіше верховенство права як принцип фіксується в національних конституціях і законах, ним активно оперують міжнародні та національні суди [2].

Нині важко уявити державу, яка б заперечувала чи ігнорувала принцип верховенства права. Як пише Б. Тамананга, «...верховенство права посідає особливе місце — воно є виключним і легітимуючим політичним ідеалом сьогоденного суспільства, проте водночас згоди щодо його точного значення немає» [3]. І останню тезу філософа слід враховувати, стверджуючи про «універсальність» і «всеосяжність» верховенства права. Адже цей термін залишається нині одним із найбільш багатозначних і суперечливих у юридичній науці, не зважаючи на численні дослідження у цій сфері.

© В. Федоренко, 2010

У цьому розумінні слід погодитися з академіком Ю. Шемшученком, який застерігає: «Істотною вадою у дослідженні верховенства права є відірваність цього поняття від реалій життя, надання йому значення самостійної й містифікованої ідеї. На цьому ґрунті виникає протиставлення концепцій «верховенства права» і «верховенства закону», гіпертрофується значення першої з них і звучать навіть рекомендації щодо відмови від вживання як у теорії, так і на практиці категорії «верховенство закону» [4].

Очевидно, що протиставлення категорій «*jus*» і «*lex*» заслуговує на увагу як методологічний прийом, даючи змогу глибше розкрити їх сутність і зміст. Але у правовій доктрині, а також у правотворчій і правозастосовній діяльності «*jus*» і «*lex*» є взаємодоповнювальні. З одного боку, неправовий закон позбавлений легітимності, а з другого — право, не втілене у законі, є малоефективним регулятором суспільних відносин, здатним викликати правові колізії та навіть конфлікти, сторони яких одночасно не заперечуватимуть необхідність дотримання принципу верховенства права.

Але чи свідчать правова колізія чи правовий конфлікт про відсутність у суспільстві та державі режиму верховенства права? Очевидно, що ні. За обов'язкової умови, коли їх розв'язання знаходиться у правовому полі. З огляду на це, можна дійти висновку про сприятливість для дієвості принципу верховенства права існування розгалуженої та багатоаспектної системи права у складі як матеріального, так і процесуального права. Політико-правові процеси у 2005–2010 рр. в Україні переконливо підтверджують справедливість такого твердження насамперед для конституційного права [5]. Це дає змогу говорити, що утвердження

процесуального конституційного права є однією з найважливіших гарантій дієвості верховенства права в Україні.

У попередніх дослідженнях нами було обґрунтовано визначення «багатоаспектна система конституційного права України» як юридична категорія, під якою слід розуміти історично сформовану й зумовлену об'єктивними чинниками суспільного розвитку систему послідовних рівнів конституційного права (природного та позитивного, загальної та особливої частини, матеріального і процесуального, національного та міжнародного права), які, у свою чергу, складаються з інститутів і норм конституційного права і регулюють суспільні відносини, які є предметом конституційного права України [6]. Разом із тим проблема утвердження процесуального конституційного права України у його об'єктивному значенні зберігає свою актуальність для юридичної теорії та практики донині.

Очевидно, що феноменологію процесуального конституційного права не можна пізнати без розуміння його витоків. У зв'язку з цим, закономірними видаються апеляції сучасних правознавців, які досліджують витoki того або іншого правового явища, до теорії та практики античного, особливо римського права. Проте тут на нас чекає розчарування. Попри розвиненість системи римського права, категорія «процес» (*processus*) ніколи не вживається ні у правових актах цього періоду, ні у творах римських юристів. До XIX ст. вітчизняні та зарубіжні правознавці сприймали наявність процесуальних норм права в галузях права винятково як «обслуговуючий» нормативно-правовий матеріал. Починаючи з римського права і аж до XIX ст., процеси — цивільний, кримінальний і канонічний — розглядалися

як доповнення до існуючого матеріального права, як похідні від нього та позбавлені права на самостійне існування.

У першій половині XIX ст., по мірі диференціації права, такі європейські правознавці, як Е. Бекінг, О. Вехтер, Г. Дернбург, Г. Пухта тощо, розвиваючи положення німецьких правознавців Е. Селігмена, А. Хенеля про «матеріальне (змістовне)» і «формальне право», пов'язували кримінальний і цивільний процес із діяльністю судів щодо забезпечення матеріальних норм відповідних галузей права. Однак можливість існування процесуальної складової в новонародженому конституційному праві (кінець XVIII — початок XIX ст.) заперечувалася.

Наприкінці XIX — початку XX ст. у юридичній науці формується нове уявлення про процесуальне право, яке правознавці почали пов'язувати з правоохоронною (зокрема правоустановчою) діяльністю судових органів. Ураховуючи те, що українські землі входили до складу Російської імперії, Австро-Угорщини, Польщі та Румунії і перебували під впливом пруської доктрини державного права, що ґрунтувалася на поєднанні державного й адміністративного права і не знала конституційної юстиції, то питання про конституційний процес у цей період об'єктивно не могло бути предметом наукових дискусій. Натомість започаткована у цей час концепція «судового права» виявилася перспективною й розвинулась у наступному історичному етапі держави і права.

Зокрема, концепція судового права знайшла своє відображення й у доктрині радянського права. Прибічники цієї концепції намагалися обґрунтувати існування вторинної (похідної) галузі права, що об'єднує судоустрій,

кримінальне і цивільне судочинство, які є самостійними галузями права. Перші дискусії з цієї проблеми припадають на 30-ті роки XX ст. і пов'язані з виходом праці М. Полянського «Нариси загальної теорії кримінального процесу». Проте дискусії щодо судового процесу та процесуальних галузей радянського права не стосувалися радянського державного права.

У 60–70-х роках XX ст., після другої всесоюзної дискусії щодо сутності системи радянського права та перспектив її розвитку, у колишньому СРСР набула поширення концепція «широкого» розуміння процесуального права, започаткована П. Недбайлом і В. Горшеньовим [7]. Її зміст полягав у розумінні під процесуальним правом усієї регламентованої правозастосовної діяльності уповноважених суб'єктів правовідносин.

Перспективи формування радянського державного (конституційного) процесуального права почали досліджуватися правознавцями лише після третьої дискусії щодо сутності та перспектив розвитку радянської системи права, що відбулася у 1982 р. [8]. Так, В. Основін, керуючись головним критерієм розмежування галузей права, спробував визначити предмет радянського державного процесуального права, запропонувавши розуміти під ним суспільні відносини, які мають регулюватися процесуальними нормами державного (конституційного) права. На думку правознавця, удосконалення діяльності представницьких органів державної влади, реалізація функціонування інститутів безпосередньої демократії й охорона прав громадян потребують упорядкування державою процедури їх діяльності, що робить проблему розвитку й оформлення державно-правового процесу

надзвичайно актуальною і політично затребуваною.

Основними тенденціями розвитку радянського державного (конституційного) процесуального права, на думку В. Основіна, мали стати: подальший розвиток державно-процесуальних відносин; розширення кола суб'єктів цих відносин; удосконалення правової регламентації державно-процесуальних відносин [9]. Проте прогнози В. Основіна щодо становлення і розвитку радянського державного (конституційного) права так і не справдилися.

З проголошенням незалежності України почала формуватися якісно нова система національного конституційного права, з'явилися нові інститути та норми конституційного права, тоді ряд існуючих за радянської доби втратив своє значення. Згодом у вітчизняній конституційно-правовій науці набули актуальності й проблеми теорії та практики процесуального конституційного права.

Як відомо, В. Мелашенко, Ю. Тодика й інші перші дослідники проблем системи конституційного права незалежної України та її складових елементів констатували усталеність поділу норм конституційного права на матеріальні та процесуальні, а також висловлювали думки щодо утвердження в майбутньому їх спільноти, об'єднаної у процесуальне конституційне право України. Так, В. Мелашенко стверджував, що процесуальні норми є складовою частиною практично всіх інститутів конституційного права України. У цьому їх функціональне призначення: обслуговувати цей інститут, забезпечувати реалізацію його норм. Особливо це характерно для таких інститутів, як виборче право, законодавчий процес, правова охорона Конституції України. Однак В. Мелашенко вважав найраціональнішим ви-

окремлення конституційного процесу в межах конституційного права України [10]. Загалом час довів конструктивізм правової позиції вченого.

Ю. Тодика наприкінці ХХ ст. зазначав тенденцію щодо збільшення процедурно-процесуальних норм у конституційному праві України, яка заслуговує на повну підтримку. Особливо це стосувалося, на думку правознавця, виборчого законодавства, законодавства про референдуми, Регламенту Верховної Ради України [11]. Ця думка також отримала своє підтвердження в подальшому розвитку конституційного права та конституційного законодавства України.

Багато вчених схильні вести мову про існування в Україні процесуального конституційного права як самостійної галузі національного права. Зокрема, С. Лисенков визначав процесуальне конституційне право як галузь права України, представлену системою загальнообов'язкових правил поведінки (правових норм й інститутів), що регламентують суспільні відносини, пов'язані з процесом реалізації прав та обов'язків учасників відносин, встановлених нормами конституційного права України [12].

Заслуговує на увагу й позиція О. Совгирі, яка визначає предмет конституційно-процесуального права як систему певних суспільних відносин (процес ухвалення та внесення змін до Конституції України; конституційно-процесуальні основи правового становища особи; адміністративно-територіальний процес; виборчий і референдний процеси; конституційні процедури здійснення державної влади та місцевого самоврядування; конституційно-судовий процес), які є вже сформованою, відносно самостійною сукупністю правовідносин [13]. У сучасній українській юридичній науці

обґрунтовуються й інші, іноді доволі оригінальні та перспективні концепції процесуального конституційного права та його інститутів.

Позиція українських правознавців щодо процесуального конституційного права заслуговує на увагу, але потребує суттєвого уточнення, оскільки традиційне ще з радянських часів «широке розуміння» цього виду юридичного процесу призводить не так до розмежування матеріального і процесуального права, як до термінологічної плутанини. На нашу думку, у юридичній науці не можна ототожнювати категорії «процес» і «процедура». Як відомо, будь-який вид конституційного процесу є процедурою, тобто організаційними відносинами, але не будь-яка конституційна процедура має властивості юридичного процесу. Адже цілком очевидно, що процедура визначається як матеріальними нормами конституційного права, так і процесуальними. В іншому випадку, матеріальне конституційне право було б представлене винятково нормами-принципами і нормами-дефініціями.

Українські вчені-конституціоналісти вважають: матеріальне конституційне право об'єднує конституційно-правові норми, що визначають зміст конституційного права, а процесуальне — це сукупність норм, які регламентують порядок реалізації матеріальних норм конституційного права, порядок реалізації прав та обов'язків суб'єктів конституційно-правових відносин. Тобто матеріальні норми відповідають на запитання «що робити?», а процесуальні — «як робити?» [14]. Наприклад, норми, що визначають правовий статус Конституційного Суду України і його повноваження, належать до матеріальних, а норми, що визначають порядок здійснення конституційного правосуддя в Україні — до процесуальних.

Водночас переважна більшість основних інститутів конституційного права України об'єднують у своєму складі як матеріальні, так і процесуальні норми конституційного права. Тобто на сьогодні у системі конституційного права України не існує інститутів, які б містили винятково матеріальні або винятково процесуальні норми конституційного права України.

Визначаючи сутність і зміст конституційного процесу як складової системи національного конституційного права, слід зважати на такі принципи положення. По-перше, за своєю сутністю конституційний процес є видом юридичного процесу, тому за своїм походженням і змістом тісно пов'язаний із судовим правом. Норми процесуального конституційного права регулюють суспільні відносини, які здійснюються переважно у процесі конституційного судочинства, у зв'язку з ним, або у зв'язку з діяльністю, що передує конституційному судочинству. З огляду на це правознавці часто схильні ототожнювати процесуальне конституційне право з конституційним судочинством.

Натомість в окремих випадках порушення конституційного законодавства можуть бути предметом адміністративного або кримінального судочинства. Так, Кодекс адміністративного судочинства України містить окремі види проваджень щодо правопорушень у сфері реалізації виборчих й інших політичних прав громадян України (гл. 15), і нині окремі конституційні делікти розглядаються адміністративними судами України. Наприклад, Вищий адміністративний суд України 20 лютого цього року залишив без розгляду позов кандидата на пост Президента України Ю. Тимошенко щодо визнання протиправними

дій, бездіяльності та рішення ЦВК про встановлення офіційних результатів президентських виборів [15].

Разом із тим особливості розгляду та вирішення конституційних спорів і конфліктів на сучасному етапі полягають у їх непоодинокому позасудовому, або ж «квазісудовому» порядку. Особливості перебігу конституційного процесу в 2005–2010 рр. дають змогу стверджувати, що ряд гострих конституційних конфліктів був вирішений як із залученням Конституційного Суду України й адміністративних судів загальної юрисдикції, так і через здійснення вищими органами державної влади, зокрема Верховною Радою України і Президентом України, своїх конституційних функцій і повноважень для вирішення відповідних конфліктів в арбітражному порядку. Зокрема, практика арбітражного попередження та врегулювання державно-правових конфліктів через застосування інституту розпуску парламенту, інституту імпічменту вищим посадовим особам, інституту парламентської відповідальності уряду та інших ґрунтовно досліджувалася Ю. Барабашем [16].

Тобто за своєю сутністю конституційний процес передбачає судове або квазісудове арбітражне врегулювання певного виду конституційних процедур на підставі норм процесуального конституційного права, об'єднаних у відповідні інститути, що становлять основу системи процесуального конституційного права України.

По-друге, за своїм змістом процесуальне конституційне право України регулює ті суспільні відносини, які передбачають можливість виникнення та потребу вирішення конституційного спору в судовому та квазісудовому порядку. Отже, предмет процесуального конституційного права України

супроводжується спеціальним правовим режимом регулювання відповідних суспільних відносин. «Безконфліктний» порядок реалізації прав та обов'язків суб'єктами конституційного права, наприклад, порядок організації Верховної Ради України й інші конституційні процедури, які не передбачають свого обов'язкового врегулювання за участю Конституційного Суду України, адміністративних судів чи суб'єктів квазісудового розгляду, належать до матеріального конституційного права.

Нині до предмета процесуального конституційного права України належать суспільні відносини у сфері гуманітарного, виборчого і референдного, парламентського, муніципального процесів та конституційної юстиції. Водночас відповідні групи правовідносин є тісно взаємопов'язаними з відповідними підгалузями матеріального конституційного права — гуманітарним, виборчим і референдним, парламентським, муніципальним тощо. Це підтверджує сталий дихотомічний зв'язок процесуального конституційного права з матеріальним у складі багатоаспектної системи конституційного права України.

По-третє, для суспільних відносин, урегульованих нормами й інститутами процесуального конституційного права України, властиве особливе коло суб'єктів. Можна передбачити, що не всі суб'єкти конституційного права можуть бути учасниками конституційного процесу, а лише ті з них, які згідно з Конституцією та законами України наділені відповідною конституційною правосуб'єктністю. Насамперед це — суб'єкти звернення до Конституційного Суду України, адміністративного суду, а також суб'єкти, наділені конституційною деліктоздатністю. Основними суб'єктами

конституційного процесу, окрім Конституційного Суду України, є: людина, Верховна Рада України, не менше ніж 45 народних депутатів України, Президент України, Кабінет Міністрів України, Верховний Суд України, Уповноважений Верховної Ради України із прав людини, Верховна Рада Автономної Республіки Крим (п. 1 ст. 150 Конституції України), інші органи державної влади й органи місцевого самоврядування.

По-четверте, процесуальне конституційне право, будучи підсистемою багатоаспектної системи конституційного права України, має свою власну внутрішню побудову і складається із процесуальних норм й інститутів конституційного права. Проте логічно було б передбачити й існування інших структурних елементів цієї підсистеми.

Систему інститутів процесуального конституційного права України, на нашу думку, визначає структура предмета його правового регулювання. На сьогодні в Україні об'єктивно окреслилися інститути гуманітарного, виборчого і референдного, парламентського, муніципального процесів та конституційної юстиції.

Інститут гуманітарного процесу України об'єднує у своєму складі норми конституційного права, які встановлюють порядок судового та позасудового оскарження рішень із питань громадянства України, а також визначають порядок реалізації та судового й позасудового захисту конституційних прав і свобод людини. На нашу думку, розвиток цього інституту конституційного права матиме позитивний вплив на гарантованість прав і свобод людини в Україні.

Інститут виборчого та референдного процесу встановлює процедуру організації та проведення виборів і референдумів в Україні, а також визначає

підстави, суб'єктів, порядок і форми судового та позасудового оскарження дій чи бездіяльності учасників виборчого та референдного процесу в Україні.

Інститут парламентського процесу містить норми процесуального конституційного права, які встановлюють порядок внесення Верховною Радою України змін до Конституції України, особливості законодавчого процесу та окремі парламентські процедури (формування парламентської коаліції, утворення та відставка Уряду, порушення процедури імпичменту Президента України тощо), а також підстави, суб'єктів, порядок і форму їх оскарження в судовому та позасудовому порядку. Надалі можливим є виокремлення зі складу парламентського процесу інституту законодавчого процесу й інших.

В умовах потужного розвитку муніципального права України на сучасному етапі закономірним є й утворення інституту муніципального процесу. Його норми визначають порядок діяльності суб'єктів місцевого самоврядування, окремі муніципальні процедури та легітимні способи судового оскарження відповідної діяльності та процедур.

Зрештою, очевидно є і сформованість в Україні інституту конституційної юстиції, який через свої норми визначає порядок та упорядковує процес конституційного судочинства в Україні. Натомість порядок формування Конституційного Суду України, організаційно-правові форми його відносин з іншими органами держави є предметом регулювання норм та інститутів матеріального конституційного права України.

Згодом можуть сформуватися й інші інститути процесуального конституційного права України, або ж диференціюватися на дрібніші зазна-

чені інститути. Адже системі інститутів процесуального конституційного права властива динамічність їх розвитку.

По-п'яте, норми й інститути процесуального конституційного права мають певні форми свого позитивного унормування. Зокрема, вони об'єктивуються в системі джерел процесуального конституційного права України, а саме: у Конституції та законах України, зокрема у новому Законі України «Про Регламент Верховної Ради України», прийнятому 10 лютого 2010 р., а також у Регламенті Кабінету Міністрів України, Регламенті Конституційного Суду України, Регламенті Центральної виборчої комісії й інших підзаконних нормативно-правових актах.

Отже, процесуальне конституційне право — це структурний елемент, який у взаємодії з матеріальним конституційним правом утворює важливий

рівень (зріз) багатоаспектної системи конституційного права України, об'єднує у своєму складі процесуальні норми й інститути конституційного права, на основі яких між суб'єктами конституційного процесу виникають, змінюються та припиняються правовідносини, що передбачають виникнення конституційних спорів і їх обов'язкове судове та позасудове вирішення.

Очевидно, що утвердження процесуального конституційного права в Україні дасть можливість не лише оптимізувати систему чинного конституційного законодавства, а й відповісти на запитання щодо шляхів і способів реалізації принципу верховенства права в конституційній правотворчій і правозастосовній діяльності, упередить конституційні колізії та сприятиме конструктивному розв'язанню конституційних конфліктів.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Скрипнюк О. В.* Курс сучасного конституційного права України : академ. вид. / О. В. Скрипнюк. — Х., 2009. — С. 18.
2. *Правова система України : історія, стан та перспективи* : у 5 т. / за заг. ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. — Х., 2008. — Т. 1. — С. 148.
3. *Тамананга Б.* Верховенство права : історія, політика, теорія / пер. з англ. А. Іщенко. — К., 2007. — С. 11.
4. *Принцип верховенства права : проблеми теорії та практики* : моногр. : у 2 кн. / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка ; редкол. Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. — Кн. 1 : Верховенство права як принцип правової системи : проблеми теорії ; відп. ред. Н. М. Оніщенко. — К., 2008. — С. 6.
5. *Федоренко В. Л.* Конституційний процес у контексті утвердження верховенства права / В. Л. Федоренко, О. В. Скрипнюк, М. П. Рачинська // Україна в 2005–2009 рр. : стратегічні оцінки суспільно-політичного та соціально-економічного розвитку : моногр. / за заг. ред. Ю. Г. Рубана. — К., 2009. — С. 81–99.
6. *Федоренко В. Л.* Система конституційного права України : теоретико-методологічні аспекти : моногр. / В. Л. Федоренко. — К., 2009. — С. 501–502; *Федоренко В. Л.* Теоретичні основи системи конституційного права України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Х., 2010. — С. 25–26.
7. *Горшенев В. М.* Функции и содержание норм процессуального права по советскому законодательству / В. М. Горшенев // Проблемы правоведения. — Новосибирск, 1967. — С. 16–38.; *Юридическая процессуальная форма. Теория и практика* / Н. В. Виртук, В. М. Горшенев, Т. Н. Добровольская, И. А. Иконичкая и др. ; под ред. В. М. Горшенева, П. Е. Недбайло. — М., 1976. — С. 9.
8. *Позорілко В. Ф.* Конституційне право України : академ. курс : підруч. : у 2 т. / за ред. В. Ф. Позорілка. — К., 2006. — Т. 1. — С. 239–250.
9. *Основин В. С.* Особенности конституционных норм / В. С. Основин // Советское государство и право. — 1979. — № 4. — С. 9–15.
10. *Мелашенко В. Ф.* Основи конституційного права України : курс лекцій / В. Ф. Мелашенко. — К., 1995. — С. 37, 39.
11. *Тодька Ю. Н.* Конституционное право Украины : отрасль права, наука, учебная дисциплина : учеб. пособие / Ю. Н. Тодька. — Х., 1998. — С. 154.



12. *Лисенков С. Л.* Основи конституційного процесуального права України : курс лекцій / С. Л. Лисенков. — К., 2005. — С. 9.
13. *Совгиря О. В.* Конституційно-процесуальне право України : навч. посіб. / О. В. Совгиря. — К., 2009. — С. 15–24.
14. *Бисага Ю. М.* Конституційно-процесуальне право : навч. посіб. / Ю. М. Бисага, В. В. Гомонай, В. І. Чечерський. — Ужгород, 2006. — С. 9.
15. *Позов Тимошенко ВАСУ залишив без розгляду* // <http://www.unian.ua/ukr/news/news-363845.html>
16. *Барабаш Ю. Г.* Державно-правові конфлікти в теорії та практиці конституційного права : моногр. / Ю. Г. Барабаш. — Х., 2008. — С. 172–217.

**Федоренко В. Л. Утвердження процесуального конституційного права як запорука дієвості принципу верховенства права в Україні**

**Анотація.** У статті розглянуто проблеми утвердження процесуального конституційного права як важливої складової багатоаспектної системи конституційного права України і визначального чинника забезпечення дієвості верховенства права в суспільстві та державі. Визначено витоки процесуального конституційного права, розкрито його зміст, сутнісні ознаки і властивості, систему, призначення в механізмі реалізації принципу верховенства права в Україні.

**Ключові слова:** верховенство права, система конституційного права України, процесуальне конституційне право, конституційний конфлікт.

**Федоренко В. Л. Утверждение процессуального конституционного права как залог действенности принципа верховенства права в Украине**

**Аннотация.** В статье рассмотрены проблемы утверждения процессуального конституционного права как важной составляющей многоаспектной системы конституционного права Украины и определяющего фактора обеспечения действенности верховенства права в обществе и государстве. Определены истоки процессуального конституционного права, раскрыты его содержание, существенные признаки и свойства, система, назначение в механизме реализации принципа верховенства права в Украине.

**Ключевые слова:** верховенство права, система конституционного права Украины, процессуальное конституционное право, конституционный конфликт.

**Fedorenko V. L. Assertion of the constitutional law of procedure as a guarantee of the effectiveness of the principle of the supremacy of law of Ukraine**

**Annotation.** Article is dedicated to the problem of assertion of the constitutional law of procedure, which is an important element of the multifaceted system of the constitutional law of Ukraine, as well as the determining factor in ensuring the effectiveness of the supremacy of law in the society and state. Beginnings of the constitutional law of procedure are defined, content of the constitutional law of procedure is revealed, its essential features and properties, the system are disclosed, the purpose of the constitutional law of procedure in the mechanism of implementation of the principle of the supremacy law in Ukraine is uncovered.

**Key words:** supremacy of law, a system of constitutional law of Ukraine, constitutional law of procedure, constitutional conflict.

## **ПРО ВЕЛИКІ ПРАВОВІ СИСТЕМИ СУЧАСНОСТІ (роздуми над книгою професора Раймона Леже)**



**В. ДУДЧЕНКО**

*доктор юридичних наук,  
професор кафедри теорії держави і права  
(Одеська національна юридична академія)*

**В**ихід друком книги французького юриста Р. Леже «Великі правові системи сучасності» має важливе значення для сучасної юридичної науки та освіти в Україні. У цій праці представлено глобальний порівняльний підхід до правових систем, глибоко концептуально опрацьовано феномен «великих правових систем». Автор з'ясовує витoki, природу, значення, підстави авторитетності провідної ролі цих систем.

Згідно з французькою традицією, книга містить дві великі частини: перша присвячена порівняльно-правовому підходу до основних правових систем, друга — вивченню окремих інститутів права. Автор досліджує три «великі», за його визначенням, правові системи: англійську, французьку і німецьку, які найбільше вплинули на розвиток багатьох інших правових систем. Такий підхід виявився досить плідним і дав змогу Р. Леже перейти до характеристики правових систем, основу яких становлять зазначені ключові системи: сім'ї загального та романо-германського права.

© В. Дудченко, 2010

У передмові до читача Р. Леже висловлює ставлення до позитивного і природного права. На його думку, за межами позитивного права існує й інше, неписане, живе право, породжене самою природою людини, як це було проголошено Софоклом чи Арістотелем. І далі: «Ми змушені враховувати уроки, які дали нам великі східні цивілізації; сьогодні нам треба обмежувати технічне значення права і докладати максимум зусиль до врегулювання соціальних відносин іншими способами». Як відомо, у правоустроях Сходу існує інша техніка права, ніж за участю державного судді.

У вступі Р. Леже поглиблює критичне ставлення до абсолютизації позитивного права. Він наголошує, що закони змінюються. Але що незмінне у праві? Незмінне — його ідея. Відтак, необхідно пізнавати ідею або дух, які характеризують систему права [1, 3].

Очевидно, що Р. Леже як європейський юрист є прибічником правової традиції природного права. Ідея або дух права — це ключове поняття у теорії природного права. У цьому

сенсі французький юрист виокремлює питання про «висвітлення теперішнього минулим». Його головна думка зводиться до ствердження, що необхідно завжди досліджувати вплив минулого і в ньому знаходити джерело, яке має позачасове значення. Очевидно, що йдеться про класику. Класика (від лат. *clasicus* — зразковий, першокласний) — це зразкові, видатні, загальноновизнані твори науки, літератури, мистецтва, які мають неминущу цінність для національної та світової культури.

Сказане з усією очевидністю свідчить, що методологія у праці французького юриста не позитивна. Це надзвичайно важливе міркування, оскільки з нього випливає, що великі правові системи характеризуються застосуванням метафізики, а не позитивізму. Метафізика — одна з ключових ознак таких систем.

Цей висновок підтверджується й міркуваннями Р. Леже про «правову державу». У правовій державі право не тільки технічно досконале й ефективне, а й також має філософський і політичний смисл, який робить його гарантом правосуддя і свободи. Нацистська Німеччина, фашистська Італія, які мали право з високим рівнем юридичної техніки, не могли бути віднесені до правових держав. Іншими словами, технічна самобутність права, його ефективність є необхідними, але недостатніми критеріями: держава мусить підпорядковуватися праву, а не навпаки [1, 105–106].

Ідеться про європейський принцип «верховенства права над державою». Згідно з цим принципом право може існувати поза зв'язком із державою. Держава — це видове поняття, а право — родове, що призводить до визнання плюралізму позадержавних правоустроїв, підпорядкованих, рівно-

значних або ж таких, що переважають над державним правом.

У зв'язку з цим Р. Леже посилається на римську формулу «де суспільство, там право». Ця формула передбачає, що з часу набуття суспільством, яким би не був його розмір, достатньої стабільності, виникає право. Але історія свідчить, що держави поступово підпорядкували собі право, навіть якщо при цьому вони допускали певні наднаціональні норми, а всередині країни дозволяли співіснувати декільком правовим системам [1, 1].

Зі сказаного випливає, що Р. Леже є прибічником плюралістичної теорії та практики джерел права. Така думка неодноразово висловлюється у книзі.

Що таке «великі правові системи»? Автор відповідає на це запитання так. Він зазначає, що усі системи права варті уваги. Однак лише деякі з них заслуговують особливої пошани. Оскільки тільки деякі системи допомагають пізнати інші численні системи, які їх запозичили чи скопіювали, йдеться про рецепцію. Рецепція (від лат. *receptio* — прийняття) — запозичення однією державою більш розвинутого права іншої держави. Приклад: рецепція римського права країнами Західної Європи з XII ст. і далі — усім світом. Або рецепція англійського права США й іншими англомовними країнами. Йдеться про материнські та дочірні правові устрої. У зв'язку з цим, вважаємо, справедливо стверджувати, що компаративісту цілком достатньо обмежитися вивченням «материнського права», оскільки «дочірнє право» зберігає стиль оригіналу.

Отже, існують правові системи, які вимагають до себе особливого ставлення, особливої пошани, і є ключами до правового життя усього світу. Вони найбільше вплинули і продовжують впливати на всі інші правові устрої [1, 2].

Такі найбільш впливові правові системи права є «великими». Провідний вплив цих систем визнається одно-стайно — як у минулому, так і нині.

Ключовими ознаками поняття «великі правові системи» є: 1) одностайне їх визнання; 2) найбільша впливовість і домінування; 3) їх рецепція — як у минулому, так і нині на підставі високої правової культури.

Відтак, у своїй праці французький юрист досліджує великі правові системи і їх вплив на праворозуміння, правоутворення і правореалізацію всіх інших правових устроїв. Звідси і виразна відповідь на запитання: що означає «порівнювати у праві»? Це означає, насамперед, вміти визнавати місце одних правових систем щодо інших.

Компаративний метод є підставою для глобального порівняльно-правового підходу до правових систем і класифікацій у праві. Класифікувати правові системи означає з'ясувати, чи властиві їм спільні риси достатньо важливі, щоб поєднати їх в одну групу, одну сім'ю. Класифікації допомагають юристові орієнтуватися серед численних правових систем світу.

Згідно з усталеними класифікаціями, найвпливовішими, як у минулому, так і нині, одностайно визнаними і провідними є європейські романо-германська й англо-американська правові системи або правові сім'ї. Щодо права східних народів, то тут по-своєму великими є правові системи азійських країн з давньою цивілізацією (насамперед Китаю та Японії), а також індуйстське, єврейське і мусульманське право.

Варто пригадати міркування Р. Леже про право східних народів — автор зауважує, що ми змушені враховувати уроки, які дали нам великі східні цивілізації: сьогодні нам необхідно об-

межувати технічне значення права і докладали максимум зусиль до врегулювання соціальних відносин іншими способами.

Можемо помітити, що Р. Леже мислить аналогічно Г. Берману, який зазначає, що «необхідно вивчати системи і традиції права, які не належать Заходу, вивчати те, яким чином зустрічаються західне і незахідне право і як формується спільна правова мова людства» [2]. Г. Берман, як і Р. Леже, наголошує на тому, що «сьогодні світ підозріло ставиться до західної законності, ще підозріліше, ніж раніше. Людина Сходу і Людина Півдня пропонують інші альтернативи».

Ідеться, таким чином, про актуальну проблему співробітництва між компаративістами Сходу і Заходу.

Які критерії класифікацій у праві? Р. Давід і Ж. Бержель виокремлюють ідеологічний (релігія, філософія, мораль, політика, економіка) та юридико-технічний критерії. Р. Леже до цих двох критеріїв додає третій, а саме — давність правової традиції та її наслідок — правову державу. Він вважає, що феномен правової держави мають досліджувати філософія і соціологія права [1, 104–106]. Лише у межах цих дисциплін можливо обґрунтувати, що у правовій державі право не тільки технічно досконале, а й має філософський і політичний сенс, який робить його гарантом справедливості та свободи.

Ці міркування Р. Леже надзвичайно важливі, оскільки відображають легітимізаційну проблематику. Легітимувати державу і право — означає обґрунтувати і виправдати їх. Право у суспільстві не автономне і не самодостатнє. Жодна доктрина законодавчого права не може спиратися на саму себе, а має ґрунтуватися на первісних засадах, у наявності яких вона

вбачає своє обґрунтування і виправдання. Зрозуміти право неможливо, не усвідомивши його цілей. Право не є абсолютно раціональною і точною наукою, яка здатна вирішувати будь-яку проблему простим застосуванням логіки. Необхідно зважувати на роль оціночних рішень у змісті та розвитку права, а не лише на логіку і семантику. Юрист має не тільки володіти суто технічним знанням свого предмета, а й повністю усвідомлювати соціальне завдання і мету права та те, як найкраще досягти їх реалізації.

Сказане з усією очевидністю підтверджує, що неможливо пізнати соціальне явище, зокрема і право, не зрозумівши його сенсу. Сенс права не є юридичним за своєю суттю. Цей феномен швидше соціальний, політичний, культурний.

Легітимаційний критерій класифікацій зумовлює як незалежність і пріоритетність права щодо політики влади, так і субсидіарний характер позитивного права. До цих критеріїв важливо додати й різність юрисдикцій у межах однієї держави.

У пошуках класифікаційних критеріїв групування правових устроїв Р. Леже вживає поняття «функціональні еквіваленти» і «всезагальна еквівалентність» [1]. Вважаємо, щойно названі критерії-принципи класифікацій у праві охоплюються поняттям усезагальної еквівалентності. Що стосується функціональної еквівалентності, то її виразно відображають такі приклади, як автономія волі або принцип консенсуалізму в договірному праві, співіснування волевиявлення, диспозитивність і співробітництво сторін у цивільному процесі, надання судді регулятивної функції, позитивне визначення суб'єктивної сторони у кримінальному праві, принцип суду присяжних і усний характер, принцип

мирових суддів, принцип головної та «проміжної» процедури тощо [1].

Без сумніву, поняття «всезагальна еквівалентність» і «функціональна еквівалентність» відображають сформульований К. Цвайгертом і Х. Кьотцем основний закон компаративістики. Формула цього закону така: одні й ті ж правові проблеми однаково чи здебільшого однаково вирішуються в усіх розвинених правових системах світу.

Таким чином, у своїй книзі французький юрист відповідає на три ключових запитання: 1) чи можливо класифікувати правові системи світу, поділивши їх на обмежену кількість великих груп; 2) які критерії такої класифікації; 3) на підставі яких критеріїв необхідно зараховувати певний правоустрій до тієї чи іншої групи?

З огляду на це неабияку увагу привертає таке міркування Р. Леже: «Правові устрої однієї сім'ї мають ґрунтуватися на одній концепції права, держави й одному співвідношенні між ними» [1]. Суть цього співвідношення: чи може право існувати поза зв'язком із державою? Так, може, коли ми орієнтуємося на плюралістичну теорію і практику джерел або форм права.

Наведені міркування автора дослідження мають важливе значення, оскільки постає запитання: чи еквівалентне правознавство і державознавство в Україні концепції права і держави, визнаної у великій романо-германській правовій сім'ї? Якщо ні, то Україну не можна вважати державою, інститути права якої еквівалентні континентально-європейським.

Відтак, опрацювання європейськи орієнтованої концепції держави, права і визначення характеру співвідношення між ними сьогодні є найскладнішим завданням для компаративних юристів в Україні.

Р. Леже наголошує на «життєвій силі» романо-германської правової сім'ї. Він диференціює великі правові системи Європи на французьке, німецьке та англійське право. Однак головною складовою у цих системах вважає римське право. Французький правник відзначає роль університетів Європи у відродженні класичного римського права. Програма курсу права в усіх університетах була одна: цивільне право Юстиніана.

Класичне римське право відоме своєю видатною формулярною системою права і судом претора. У зв'язку з цим інший французький юрист Ж. Бержель говорить про сучасну європейську преторіанську систему права [3].

Простежуючи еволюцію французького права, Р. Леже наголошує на великій кодифікації 1804–1810 рр., і особливо на цивілізаторській ролі Цивільного кодексу (1804 р.). Французьке право набуло нового політичного і філософського змісту, а його джерела зазнали істотних змін. Нові ідеологічні засади, запозичені у філософів, стали принципами законодавства. Право почали розуміти як спосіб захисту свободи і рівності громадян, яке прагне урегулювати їх відносини з точки зору справедливості, примирюючи інтереси держави і приватних осіб. Доктрина і судова практика збагатили французьке право і пристосували до запитів суспільства, яке еволюціонує [1, 36].

Варто зазначити, що міркування Р. Леже збігаються з думками іншого французького юриста Р. Кабріяка. Останній акцентував увагу на цілях кодифікацій. Кодифікувати означає цивілізувати. Кодекс виражає цінності суспільства, які надають значення і сенсу цьому суспільству. Під цим кутом зору кодекси є знаряддям цивілізації. Цивілізаторська функція ко-

дексу невіддільна від ідеології та філософії, які становлять його засади. Французький цивільний кодекс є носієм ідеалів філософії Просвіти і школи природного права. Французький Кримінальний кодекс 1994 р. покликаний «відобразити цінності нашого суспільства», а саме — пануючу з середини ХХ ст. філософію та ідеологію прав людини. У кодексі криміналізовано злочини проти людства [4].

В останні десятиліття виникли нові фундаментальні засади французького права. Більшість юристів визнає, що ці засади вже не залежать від внутрішнього національного права. У внутрішнє право відбулося «вторгнення» «загальних принципів права». Ці принципи спершу використовувалися адміністративним правом, потім були сприйняті кримінальним і процесуальним правом, а вже потім змінили цивілістичну «теорію джерел».

«Загальні принципи». Про що йдеться? Багато правознавців намагалися з'ясувати це питання: правові звичаї, закони природного права. Природа цих принципів права залишається невизначеною, але їх авторитет безсумнівний для усіх. Створена Конституцією 1958 р. Конституційна рада спершу відіграла досить скромну роль. Вона виявилася гвинтиком у законодавчому апараті. Але з прийняттям видатної постанови в 1971 р. суд проголосив, що віднині він буде здійснювати контроль за дотриманням низки принципів, які визначив самостійно, включивши до них положення Декларації прав людини і громадянина. Використання цих принципів ставало частішим і виразнішим, що засвідчує поширення «конституційної судової практики».

Французьке право враховує і фундаментальні міжнародні засади. Йдеться передусім про пряму дію, пряме

застосування і верховенство «страсбургського права», яке ґрунтується на Європейській Конвенції про захист прав людини. У зв'язку з цим французький юрист відзначає сучасну домінуючу тенденцію пріоритету судової практики як джерела права над законом [1, 34–40].

Що стосується джерел права, то, узагальнюючи, Р. Леже констатує панівну роль доктрини в Німеччині та Франції. Ось його міркування: «У Німеччині та Франції посилаються на теоретиків права під час судових дебатів, і нерідко навіть у самих судових рішеннях наводяться їх цитати... Саме доктрина забезпечує синтез права, його критику, виявлення правових прогалин... а також різними способами сприяє розробці законодавства... В обох країнах можливо знайти зв'язок між еволюцією права і розвитком наукових шкіл, які змінюють одна одну. Якщо англійське право є правом суддів, то і французьке, і німецьке право здебільшого є професорським правом» [1].

Німеччина є ще однією великою правовою системою. Ця держава має складну історію. Вона є спадкоємицею — більшою мірою, ніж усі інші держави, — Священної Римської імперії. Священна Римська імперія германської нації своїм відліком має 843 роки. Право Юстиніана зберігало у ній свою силу як право імперії. Король мусив був зважувати на норми, які обмежували його владу. Усі піддані мали право чинити опір у разі прийняття несправедливого рішення.

Простежуючи еволюцію німецького права, Р. Леже наголошує на праві європейських університетів, автономії міст, святості звичаю, впливі школи природного права І. Канта, науковій суперечці між професорами Тібо і Савіньї, рецепції наполеонівських ко-

дексів, технічна цінність яких була загальноновизнаною.

Особлива увага приділена нацизму і руйнації права за умов панування абсолютизованої концепції юридичного позитивізму.

З Конституцією від 23 травня 1949 р. для німецького права розпочався новий відлік. Західна Німеччина відновила «романо-германську» спадщину і зберегла свою самобутність, тоді як ГДР поступово нав'язувалися цілком чужі інститути, що чинилося під впливом СРСР і за взірцем його права. Повернення до національної єдності в 1990 р. змінило ситуацію [1].

У Конституції від 23 травня 1949 р. головною є ідея правової держави. Конституційне і наднаціональне право набувають нового значення (Римський договір, Європейська Конвенція про захист прав людини і основних свобод). Основний Закон закріпив основоположні правові принципи. Якщо принципи, які захищає Конституція, порушуються законами федеративної держави, законами земель, публічними особами, то допускається оскарження дій і актів у судові установи, зокрема й до Конституційного суду. У разі такого оскарження протиправні дії можуть бути оголошені такими, що не відповідають Конституції. Звідси — вкрай важлива роль судової практики Конституційного суду [1].

Джерелом сім'ї правової системи загального права є англійське право. Це право залишається однією з найвеличніших систем впливу у світі. В англійському праві своя техніка: право залежить від судді, який фундаментальні положення, що є підставою для більшості рішень, черпає з попередніх постанов судів відповідно до правила про дотримання прецедентів. Сім'я систем загального права об'єднує англій-

ське право, ірландське право, право США, Канади, Австралії та Нової Зеландії: у цих системах право залишається здебільшого судовим.

Характеризуючи англійське право, Р. Леже говорить про його одну з «найвеличніших технічних цінностей» і «оригінальність». Він простежує історію формування й еволюції англійського права. Юрист наголошує на нормандському захопленні Англії, ролі королівських судів Вестмінстера і суду присяжних, рецепції римського права і його викладанні в Оксфорді та Кембриджі, ролі доктрини *stare decisis*, а також ролі права справедливості й статутного права, «війни юрисдикцій», Акті про права людини (2000 р.), добровільній рецепції англійського права США [1].

Щодо права східних народів, Р. Леже зазначає: «Ми змушені враховувати уроки, які дали нам великі східні цивілізації» [1]. Що це за уроки? Ось найважливіші з них.

Іудейське, мусульманське, індуїстське право є вираженням божественної волі, а не земного законодавця, і внаслідок цього не спирається на авторитет жодного земного творця права. Якщо аналізувати право з точки зору іудаїзму, ісламу чи індуїзму, виявляється, що не можна розглядати систему правових норм ізольовано, відчужено і незалежно від інших нормативних цінностей, таких як норми релігійні та моральні. І в тих, і в других одна фундаментальна норма й одна єдина вища цінність, божественні веління у тому вигляді, в якому вони сформульовані у Торі, Корані чи Шастрах.

Розмірковуючи так, ми виходимо за межі суто юридичної науки і торкаємося віри. Право в іудаїзмі, ісламі чи індуїзмі не автономне і не самодостатнє. Воно як частка єдиної со-

ціальної цілісності має відображати духовні, морально-релігійні цінності єврейського, мусульманського та індуїстського суспільств.

Такий синкретизм права і релігії має далекосяжні наслідки. Одним із наслідків є те, що іудейське, ісламське, індуїстське право, як право божественне, від Бога, є принципово незмінним, перманентним. У справі пристосування цього права до плінних історичних обставин важлива роль належить коментуванню чи інтерпретаціям священних, авторитетних текстів: знавцями Галахи, Корану чи вченими брахманами або правниками-священниками. Таке коментування вважалося джерелом права. Згідно з класичними поглядами, інтерпретаторська діяльність спрямовується не на створення нового права, а на відкриття, засвоєння і формулювання вже існуючого божественного права.

Синкретизм права і релігії зумовлює теократичний принцип держави. Держава має значення лише як служниця встановленої релігії. Звідси й субсидіарний, доповнюючий іудаїзм, іслам чи індуїзм, характер позитивного права і його другорядна роль. Принципи іудаїзму, ісламу чи індуїзму як справедливого божественного закону є всеохоплюючими, вічними і досконалими, тоді як законодавчі приписи зумовлені часовою необхідністю, виправдані конкретними обставинами і змінюються разом із ними. Коли має місце закон, емпіричний по суті, суддя не має застосовувати його буквально, ригористично, йому надані повноваження власного, всебічного розсуду, щоб усіма можливими засобами узгодити справедливість і владу.

Єврейське, мусульманське та індуїстське право характеризується плюралістичною та ієрархічною теорією джерел права. У євреїв правови-



ми джерелами є: Кабала, Мідраш, законодавство галахських авторитетів і національних інститутів влади, звичай, судові рішення. У мусульман — Коран, Сунна Пророка, іджма, кійас, «виняткові інтереси», звичай. Відображенням зазначених джерел є договори, світські закони, судова практика. В індуїстів правовими джерелами є: шастри індуїзму — дхарма, артха, кама; звичай, закон, прецедент.

Судова система в євреїв, мусульман та індуїстів не може існувати, спираючись лише на закони. За самою своєю суттю вона потребує «душі». І вона її знаходить у морально-релігійних цінностях, найголовнішими серед яких є справедливість, істина, совість, свобода, мир.

Потребує «душі» китайське та японське право. Рити чи гірі посередництва, дружніх переговорів, мирової угоди є найважливішими з китай-

ських рит чи японських гірі. Принцип безконфліктності рит чи гірі споконвіку пояснюється прагненням зберегти соціальну гармонію, яка у Китаї та Японії є найважливішою цінністю.

Підіб'ємо підсумки.

На підставі яких критеріїв необхідно зараховувати певний правовий устрій до тієї чи іншої групи? Правові устрої однієї сім'ї мають ґрунтуватися на одній концепції права, держави й одному співвідношенні між ними. Якщо правознавство і державознавство України не еквівалентні концепції держави і права, визнаної у великій романо-германській правовій сім'ї, то Україну не можна вважати державою цієї сім'ї. Отже, опрацювання європейськи орієнтованої теорії держави і права та визначення співвідношення між ними сьогодні є найскладнішим завданням для компаративних юристів в Україні.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Раймон Леже. Великие правовые системы современности : сравнительно-правовой подход. — М., 2009.
2. Берман Г. Дж. Западная традиция права. — М., 1996. — С. 35.
3. Бергель Ж.-Л. Общая теория права. — М., 2000. — С. 11–193.
4. Кабриак Реми. Кодификации. — М., 2007. — С. 261–264.

Дудченко В. В. Про великі правові системи сучасності (роздуми над книгою професора Раймона Леже)

**Анотація.** Осмислено феномен «великих правових систем» у контексті глобального порівняльно-правового підходу. З'ясовано, що правові устрої однієї сім'ї мають ґрунтуватися на одній концепції права, держави й одному співвідношенні між ними.

**Ключові слова:** «великі правові системи», концепція права, функціональні еквіваленти, всезагальна еквівалентність, глобальний порівняльно-правовий підхід.

Дудченко В. В. О великих правовых системах современности (размышления над книгой профессора Раймона Леже)

**Аннотация.** Осмыслен феномен «великих правовых систем» в контексте глобального сравнительно-правового подхода. Выявлено, что правовые устройства одной семьи должны исходить из одной концепции права, государства и одного соотношения между ними.

**Ключевые слова:** «великие правовые системы», концепция права, функциональные эквиваленты, всеобщая эквивалентность, глобальный сравнительно-правовой подход.

Dudchenko V. V. About the great legal systems of the contemporaneity (speculations about pr. Raymon Legeais's book)

**Annotation.** The phenomenon of «great legal systems» is comprehended in the context of the global comparative-legal approach. It is revealed that legal organisation of one legal family should be based on one concept of law, state and correlation between them.

**Key words:** «great legal systems», concept of law, functional equivalents, universal equivalence, global comparative-legal approach.

## ЗМІНА ПАНУЮЧОГО ПРАВОРОЗУМІННЯ ЯК ОBOB'ЯЗKOBA УMOBA BПPOBAДЖEHHЯ BІДHOBHOГO ПPABOCУДДЯ B УКPAЇНІ (філософсько-правовий аспект)



**О. ГЕСЕЛЕВ**

*завідувач кафедри нагляду  
за додержанням законів органами,  
які проводять оперативно-розшукову діяльність,  
дідання та досудове слідство  
(Національна академія прокуратури України)*

**В** основі всіх існуючих сумнівів щодо обґрунтованості та правомірності функціонування відновного правосуддя лежать загальні, глобальні питання відношення до права як феномену та соціального явища. Однак ламання стереотипів є вкрай важливим щодо сприйняття нетрадиційних, нестандартних підходів до вирішення соціальних конфліктів, які виникають унаслідок вчинення кримінально-караних дій.

Слід зазначити, що впровадження відновного правосуддя і погоджувальної процедури (медіації) як його основного механізму є наслідком фактичного існування всередині тієї або іншої пануючої юрисдикції інших, альтернативних їй правових систем (як це було у США, Канаді, Австралії, Новій Зеландії та інших країнах).

Тому можна вести мову про фактичне існування в будь-якій з юрисдикцій множинності нормативних порядків із традиційним переважа-

ням через різні історичні, політичні, економічні, культурні та інші причини одного з них. Сам же нормативний порядок визначається насамперед різним відношенням до права, виділенням у ньому як сутнісних, домінуючих тих або інших різноманітних ознак і аспектів, тобто різними методологічними підходами до права як явища. Способів вивчення права багато, єдиного універсального та виняткового способу його пізнання немає. Ще на початку ХХ ст. І. Ільїн зазначав: «Правознавство з усе більшою визначеністю приходиться до визнання того, що право саме по собі є надзвичайно складне і багатостороннє утворення, яке має цілу низку окремих сторін і форм «буття»... Віра у рятівний методологічний монізм зникає і поступається місцем визнанню методологічного плюралізму» [1, 8].

Через різні причини в Україні встановилося вузько нормативістське, моністичне розуміння права виключ-

но як системи норм, встановлених (санкціонованих) державою, його законодавчими або іншими компетентними органами влади. Тим більше якщо йдеться про гранично формалізоване кримінальне судочинство.

Це — один з основних чинників, який, на нашу думку, перешкоджає процесу визнання легітимності самої погоджувальної процедури, можливості її вбудовування, включення до існуючого кримінального процесу, доповнення його альтернативними неформалізованими способами.

Фундаментальне, основоположне значення для зміни парадигми права у зв'язку із сприйняттям та впровадженням у правозастосовну практику принципів відновного правосуддя та процедур примирення мають теорії одного із засновників соціології — Е. Дюркгейма, насамперед його погляди щодо відповідності між формами соціальності (соціальної солідарності) та типами права. Саме право як зовнішній, видимий прояв або форма соціальності дає змогу виявляти варіативність соціальної солідарності в її відображенні у праві. Така варіативність права, тобто різні погляди на сутність і основні цілі права, безпосередньо пов'язана з різними формами соціальної солідарності. Е. Дюркгейм вирізняє право, що належить до «механічної солідарності», або солідарності через тотожність, однаковість, «спільність соціальних ознак», та право, що належить до «органічної солідарності» або солідарності через розмаїття [2, 112–114].

У першому випадку соціальний конфлікт, зокрема кримінального характеру, врегульовується аналогічно іншим подібним конфліктам, у другому випадку при залагодженні конфлікту враховується ширший спектр соціальних ознак, насамперед, інди-

відуальні ознаки, що притаманні конкретній ситуації, яка вирішується, індивідуальні особливості потерпілого та правопорушника тощо. Перший тип права представляє «каральне право», другий — «договірне право» (конституційне, процесуальне, сімейне).

Відповідно вирізняються і два різних типи юридичного регулювання, що базуються на різних формах соціальної солідарності й мають якісно відмінні типи санкцій. Право, що відповідає «механічній солідарності», має репресивний характер санкцій, які обтяжливі для особи і спрямовані передусім на покарання, позбавлення волі, власності тощо. На відміну від нього, право «органічної солідарності» має реститутивні (тобто відновлювальні) санкції, які забезпечують відновлення прав, майна, повернення відносин до їх «нормальної форми» [2, 121–129].

Розвиток суспільних відносин, особливо на сучасному «постмодерному» етапі, відбувається у напрямі від механічної солідарності до органічної, від співіснування репресивного та реститутивного права до поступової трансформації їх взаємовідносин і переходу до превалювання останнього. Взаємодія, навіть боротьба репресивного та реститутивного права зумовлює суттєві, визначальні риси історичного розвитку конкретних правових систем. У зв'язку з цим поступово трансформуються і функції держави, яка із зростанням органічної солідарності «все менше править» і «все більше адмініструє», реститутивне право витісняє право каральне. Як наслідок, члени суспільства перестають бути лише об'єктом втручання з боку держави, перетворюючись на її рівних партнерів, наділених широкими правами щодо участі у встановленні правових норм, створенні склад-

ної та багатогранної правової матерії. Одним з яскравих проявів цього процесу є розвиток процедур відновного правосуддя, його втілення у формалізоване кримінальне судочинство.

Відновне правосуддя ґрунтується на принципах, які зазвичай залишаються поза увагою чинного кримінального провадження. Згідно з ними злочин розглядається насамперед як соціальний конфлікт між індивідами, тобто як ситуація, внаслідок якої страждають і потерпілі, й самі правопорушники, й оточення обох сторін. У традиційному «каральному» правосудді злочин — це порушення закону, певних визначених державою, її вищими компетентними органами правових норм. Злочин розглядається як вчинок, спрямований передусім проти держави, а не конкретної людини, якій було безпосередньо завдано шкоду. Звідси — традиційна зорієнтованість офіційного правосуддя здебільшого на покарання, ізоляцію правопорушника від суспільства, при цьому інтереси потерпілого, жертви злочину зазвичай залишаються незадоволеними.

Разом з тим, на відміну від традиційних підходів до вирішення кримінальних конфліктів, відновне правосуддя безпосередньо спрямоване на відновлення справедливості та виправлення шкоди, спричиненої злочином. На відміну від традиційної судової системи, де суд приймає остаточне рішення щодо визначення розміру завданих збитків, програми відновного правосуддя надають потерпілим особам можливість самим визначати, наскільки серйозно було порушено їхні інтереси. Таким чином, у процесі вирішення кримінальних конфліктів надається максимальна підтримка потерпілим та забезпечується задоволення їхніх потреб.

Водночас програми відновного правосуддя базуються на виключно гума-

нній парадигмі або установці — правопорушники, як і потерпілі, незважаючи на скоєне, є і залишаються членами соціуму, громади. Вони можуть власними зусиллями змінювати свою поведінку на краще, здатні усвідомлювати свої дії та мають право бути включеними у суспільство за умови безпосередньої участі у відшкодуванні збитків, спричинених злочином.

З точки зору ліберально-правової концепції суспільства громадяни настільки автономні, наскільки це взагалі можливо за мінімального втручання держави. При цьому інтереси особистості, її автономії та інтереси суспільства мають бути врівноважені. Злочини є вкрай небезпечним явищем, злом саме тому, що позбавляють інших людей права автономії. Внаслідок цього основною реакцією суспільства на злочин має бути спроба відновити автономію жертви за рахунок компенсації завданої їй шкоди, але воно не повинно позбавляти правопорушника автономії більше, ніж це необхідно в інтересах потерпілого. Подібне відновлення автономії має сприяти реінтеграції жертви й злочинця у суспільство.

У традиційній каральній системі домінує держава, що зумовлює пасивну роль сторін кримінального конфлікту. Водночас процес відновного правосуддя сприяє активному залученню до нього потерпілих, правопорушників та їхнього оточення. Тільки у цьому випадку стає можливим реальне «дійове каяття», дійсне примирення сторін, відновлення справедливості та відшкодування збитків, завданих злочином.

Як відомо, в основі процедури медіації лежить процес, де жертві (потерпілому) і правопорушнику надається можливість, у разі їхньої згоди, брати активну участь за допомогою

нейтральної третьої сторони (медіатора) у вирішенні низки питань, пов'язаних із конфліктом, зокрема відшкодуванням матеріальних і моральних збитків, що виникли внаслідок скоєного правопорушення.

У ситуації легалізації результатів погоджувальної процедури джерелом права є не норма закону, як це традиційно прийнято вважати, а безпосередні взаємини між людьми, тобто пріоритетне значення набуває комунікативний аспект права, розуміння права як результату діалогу між учасниками суспільних відносин.

Крім того, з урахуванням вирішального значення, яке надається внутрішнім, психологічним механізмам узгодження інтересів правопорушника і потерпілого під час медіації, а також подальшого ухвалення рішення за її результатами, мова може йти і про антропологічне розуміння права, де джерело права знаходиться у міжособистісному спілкуванні й визнанні сторін суб'єктами права, коли відповідні норми формуються в результаті домовленостей і врахування інтересів сторін.

У такому врахуванні інтересів, у свою чергу, виявляється й екзистенціальна характеристика або екзистенціальний аспект існування права через «визнання іншого», визнання самоцінності й повноцінності «існування іншого» та його можливостей.

Безумовно, впровадження відновного правосуддя неможливе без урахування моральних норм, а також ідеальних уявлень і категорій етичного плану, насамперед щодо справедливості, свободи, гідності та честі особи, що, як наслідок, актуалізує і природно-правові підходи до права. Саме досягнення рівноцінної угоди в результаті медіації, компенсація матеріальних і моральних збитків, досягнення ком-

промісу між протилежними сторонами неможливе без уявлень про справедливе, про відчуття справедливості як основного внутрішнього механізму мотивації під час досягнення угоди внаслідок примирення.

Таким чином, джерело права в ситуації відновного правосуддя не в авторитеті влади та її приписів, а в міжособистісному спілкуванні, у певному виді комунікації, коли відповідні норми створюються самими учасниками погоджувальної процедури.

Як результат — угода, що встановлюється, має, і навіть не може не мати для всіх сторін конфлікту і, найголовніше, інституційного авторитету, тобто представників офіційних державних органів, значення правової норми. Правові норми виробляються безпосередньо учасниками конкретної ситуації, у цьому випадку, пов'язаної з процедурою примирення. Після цього відбувається «вбудовування» сформованого таким чином права у діючі офіційні процедурні норми.

Таке відношення до джерел права, для звиклих до нормативістського розуміння права, є досить незвичайним, таким, що викликає у багатьох випадках активне несприйняття та протест.

Прихильникам вузького нормативістського розуміння права іноді важко погодитися з одночасним реальним існуванням різних нормативних порядків (правових систем), які при цьому часто існують тільки за фактом, без офіційного визнання, тобто безпосередньо не передбачених нормами чинного законодавства.

Сприйняттю і визнанню відновного правосуддя перешкоджають і стереотипи, що діють досі стосовно права, обов'язковою ознакою якого, на думку багатьох, мають бути державний примус і репресія. Подібний примус дійсно є необхідним атрибутом тра-

диційного карального правосуддя. У випадку ж відновного правосуддя зовнішній примус замінюється на внутрішньо усвідомлений примус, пов'язаний із прийняттям на себе боргу, повинності, певних зобов'язань стосовно іншої сторони. Слід зауважити, що подібне розуміння примусу, в основі якого — внутрішній автономний закон, також характерне для комунікативного постмодерністського розуміння права.

Крім того, саме усвідомлення існування зобов'язання перед іншим, необхідність його виконання незалежно від зовнішнього примусу, а також усвідомлення наявності в іншій стороні відповідних правомочностей щодо такого виконання, як відомо, згідно з психологічною концепцією права, відрізняє саме право від інших соціально-регулюючих норм. При цьому подібні уявлення і переживання нормативного, правового характеру можуть виникати й існувати незалежно від законодавчо оформлених правових норм.

Три основних вимоги-принципи, на яких має ґрунтуватися право, — стабільність, доцільність і справедливість, — у сучасних цивілізаційних умовах так чи інакше знайшли своє втілення у нормах конституційних та законодавчих актів. Зокрема, природно-правовою за своєю сутністю є норма загальної частини Кримінально-процесуального кодексу України, що визначає як завдання кримінального судочинства охорону прав і законних інтересів осіб, які беруть у ньому участь. Виконанню цього завдання служать і процедури відновного правосуддя. Крім того, зазначені принципи можуть досягатися і реалізовуватися іншими, альтернативними державному примусу і репресіям, способами, одним із найяскравіших з яких і є угода примирення.

В основі альтернативних підходів до права — розуміння того, що поряд із пануючим, пріоритетним існують й інші нормативні порядки, а також усвідомлення їх множинності, тобто множинності різних сторін чи проявів права як соціального явища.

Чинним кримінально-процесуальним законом України за певних обставин допускається як підстава звільнення особи від кримінальної відповідальності та примирення обвинуваченого з потерпілим. Крім того, кримінальні справи приватного обвинувачення, в яких дізнання і досудове слідство взагалі не проводяться, підлягають закриттю, якщо потерпілий примирився з обвинуваченим.

При цьому порядок та умови примирення, можливість залучення професійного посередника (медіатора) у зазначених випадках законодавством не визначені, тобто перебувають поза рамками формалізованих законодавчих норм. Однак у законодавстві відсутня і будь-яка заборона щодо проведення подібної процедури. Тому підстав для її незастосування, несприйняття чи невизнання її результатів в офіційному процесі не існує. Негативна практика заперечення процедур примирення та нібито неможливості їх існування, як прояв моністичного нормативістського розуміння і тлумачення права, суперечить, як уже було сказано, закладеним у чинному законодавстві конституційним принципам судочинства, спрямованим на захист та відновлення порушених кримінальним правопорушенням прав та інтересів особи.

Крім того, на підтримку відновного правосуддя виступає й усвідомлення фактично існуючої, реальної суспільної практики та звичаю, що формується в результаті цієї практики і вирішує досить важливі й актуальні

питання соціального регулювання, пов'язані з улагодженням конфліктів кримінально-правового характеру, що впливають із факту кримінального правопорушення. Подібні звичаї сприяють відновленню соціальних зв'язків, зруйнованих вчиненням злочином. Тобто у подібній ситуації з'являється система правил, створених, на відміну від офіційних і законодавчо оформлених норм, суспільною практикою чи громадською самодіяльністю ніби «знизу». Вони є нічим іншим як проявом звичайного права, що існує в тому чи іншому вигляді у будь-якій правовій системі, у взаємному зв'язку та взаємно доповнюючи формалізоване право.

Поряд із ними діють і відповідні рішення правозастосовних органів (суду, прокурора), що використовують зазначені угоди примирення як підстави для прийняття ключових рішень у кримінальній справі. У такий спосіб створюється нормативна практика, в основі якої знаходиться судовий і, у ширшому контексті, процесуальний прецедент, що вводить елементи відновного правосуддя у реальні правові відносини, ще до того як вони могли б бути передбачені нормами спеціального законодавства. При цьому не слід забувати, що подібні рішення суду, прокурор може приймати, посилаючись на вже існуючі норми загальної частини кримінального і кримінально-процесуального законодавства, які визначають конституційні принципи кримінального судочинства і спрямовані насамперед на забезпечення прав та інтересів учасників процесу.

Таким чином, навіть зараз відсутність в Україні спеціального закону щодо процедур медіації та порядку їх застосування у діючому процесі не перешкоджає формуванню норм відновного правосуддя «спонтанним поряд-

ком», у вигляді створених суспільною практикою, в результаті безпосередньої взаємодії учасників суспільних відносин, норм звичайного права, а також норм прецедентного права, які впроваджують положення відновного правосуддя в існуючий формалізований кримінальний процес.

Подібне право, на відміну від офіційного, належить, на думку Ф. Хайека, до соціальних систем «спонтанного порядку», тобто до систем, що самоорганізуються та саморегулюються. Таке право, як «продукт людської дії», створюється з огляду на практичні потреби, без будь-якого попереднього плану на підставі вільного, спонтанного, самостійного вияву волі учасників суспільних відносин. Воно формується вільним природним шляхом розвитку цих відносин. Офіційне ж право, що належить до систем «свідомого порядку», встановлюється державою за попереднім планом і заздалегідь визначеними цілями у вигляді підпорядкованих один одному нормативно-законодавчих актів [3, 22].

У зв'язку з цим можна вести мову про деформалізацію і десубстанціалізацію норм права, що зумовлює також актуальне значення та пріоритет, крім комунікативного (антропологічного, психологічного) і соціологічного підходу до права. Десубстанціалізація безпосередньо пов'язана з тим, що у разі застосування медіації відбувається відхід від формалізованих процедур, зміст чи субстанція яких встановлюються конкретною нормою кримінально-процесуального закону.

При цьому правозастосовувач, чи то слідчий, чи прокурор, чи суддя, тільки перевіряє і затверджує рішення, ухвалене самими сторонами в рамках погоджувальної процедури. Процес прийняття сторонами такого рішення, що має загальнообов'язко-

вий, правовий характер, перебуває поза його безпосереднім контролем.

Чинний, законодавчо оформлений кримінальний процес орієнтований на одностороннє вирішення спору чи конфлікту на підставі застосування заздалегідь визначеної норми. Він насамперед спрямований на встановлення винуватості правопорушника і призначення покарання за вчинену дію відповідно до передбачених законом норм.

Водночас джерело законності процедури примирення (медіації) за своєю природою не має законодавчого характеру. Легітимність кримінальної медіації не забезпечується таким самим способом, як забезпечується легітимність усіх інших рішень, прийнятих в офіційному кримінальному судочинстві.

Навіть при дотриманні всіх зовнішніх форм і порядку медіації, визначених спеціальним законом, медіація не матиме легітимного значення для ухвалення рішення у кримінальному процесі у випадку, якщо буде встановлено порушення його принципів, в основі яких — автономність, незалежність і добровільність участі сторін, реальне задоволення інтересів потерпілого.

Правосуддя (прокурор на етапі досудового розслідування) гарантує сторонам здійснення процедури, у рамках якої вони виступають як суб'єкти права та безпосередньо створюють у результаті комунікативної взаємодії відповідні норми. При цьому визнання представниками офіційного правосуддя (слідчим, прокурором чи суддею) сторін — учасників процедури примирення як суб'єктів права автоматично визнає за ними право самим, своїми активними, цілеспрямованими діями, за допомогою професійного посередника визначати свої

інтереси, приймати зобов'язання, що мають для інших загальнообов'язкові, правові наслідки, і нести відповідальність за їхнє здійснення. Особливістю при цьому є те, що представники офіційних органів влади, незважаючи на існування визначених законом правомочностей (повноважень), не можуть втручатися або контролювати погоджувальну процедуру, яка проводиться, та приймати за її результатами угоду примирення. Така угода є позаформалізованими рамками законодавства, проте для офіційного правозастосувача також несе в собі нормативність, тобто має правовий характер.

Незалежність контролю над процедурою медіації та оцінкою її результатів належить до компетенції медіатора. Контроль компетентності, етичних якостей самого медіатора і його акредитації має здійснюватися незалежним та позасудовим органом. До компетенції ж правозастосувача, зокрема, судді або прокурора на досудовому слідстві, належить перевірка правової відповідності угоди, досягнутої за результатами медіації. Саме суддя (прокурор), а не посередник застосовує закон.

У процесі примирення посередник і сторони не керуються кримінально-процесуальним законом. Природно, що у разі відсутності спеціального закону про медіацію вони не можуть керуватися і таким законом. Разом із тим сторони медіації мають у своєму розпорядженні суверенне право визнання конкретної нормативності прийнятого рішення. Така нормативність виявляється, по-перше, у можливості звернутися в рамках офіційної кримінальної процедури до медіації як засобу вирішення конфлікту між правопорушником і потерпілим, і по-друге, у загальнообов'язковості прийнятих на її основі процесуальних рішень



для інших учасників правових відносин.

При цьому навіть у разі включення погоджувальної процедури до чинного законодавства і прийняття спеціального закону про медіацію основними його ідеями так чи інакше мають бути здійснення гарантії автономії та незалежності спеціальних служб із проведення процедури медіації, а також гарантії забезпечення автономії та незалежності самої медіації й прийняття за її результатами підсумкової угоди, невтручання у процес примирення будь-якої сторонньої особи чи інституції, зокрема і відповідних державних органів, що також може призводити до певного нерозуміння і неприйняття з боку останніх.

Зміна підходів до розуміння права у випадку відновного правосуддя пов'язана з усвідомленням того, що право може формуватися і формується на дещо інших, ніж традиційно прийнято вважати, концептуальних принципах. Так, принципами, що забезпечують легітимність відновного правосуддя, є: пошук справедливості на основі діалогу, забезпечення верховенства самовизначення сторін, надання центральній ролі під час проведення процедури примирення учасникам конфлікту, їхньої автономності, самостійне визначення індивідуальних потреб і соціальних зобов'язань, відновлення міжособистісних і соціальних зв'язків. Крім того, погоджувальна процедура припускає пріоритет принципів не просто законності, а саме правозаконності, громадськості, наявності горизонтальних і рівноправних відносин між учасниками конфлікту, тобто своєрідних елементів диспозитивності.

Слід зазначити, з огляду на попередній аналіз, що чинне законодавство України навіть нині не перешкоджає

впровадженню елементів процедур відновного правосуддя. Це повністю відповідає основним конституційним принципам і завданням кримінального судочинства, насамперед необхідності охорони прав і законних інтересів осіб, які беруть у ньому участь, що дає можливість уже зараз втілювати елементи медіації у кримінально-процесуальну практику.

Відновне правосуддя, як один із проявів права нового рівня, права нової епохи — епохи «розвинутого» громадянського суспільства, забезпечує дійсну, насправді реальну гуманізацію права. Воно дає можливість здолати штучний поділ (або дуалізм) права на приватне і публічне, вносячи класичні елементи приватного права безпосередньо у відносини, що мали до недавня суто публічно-правовий характер. Узагалі ж, подібний поділ видається на сучасному рівні розвитку цивілізації певним анахронізмом.

При цьому гуманізація відносин забезпечується не за рахунок часто неправосудних за своєю суттю судових рішень, у яких відображається упереджений і необ'єктивний «обвинувальний» чи, навпаки, «виправдувальний» ухил, а через розуміння і взаємне врахування інтересів як потерпілої від злочину сторони, так і правопорушника, взаємне визнання їхнього статусу і положення як потенційно самоцінних та гідних особистостей.

Таким чином, сприйняття можливості вирішення кримінально-правового конфлікту в позаформальному процесуальному порядку, визнання обов'язковості результатів подібного вирішення і зміна зрештою парадигми правосуддя з карального на відновне у своїй основі залежать від зміни самої парадигми права, зміни відносин і підходів до права, його джерел, сутності та способів створення.

## ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Ильин И.* Общее учение о праве и государстве. — М., 2006. — 510 с.
2. *Дюркгейм Э.* О разделении общественного труда. Метод социологии. — М., 1991. — 574 с.
3. *Хайек Ф. А.* Пагубная самонадеянность. — М., 1992. — 304 с.

### **Геселев О. В. Зміна пануючого праворозуміння як обов'язкова умова впровадження відновного правосуддя в Україні (філософсько-правовий аспект)**

**Анотація.** Зміна підходів до розуміння права як основна умова впровадження процедур відновного правосуддя у чинну кримінально-процесуальну практику пов'язана з усвідомленням того, що право може формуватися на інших, ніж це традиційно прийнято вважати, концептуальних засадах. Ними є пошук справедливості на підставі діалогу, автономності та самовизначення сторін, пріоритет правозаконності, наявність рівноправних відносин між учасниками конфлікту. Процедури відновного правосуддя, процес примирення між потерпілим і правопорушником та впровадження його результатів у формалізований кримінальний процес фактично відображають об'єктивне існування різних, альтернативних джерел права, а також різних розуміннь його сутності та визначальних ознак.

**Ключові слова:** відновне правосуддя, процедури примирення, парадигма правосуддя, зміна праворозуміння, альтернативні підходи до права.

### **Геселев А. В. Изменение господствующего правопонимания как обязательное условие внедрения восстановительного правосудия в Украине (философско-правовой аспект)**

**Аннотация.** Изменение подходов к пониманию права как основное условие внедрения процедур восстановительного правосудия в действующую уголовно-процессуальную практику связано с осознанием того, что право может формироваться на иных, чем это традиционно принято полагать, концептуальных принципах. Ими являются поиск справедливости на основании диалога, автономности и самоопределения сторон, приоритет правозаконности, наличие равноправных отношений между участниками конфликта. Процедуры восстановительного правосудия, процесс примирения между потерпевшим и правонарушителем, внедрение его результатов в формализованный уголовный процесс фактически отражают объективное существование разных, альтернативных источников права, а также наличие разных пониманий его сущности и определяющих признаков.

**Ключевые слова:** восстановительное правосудие, процедуры примирения, парадигма правосудия, изменение понимания права, альтернативные подходы к праву.

### **Geselev O. V. Changing the Dominating Understanding of the Law as an Obligatory Condition of Implementing Restorative Justice in Ukraine (philosophic-Legal Aspect)**

**Annotation.** Changing of approaches to understanding of law as a main condition of introduction of procedures of restorative justice in existing criminal judicial practise is related with the awareness, that a law can be formed on other, than it is traditionally accepted to consider, conceptual principles. Such principles is a search of justice on the basis of dialogue, autonomous and self-determination of sides, priority of illegality, presence of equal fair relations between the participants of conflict. Procedures of restorative justice, the process of reconciliation between a victim and offender and introduction of his results in the formalized criminal process actually represents objective existence of different, alternative sources of law, and also presence of the different understandings of his essence and determining signs.

**Key words:** restorative justice, procedures of reconciliation, paradigm of justice, changing of understanding of the law, alternative approaches to the law.

## **МЕХАНІЗМ ПРОЦЕДУРИ ІМПІЧМЕНТУ (теоретичний та практичний досвід)**



**Н. ПАВЛОВСЬКА**

*кандидат юридичних наук,  
докторант докторантури та ад'юнктури  
(Київський національний університет  
внутрішніх справ)*

**Т**ривалість діяльності глави держави, яка містить підстави усунення з поста в порядку імпічменту, що безпосередньо характеризує його статус, відображає існуючий у державі конституційно-правовий режим, впливає на рівень розвитку державної демократії. Підстави припинення виконання повноважень глави держави до закінчення конституційного строку зумовлюються обставинами, які вимагають налагодженого і надійного механізму забезпечення безперервності правління Президентом України. Конституційний Суд України щодо регламентування процедури встановлення стійкої нездатності Президента України через стан здоров'я здійснювати належні йому повноваження зазначив, що визначення відповідного порядку може бути здійснено з дотриманням положень, що впливають із Конституції України, щоб забезпечувалися безперервність і стабільність здійснення повноважень Президента України, виключення чинників, що перешкоджають нормальному функціонуванню інститутів влади [1].

© Н. Павловська, 2010

Механізм процедури імпічменту Президента України не отримав достатньої правової регламентації. По суті, він вичерпується статтями 85 і 111 Конституції України, що, з огляду на стислість конституційних формулювань, є недостатнім для практичного вирішення великої кількості питань, які забезпечують відтворення і наступність владних повноважень Президента України. Як зазначає Н. Бондар, «Конституція і поточне законодавство повинні не нівелювати, а офіційно на нормативно-правовому рівні визнавати сам факт існування незбіжних інтересів, конфліктів і соціальних суперечностей, запропонувати ефективні правові способи їх вирішення» [2].

Питання механізму процедури імпічменту безпосередньо впливають із конституційно-правового статусу Президента України. Процедура імпічменту отримала послідовний аналіз у працях С. Авакяна, Н. Бондаря, В. Виноградова, О. Кутафіна, Ж. Овсепяна, В. Рощина, О. Румянцова, Н. Сахарова, Ю. Скуратова, В. Су-

ворова, Б. Топорніна, В. Туманова, І. Філіппова, В. Чиркіна, О. Шуваєва, Б. Єбзеєва та ін.

Водночас відсутні дослідження, які містять науковий аналіз механізму процедури імпічменту Президента України в системному і взаємопов'язаному вигляді.

Мета статті полягає в системному і розгорнутому аналізі конституційних підстав механізму процедури імпічменту Президента України в їх теоретичній, нормативній та практичній складових, що розкривають історичні аспекти проблеми процедури імпічменту в зарубіжних країнах.

Імпічмент — відсторонення від справ і притягнення до відповідальності вищих посадових осіб держави, що не змогли виконати покладені на них обов'язки [3].

На сьогодні різні джерела трактують визначення «імпічменту» в різноманітних формах. Це і спеціальна парламентська процедура обвинувачення вищих посадових осіб держави у випадках порушення ними законів країни. Це може бути й особливий порядок судочинства у справах про злочини, що скоєні державною елітою. Юридичний словник США дає таке тлумачення: «Імпічмент — це розгляд у квазіполітичному суді кримінальної справи, порушеної проти державного службовця» [4]. Найчастіше імпічмент — це парламентська процедура позбавлення президента недоторканності у зв'язку зі скоєнням ним певного злочину. Вона, як правило, супроводжується усуненням його з посади (посту). Класичним визначенням імпічменту є відсторонення від справ і притягнення до відповідальності вищих посадових осіб держави, які не змогли виконати покладені на них обов'язки [5].

Конституція та конституційне законодавство України також не нада-

ють чіткого визначення терміна «імпічмент». Єдиними підставами для запуску процедури є «вчинення державної зради або іншого злочину» (ч. 1 ст. 111 Конституції України), які підпадають під дію кримінального закону. Процедура імпічменту закінчується відстороненням позбавленого недоторканності Президента України від влади.

У статті 111 Конституції України визначено такий порядок усунення Президента з поста Верховною Радою України:

1. Питання про імпічмент ініціюється більшістю від конституційного складу Верховної Ради України. Для проведення розслідування Верховна Рада України створює спеціальну тимчасову слідчу комісію, до складу якої входить спеціальний прокурор і спеціальні слідчі. Висновки і пропозиції тимчасової слідчої комісії розглядаються на засіданні Верховної Ради України.

2. За наявності підстав Верховна Рада України не менш як двома третинами від її конституційного складу приймає рішення про звинувачення Президента України. Рішення про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту ухвалюється Верховною Радою України не менш як трьома четвертими від її конституційного складу після перевірки справи Конституційним Судом України та отримання його висновку щодо додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про імпічмент і отримання висновку Верховного Суду України про те, що діяння, в яких звинувачується Президент України, містять ознаки державної зради або іншого злочину [6].

Проблема полягає в тому, що усунення президента з посади відбувається фактично до визнання його винним

у суді, як це передбачено тією ж Конституцією України. Сторони не зобов'язані виступати в суді, доводити переконливість своїх аргументів, і, нарешті, відсторонення президента від влади не передує рішенням суду.

Розглянемо умови здійснення механізму процедури імпічменту на прикладі економічно розвинених держав.

В історії США у 1867 р. американський парламент прийняв спеціальний закон, яким президент зобов'язаний був не тільки призначати, а й звільняти вищих посадових осіб лише за згодою сенату. Президент Е. Джонсон розцінив це як замах на його невід'ємне право звільняти членів своєї адміністрації та демонстративно відмовився дотримуватися цього закону. У тому ж році він у порушення положень цього закону про тривалість перебування на посаді звільнив військового міністра Е. Стентона, у результаті чого виникла гостра конфронтація між президентом і Конгресом. Тоді вперше в історії США в Конгресі була задіяна процедура імпічменту щодо Президента. При голосуванні в сенаті не вистачило лише одного голосу для того, щоб усунути Е. Джонсона. У результаті Президенту США вдалося відстояти своє право глави виконавчої влади на звільнення призначених ним міністрів. Прикметно, що через більш як півстоліття — у 1926 р. — Верховний Суд США визнає закон 1867 р., що став підставою для застосування імпічменту, що суперечить Конституції США. Повністю задіяна процедура імпічменту, таким чином, хоча і не досягла мети, на яку розраховували депутати, але, очевидно, сприяла цивілізованому вирішенню конфлікту, що виник [7, 9].

Загалом, у США відбулося 17 подібних процесів. Яскравим прикладом є імпічмент у відношенні Президента США Б. Клінтона (1998–1999 рр.).

11–12 грудня 1998 р. забагато представників з правового комітету Палати висловилися за чотири статті імпічменту, а 19 грудня 1998 р. Президент був підданий імпічменту Палатою парламенту за статтями I та III: обман під обітницею та обструкція. 12 лютого 1999 р. Сенат зняв звинувачення з Б. Клінтона [7, 254]. У 1993 р. Президент Венесуели К. Перес був звинувачений у корупції. Тільки за рік до цього країна пережила дві спроби військового перевороту. Чергова масштабна криза спіткала країну в період президентства К. Переса. В основі кризи була низка чинників: зниження цін на нафту викликало різке скорочення доходів від її продажу, внутрішньополітичний стан країни погіршувався з кожним днем — жорстка неоліберальна програма модернізації, що проводилася кабінетом К. Переса, призвела до різкого падіння рівня життя венесуельців. На цьому фоні корумпованість політичних еліт та її очевидна нездатність вирішити назрілі соціально-економічні проблеми викликала ненависть не тільки у пересічних громадян, а і депутатів. У таких умовах механізм імпічменту спрацював — К. Перес позбувся своєї посади [8].

У Німеччині повноваження Федерального президента прописані у п'ятому розділі Конституції. Важливим для розуміння описуваної процедури є те, що вибори Федерального президента проводяться Федеральними зборами, причому без попередніх дебатів, а також те, що роль Президента в цій країні сконцентрована на представницьких функціях. Його повноваження у разі особистих перешкод для виконання його посади або дострокового звільнення переходять до Голови Бундесрату. Про порядок його усунення від влади йдеться у ст. 61. Бунде-

стаг або Бундесрат може порушити перед Федеральним конституційним судом звинувачення проти Федерального президента в умисному порушенні ним Основного закону чи іншого федерального закону. Пропозиція про порушення звинувачення має бути представлена не менш як чвертю голосів членів Бундестагу або чвертю голосів членів Бундесрату. Для вирішення питання про порушення звинувачення необхідна більшість у дві третини голосів членів Бундестагу або у дві третини голосів членів Бундесрату. Звинувачення підтримується уповноваженим, який висунув звинувачення органу. Якщо Федеральний конституційний суд встановить, що Федеральний президент винен у навмисному порушенні Основного або іншого федерального закону, він може оголосити про усунення Федерального президента з посади. Після порушення звинувачення Федеральний конституційний суд має право тимчасовим розпорядженням постановити, що Федеральний президент не може виконувати своїх посадових функцій. З огляду на реальне значення фігури Федерального президента в житті країни, на практиці відсторонення чинного президента жодного разу не реалізовувалося [7, 284].

У 2003–2004 рр. відбувся перший вдалий імпічмент у Європі — по відношенню до Президента Литви Р. Паксаса. 6 березня 2004 р. у Сеймі імпічмент завершився вдало. Президент Литви Р. Паксас був звинувачений у порушенні Конституції Литви за трьома статтями: надання литовського громадянства українському підприємцю Ю. Борисову, недотримання охорони державної таємниці та протизаконні зусилля вплинути на приватний бізнес. Він був усунутий з поста президента [9].

Президентські обов'язки Президента Північної Кореї Ро Му Хенабулі були припинені 12 травня 2004 р., після того як парламент проголосував за імпічмент Ро Му Хена, посиляючись на порушення ним виборчого законодавства, прорахунки в економічній політиці й корупцію серед членів його кабінету. Але 14 травня 2004 р. Конституційний Суд відхилив резолюцію про відсторонення глави держави з посади [10].

Таким чином, згідно зі ст. 102 Конституції України Президент України є главою держави і виступає від її імені. Президент є гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина. У всьому світі Президент уособлює державну владу, виступає гарантом Конституції — Основного Закону країни. Але ж у нашій державі на сьогодні більшість можливих порушень Конституції України з боку Президента України непокарані в будь-якому правовому сенсі. Вони не утворюють не тільки складів тяжких, а й узагалі кримінальних злочинів, конституційних правопорушень. Так, з одного боку, відповідно до ст. 104 Конституції України при вступі на посаду Президент України приносить народові присягу, в якій чітко зобов'язується «додержуватися Конституції України і законів України», а з другого — за порушення цієї клятви найчастіше йому загрожує, лише гіпотетично, необрання на наступний термін, але ніяк не імпічмент і кримінальне покарання.

Таким чином, маємо ситуацію, коли дії президента, як би ми їх не оцінювали з політичної або моральної точки зору, в рамках діючої системи законодавства не завжди можуть служити підставою для усунення глави держави з посади.

З огляду на це, необхідно чітко визначити науково-практичні пропозиції, що спрямовані на створення необхідної нормативно-правової бази, наприклад, окремого Закону України «Про Президента України», який би

забезпечував реалізацію механізму процедури імпічменту Президента України, визначав та встановлював його відповідальність перед народом України за свої дії та бездіяльність.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Рішення Конституційного Суду України*. — К., 2010. — Т. 3. — С. 596.
2. *Бондар Н. С.* Власть и свобода на весах конституционного правосудия : Защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. — М., 2005. — С. 592.
3. *Сучасний українсько-англійський юридичний словник*. — К., 2007. — С. 632.
4. *Black's Law Dictionary*. — USA. — 1891. — С. 1941.
5. *Колосова Н. М.* Конституционная ответственность : природа, особенности, структура : моногр. — М., 2005. — С. 194.
6. *Конституція України* // [www.zakon.rada.gov.ua](http://www.zakon.rada.gov.ua)
7. *Горшенцова М. С., Закоморна К. О., Ріжка В. О.* Конституційне законодавство зарубіжних країн. — К., 2007. — 544 с.
8. *Баглай М. В., Лейбо Ю. И., Энтина Л. М.* Конституционное право зарубежных стран. — М., 2004. — С. 832.
9. *Клишас А. А.* Конституционный контроль и конституционное правосудие зарубежных стран. — М., 2007. — С. 341.
10. *Ивлев С. В.* Конституционное право Китая, Кореи и Японии. — М., 2008. — С. 211.

#### Павловська Н. В. Механізм процедури імпічменту (теоретичний та практичний досвід)

**Анотація.** У статті розглянуто теоретичні аспекти і розкрито правову природу конституційної процедури імпічменту в сучасних умовах; вивчено загальні питання, що визначають історичні аспекти проблеми процедури імпічменту в зарубіжних країнах. Визначено основні поняття, що зумовлюють актуальність застосування процедури імпічменту в Україні.

**Ключові слова:** процедура імпічменту, конституційно-правова відповідальність, санкція.

#### Павловская Н. В. Механизм процедуры импичмента (теоретический и практический опыт)

**Аннотация.** В статье рассмотрены теоретические аспекты и раскрыта правовая природа конституционной процедуры импичмента в современных условиях; изучены общие вопросы, раскрывающие исторические аспекты проблемы процедуры импичмента в зарубежных странах. Определены основные понятия, обуславливающие актуальность применения процедуры импичмента в Украине.

**Ключевые слова:** процедура импичмента, конституционно-правовая ответственность, санкция.

#### Pavlovskaya N. V. mechanism impeachment (theoretical and practical research)

**Annotation.** At the present article there were examined theoretical aspects and presented legal nature of constitutional procedure of Impeachment at the up-to-date conditions and studied general questions covering historical aspects of Impeachment procedure in foreign countries. There were determined main notions which stipulate topicality of Impeachment procedure use in Ukraine.

**Key words:** impeachment procedure, constitutional and legal responsibility, sanction.

# КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО НА ОХОРОНУ ЗДОРОВ'Я: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ



**А. ПАЗЕНОК**

*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри господарського права і процесу  
Інституту повітряного і космічного права  
та масових комунікацій  
(Національний авіаційний університет)*

**К**онституцією України проголошено людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку найвищою соціальною цінністю. У цьому конституційному приписі передбачено здоров'я як цінність і первинну та вихідну передумову життєдіяльності кожної людини. Тому з-поміж численних прав, котрі передбачає Основний Закон, можна виділити право людини на охорону здоров'я як таке, що гарантує її фізичне існування і є умовою забезпечення здійснення всіх інших прав людини.

Право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування належить до соціальних прав і свобод, які правомірно вважаються найменш дослідженою групою прав, до того ж найскладнішими для правового захисту.

Для реалізації конституційно закріплених основних соціальних прав створено соціально-правовий механізм забезпечення прав і свобод людини — систему засобів і чинників, що забезпечують необхідні умови поваги до всіх основних прав і свобод людини, які є похідними від її гідності. Поняттям «соціально-правовий механізм забезпечення прав людини» підкреслюється,

що правовий механізм — частина соціального і діє з ним у єдності [1].

Утім, як цілком слушно наголошує відомий конституціоналіст О. Фрицький, для реалізації прав та свобод людини необхідно, щоб особа, по-перше, сама бажала цього, і по-друге, мала певний рівень правового виховання і правової культури [2]. Але не менш важливими, на нашу думку, є належні умови, створені державою для реалізації громадянами своїх соціальних прав та свобод. Повністю погоджуючись із професором М. Козюброю, наголосимо, що гарантуюча роль держави у забезпеченні соціальних прав виявляється, головним чином, у створенні належних умов для реалізації людиною цих прав, а точніше — у покладенні на державу обов'язку розробки і здійснення відповідних соціальних програм. Немає потреби доводити, що такі програми зумовлюються економічним потенціалом держави, співвідношенням форм власності, домінуючою в суспільстві соціально-психологічною атмосферою та іншими чинниками [3].

Як уже зазначалось, здоров'я людини визнається в Україні найвищою



соціальною цінністю. Особливої важливості це набуває в умовах швидкого вимирання української нації. Українські науковці стверджують, що темпи вимирання населення в Україні найвищі у світі — п'ять мільйонів українців не стало за останні півтора десятка років. Голова Нацради з питань охорони здоров'я при Президентові України — професор М. Поліщук — стурбований тим, що «надсмертність» притаманна людям працездатного віку. Він каже, що за цими показниками Україна обігнала Європу в чотири рази. Також порівняно з цивілізованими країнами тривалість здорового життя в Україні на 15 років менша [4].

Найбільшою у наш час загрозою для України є «страшна хвороба». За даними Міністерства охорони здоров'я, епідемія СНІДу в Україні є найважчою серед країн Європи та Центральної Азії. Станом на 1 січня 2008 р. за офіційними даними в Україні зареєстровано понад 122 тис. випадків ВІЛ-інфекції серед громадян України, зокрема майже 22,5 тис. випадків захворювання на СНІД та 12,5 тис. випадків смерті від захворювань, зумовлених СНІДом [5].

Усе це викликає занепокоєння і вимагає певного реформування діючої системи охорони здоров'я відповідно до світових стандартів.

Нормативну основу механізму реалізації права на медичне забезпечення переважно містять: Конституція України, Цивільний кодекс, Закон України «Основи законодавства про охорону здоров'я» та інші нормативно-правові акти.

Охорона здоров'я згідно з Конституцією України забезпечується державним фінансуванням відповідних соціально-економічних, медико-санітарних і оздоровчо-профілактичних програм. Такі загальнодержавні про-

грами розробляються і здійснюються Кабінетом Міністрів України. Держава за Конституцією створює умови для ефективного і доступного для всіх громадян медичного обслуговування. У державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно; існуюча мережа таких закладів не може бути скорочена [6].

Зміст права громадян на охорону здоров'я визначається ст. 6 Основ законодавства України про охорону здоров'я. Це право, зокрема, передбачає:

- життєвий рівень, зокрема їжу, одяг, житло, медичний догляд та соціальне обслуговування і забезпечення, який є необхідним для підтримання здоров'я людини;
- безпечне для життя та здоров'я навколишнє природне середовище;
- безпечні та здорові умови праці, навчання, побуту і відпочинку;
- кваліфіковану медико-санітарну допомогу, зокрема вільний вибір лікаря і закладу охорони здоров'я;
- правовий захист від будь-яких незаконних форм дискримінації, пов'язаних зі станом здоров'я;
- відшкодування заподіяної здоров'ю шкоди тощо [7].

Право на охорону здоров'я охоплює систему заходів, спрямованих на забезпечення збереження і розвитку фізіологічних та психологічних функцій, оптимальної працездатності та соціальної активності людини при максимальній біологічно можливій тривалості життя. Фінансування охорони здоров'я здійснюється за рахунок державного бюджету України, бюджету АР Крим, бюджетів місцевого та регіонального самоврядування, фондів медичного страхування, благодійних фондів і через створення та функціонування системи медичного страхування населення [8].

В Україні право на медичне обслуговування реалізується у різний спосіб: створенням розгалуженої мережі закладів охорони здоров'я; наданням усім громадянам гарантованої якісної медико-санітарної допомоги; здійсненням державного і громадського контролю в галузі охорони здоров'я; встановленням відповідальності за порушення прав і законних інтересів та відшкодуванням заподіяної шкоди [7].

У розвинених демократичних країнах, зокрема в Німеччині, право на охорону здоров'я здійснюється виключно шляхом державного загальнообов'язкового або приватного страхування. Розмір страхових внесків залежить від розміру заробітної плати, а також від віку та стану здоров'я застрахованої особи. Частину страхування сплачує роботодавець і вона має становити не менше 60 %. Система загальнообов'язкового страхування на випадок хвороби охоплює таке коло осіб:

- робітники, службовці, учні, які працюють;
- фермери та члени їхніх сімей;
- працівники галузі культури та освіти, публіцисти;
- особи, які працюють у центрах допомоги молоді;
- особи, які здійснюють заходи з реабілітації інвалідів;
- інваліди, які працюють;
- студенти;
- особи, які отримують пенсії із загальнообов'язкового державного страхування.

Відповідно до законодавства Німеччини всі застраховані особи мають право на такі види виплат і послуг: допомога щодо підтримання здоров'я; профілактика захворювань; попередня діагностика захворювань; лікування захворювань.

Матеріальне забезпечення застрахованих осіб здійснюється шляхом

грошових виплат, які надаються на лікування захворювань та поховання. Вартість ліків та інших медичних матеріалів сплачує медична каса.

Аналізуючи стан охорони здоров'я у ФРН, слід зазначити, що нормативною основою реалізації права на охорону здоров'я є Соціальний Кодекс (книга четверта — «Загальні положення про соціальне страхування» та книга п'ята — «Державне медичне страхування»), Закони «Про державну соціальну допомогу», «Про реформування системи охорони здоров'я» тощо.

Реалізація права на охорону здоров'я в цій країні забезпечується укладенням договорів державного і приватного медичного страхування. Більшість осіб користуються послугами більш доступних державних медичних кас (*Krankenkasse*). Державне медичне страхування згідно з § 1, 11 книги V Соціального Кодексу має такі завдання:

- підтримка, відновлення та покращання стану здоров'я застрахованих;
- попередження виникнення захворювань шляхом проведення профілактичної вакцинації населення;
- лікування хворих та вживання необхідних заходів для їх реабілітації;
- допомога в разі вагітності та материнства;
- виплати в разі смерті.

До страхових випадків належать хвороба, смерть, вагітність чи пологи (§ 21 книги I Соціального Кодексу). Громадяни користуються правом вибору форми страхування, а також медичної каси, яких налічується близько 14 різних видів: територіальні (районні) страхові медичні каси (*Ortskrankenkassen*); страхові медичні каси підприємств (*Betriebskrankenkassen*), страхові каси для виплати допомог по хворобі членам союзів (гільдій чи корпорацій) ремісників (*Innungskran-*

*kenkassen*), страхові каси моряків (*SeeKrankenkasse*), страхові каси для членів союзу робітників сільськогосподарської галузі (*landwirtschaftliche Krankenkassen*), федеративне об'єднання (корпорація) робітників гірської галузі (для гірняків та шахтарів), а також додаткові каси медичного страхування для осіб з високими прибутками (*Ersatzkasse*) і приватні каси (*Privatkrankenkasse*).

Державне медичне страхування на данням безкоштовних послуг реально сприяє правам громадян на захист свого здоров'я. До каталогу цих послуг належать:

1) попередження захворювань: щорічний огляд у стоматолога; профілактичні медичні огляди для дорослих та дітей; вакцинація і щеплення; переривання вагітності та стерилізація;

2) безпосереднє лікування: стоматологічне, медичне лікування; необхідні медичні препарати; стаціонарне лікування та проведення операцій; заходи з реабілітації; оплата лікарняних;

3) допомога при вагітності та пологах: медичне обстеження, необхідні аналізи, тести; пологи;

4) в разі смерті — виплати на поховання [9].

У цілому в 2007 р. реалізували своє право на державне страхування близько 70 мільйонів громадян по всій Німеччині [10].

Якщо порівнювати стан забезпечення права на охорону здоров'я в Україні та Німеччині, можна констатувати, що нормативне закріплення зазначеного права існує в обох країнах. Якщо ж говорити про якість медичних послуг, можливість доступу до медичного обслуговування, кількість і кваліфікацію лікарів, то, на жаль, Україна перебуває у менш вигідному становищі.

Почнемо з кількості лікарів, адже це є важливим показником рівня роз-

витку країни. За даними Всесвітньої організації охорони здоров'я (ВООЗ), кількість лікарів у середньому по Європі становить 35 лікарів на 10 тис. населення, в країнах Східної Європи — 31,2. Однією з найбільш «забезпечених» медичними працівниками країн є Німеччина, яка випередила майже всі європейські держави — 281 тисяча практикуючих лікарів працюють на її території, приблизно 33 лікарів на 10 тис. громадян (для порівняння: Франція — 214 тис. лікарів, Італія — 215 тис.) [11].

В Україні цей показник становить 26,5 лікарів на 10 тис. пацієнтів. Варто зауважити, що цей показник був визначений Міністерством охорони здоров'я України (МОЗ), враховуючи загальну кількість лікарів, які працюють у державних, комунальних і приватних закладах охорони здоров'я. Втім, не секрет, що більшість осіб, які потребують медичної допомоги, все ж звертаються до державних медичних установ. І тому на одного «державного» лікаря припадає до 400 пацієнтів. За даними МОЗ, в Україні не вистачає понад 48 тис. лікарів. А в кожній другій зарубіжній країні працює лікар з українським дипломом, оскільки близько шести тис. медичних працівників кожного року від'їжджають за кордон. Через це якість медичної допомоги у державних закладах погіршується, забезпеченість лікарями в деяких галузях становить лише 32–40 %, що є грубим порушенням конституційного права на охорону здоров'я [12].

Продовжуючи аналізувати стан реалізації права на охорону здоров'я, необхідно зазначити, що його сучасний рівень безпосередньо пов'язаний із низьким матеріальним становищем більшості людей, незадовільними умовами праці й побуту, неякісним,

незбалансованим харчуванням, нездоровим способом життя, слабким розвитком фізичної культури, поширенням шкідливих звичок, використанням застарілих, екологічно небезпечних технологій на виробництві, браком ефективних засобів знешкодження шкідливих речовин і захисту від них, техногенним забрудненням навколишнього середовища, а також труднощами адаптації людей до нових соціально-економічних умов та наростанням психологічних стресів. За оцінками фахівців, потреби населення в медичних послугах задовольняються лише на 30 %. Національні програми у галузі охорони здоров'я не виконуються в повному обсязі. Недосконалість механізмів контролю за дотриманням прав людини в галузі охорони здоров'я, юридична безвідповідальність багатьох медичних працівників унеможливають належний захист прав пацієнтів. Громадяни України не завжди мають змогу отримувати своєчасно і на належному рівні медичну допомогу. Це підтверджується і численними зверненнями громадян до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини.

Також важливим недоліком сфери охорони здоров'я є недостатнє фінансування. Витрати на охорону здоров'я в 2007 р. становили 3,6 млрд грн, що становить 3,5 % ВВП, тобто приблизно 40 доларів США на душу населення. При цьому ВООЗ наголошує, що при витратах на охорону здоров'я менше ніж 5 % ВВП галузь стає не тільки неефективною, а й узагалі непрацездатною. Для порівняння — витрати на охорону здоров'я у Німеччині становлять від 9 % до 10 % ВВП.

Таким чином, є достатньо підстав стверджувати, що стан реалізації та дотримання гарантованого Конституцією України права на охорону здоров'я сьогодні є незадовільним.

Однією з головних причин є те, що за умов нестабільної економіки та світової фінансової кризи обсяг державних витрат на охорону здоров'я не збільшується, завдяки чому державні медичні установи стикаються з проблемами нестачі найнеобхідніших ліків і обладнання, а також із відсутністю коштів на заробітну плату персоналу.

Тому вкрай необхідно розробити та запровадити державні соціальні стандарти у галузі охорони здоров'я, забезпечити стабільні джерела фінансування, визначити перелік основних лікарських засобів як базових для забезпечення населення ліками в межах державної соціальної програми в системі охорони здоров'я, а надалі — у межах державного обов'язкового медичного страхування.

Важливим на цьому етапі, на нашу думку, є прийняття Закону «Про загальнообов'язкове державне медичне страхування» (користуючись досвідом європейських країн), що дасть змогу перейти від системи виключно бюджетного фінансування охорони здоров'я до нової бюджетно-страхової моделі охорони здоров'я, що базуватиметься на соціальному страхуванні. Така система фінансується цільовими страховими внесками роботодавців, фондів соціального страхування, держави, а також за рахунок бюджетних коштів [13]. Прийняття зазначеного закону допоможе здійснити глибоку внутрішню перебудову національної системи охорони здоров'я. Впровадження загальнообов'язкового державного соціального медичного страхування передбачає відхід від залишкового методу формування ресурсів галузі, поєднання бюджетних і позабюджетних коштів, гармонійний розвиток закладів охорони здоров'я різних форм власності.

### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Bultman* Peter Friedrich. Öffentliches Recht für Wirtschaftswissenschaftler : Verfassungs- und Verwaltungsrechtsökonomik. — Berlin, 2002 — 326 s. — P. 81–82.
2. *Фрицький О. Ф.* Конституційне право України : підруч. — К., 2002. — 536 с. — С. 178.
3. *Козюбра М.* Теоретико-методологічні аспекти прав людини // Український часопис прав людини. — 1997. — № 3–4. — С. 9–10.
4. *Україна є першою у світі за вимиранням* // www.bbc.co.uk
5. Аналітика Міністерства охорони здоров'я України // www.moz.gov.ua
6. *Коментар* до Конституції України / Інститут законодавства Верховної Ради України. — 2-ге вид., виправл. і допов. — К., 1998. — 412 с. — С. 125.
7. *Про основи законодавства про охорону здоров'я* : Закон України від 19 листопада 1992 р. // www.rada.gov.ua
8. *Юридична* енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К., 1998. — Т. 5. — 2003. — 736 с. — С. 23.
9. *Zamowka B.* Fachkunde. Sozialversicherungs-fachangestellte. — 5. Auflage. — Bildungsverlag EINS GmbH, 2002. — 125 s. — P. 74.
10. *Aktuell* 2008. Das Jahrbuch — Harenberg Lexikon Verlag, Mannheim 2007. — 848 s. — S. 286.
11. *Найбільше* лікарів працюють в Німеччині // www.rate1.com.ua
12. *Карпачова Н. І.* Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні : Перша щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. — 2-ге вид.— Х., 2001. — 464 с. — С. 381.
13. *Проект* закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування // www.portal.rada.gov.ua

#### **Пазенок А. С. Конституційне право на охорону здоров'я: сучасний стан та перспективи розвитку**

**Анотація.** У статті здійснено загальнотеоретичний аналіз конституційного права людини на охорону здоров'я та охарактеризовано законодавче забезпечення цього права в Україні. Проведено дослідження стану забезпечення та реалізації зазначеного права в Україні та країнах Європейського Союзу, зокрема в Німеччині.

**Ключові слова:** конституційні права, право на охорону здоров'я, медичне забезпечення, добровільне медичне страхування.

#### **Пазенок А. С. Конституционное право на здравоохранение: современное состояние и перспективы развития**

**Аннотация.** Статья посвящена общетеоретическому анализу конституционного права человека на здравоохранение и законодательному обеспечению этого права в Украине. Проведено исследование по обеспечению и реализации указанного права в Украине и странах Европейского Союза, в частности, Германии.

**Ключевые слова:** конституционные права, право на здравоохранение, медицинское обеспечение, добровольное медицинское страхование.

#### **Pazenok A. S. Constitutional right to health protection: current status and development prospects**

**Annotation.** This article is devoted to the theoretical-juridical analysis of the human right to health protection and the characteristic of the legislative securing of this right in Ukraine. The place and the role of the right to health protection are defined in the legal status of the man and the citizen in Ukraine and in comparison with that of Germany.

**Key words:** constitutional rights, health-care, human right to health protection, medical insurance.

## ПОНЯТТЯ ПРИНЦИПУ ЗМАГАЛЬНОСТІ У СУДОВОМУ ПРОЦЕСІ



**С. ЛУНІН**

*голова Апеляційного суду  
Автономної Республіки Крим*

Уперше за всю історію України в її основному документі — Конституції України ст. 129 визначені основні засади судочинства [1]. За своєю юридичною сутністю основні засади судочинства — це його конституційні, міжгалузеві принципи, які мають фундаментальний характер для різних видів судочинства: цивільного, кримінального, адміністративного, у господарських справах.

Зазначаючи у ч. 4 ст. 129 Основного Закону держави, що законом можуть бути визнані й інші засади судочинства, конституцієдавець таким чином закріпив норму про те, що засадами судочинства можуть бути лише ті, що передбачені законом. Усі інші ідеї, навіть високоморальні, надзвичайно важливі, але не закріплені в законі, не можуть бути керівними, обов'язковими для виконання.

За словами українського правознавця В. Тертишника, знання засад судочинства сприяє правильному розумінню змісту інших правових норм [2].

Усі засади судочинства у межах цілісної системи органічно й нероз-

ривно пов'язані як з усією системою, так і з рештою засад, взаємодіють між собою і порушення будь-якої з них призводить, як правило, до порушення інших засад і тим самим до порушення законності при провадженні у справі загалом. За твердженням професора В. Малярєнка, недодержання хоча б однієї із засад кримінального судочинства тягне за собою скасування постановлених у справі рішень.

Такої ж думки дотримуються і відомі правознавці В. Комаров та Н. Сібільова, які стверджують, що при здійсненні судочинства конституційні засади не допускають ніяких винятків, їм притаманна найбільша стабільність. Невиконання приписів процесуальних норм, що містяться у процесуальному законодавстві та ґрунтуються на конституційних засадах судочинства, визнається безумовною підставою скасування судових рішень і пов'язується з суттєвим порушенням судових процедур, які здебільшого не сумісні з правом на судовий захист та унеможливають належну його реалізацію [3].

У 1996 р. змагальність сторін у судовому процесі, як одна із основних засад судочинства, отримала конституційне закріплення, хоча термін «змагальність сторін» привертав увагу багатьох вчених-процесуалістів і раніше. Однак, незважаючи на те, що цей принцип загальновідомий, виникає потреба в його ґрунтовному дослідженні з метою більш повного з'ясування змісту цього поняття.

Тому актуальними сьогодні виявилися слова відомого російського юриста і громадського діяча К. Победоносцева, який наприкінці ХІХ ст. писав, що у нас у багатьох випадках зовсім забулось поняття про те, що суд є змаганням двох сторін і що неможливо задовольнити одну сторону, не вислухавши другої. Яким би простим не здавалося це поняття, воно не було присутнім у свідомості багатьох суддів, яким би беззаперечним не було це правило, воно порушувалось щоденно і несвідомо, і тому судові рішення нерідко набувало вигляду випадкової дії й тягнуло за собою нові непорозуміння. Оживити у свідомості названу корінну засаду будь-якого суду і поставити її так, щоб вона і на майбутнє була непорушною, щоб складала абетку правосуддя, без якої не можна зробити і кроку, — вже це одне становить для нас значний набуток [4].

Європейський суд з прав людини у Регламенті Суду опосередковано говорить про свій судовий процес як про процес, побудований на принципах змагальності.

Це впливає з того, що суть принципу змагальності сторін у судовому процесі у своєму звичному уявленні полягає в тому, що правовий спір ведуть між собою дві сторони — позивач і відповідач у цивільних правовідносинах та обвинувачення і захист у кримінальних. За результатами такого

спору суд має зробити у відповідних судових актах офіційні висновки про те, що стверджуване стороною на підтримання своєї позиції є більш імовірним, аніж заперечення цього.

Принцип змагальності сторін найбільше реалізовано у цивільному судовому процесі, де домінуюча роль держави порівняно з кримінальним процесом є набагато меншою, з огляду на особливості правовідносин між суб'єктами цивільних відносин, а не на прагнення держави чи суспільства, як залишкова ознака ленінського вчення про посилення впливу держави в «приватноправові відносини», у цивільні справи [5]. Тому цей принцип вважається безпроблемним і без особливих труднощів аналізувався в науковій та навчальній літературі радянської та пострадянської доби [6]. Однак необхідно також взяти до уваги, що законодавчого визначення терміна «змагальність» не існує.

Змагальністю, як вважає професор М. Штефан, визначається весь процес відбору, подання, витребування, залучення тощо фактичного матеріалу, необхідного для вирішення судом справи. Встановлюються форми, методи і способи дослідження цього матеріалу, процесуальна діяльність суб'єктів доказування, її послідовність і правові наслідки. Утвердження своїх міркувань і оспорювання доказів, міркувань та заперечень другої сторони визначають зовнішню форму цивільного процесу, надаючи йому змагального вигляду — боротьби, змагання сторін перед судом. Отже, змагальність характеризується широкою можливістю сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, визначати і використовувати в доказовій діяльності передбачені Цивільним процесуальним кодексом необхідні процесуальні засоби, фактичні дані й докази, що їх підтверджують [7].

За ствердженням російського науковця, професора А. Клейнмана змагальністю є те, що: а) кожна особа, яка бере участь у справі, має право давати пояснення, заперечення, заявляти клопотання, доводити свою правоту шляхом надання суду доказів, висловлювати судження по суті справи; б) прокурор має право доводити обставини справи та надавати суду висновки як з окремих питань, так і по суті справи; в) суд має право збирати докази за своєю ініціативою з метою встановлення об'єктивної істини [8].

Правознавець В. Семенов заперечує наявність принципу змагальності як самостійного принципу цивільного судочинства. Він вважає, що у цивільному процесі існує принцип процесуальної рівності сторін в умовах змагальної форми судочинства, суть якого полягає в зумовлених законом рівних можливостях сторін реально використовувати процесуальні засоби захисту своїх прав й інтересів у змагальних умовах у порядку процесуальної діяльності [9].

На думку професора В. Півненка, змагальність – не засада кримінального судочинства, а лише гарантія реалізації принципу всебічного, повного і об'єктивного дослідження справи у суді [10].

Професор І. Марочкін говорить, що змагальність у судовому процесі вимагає, щоб суб'єкти обвинувачення й захисту, цивільний позивач і цивільний відповідач мали однакову можливість переконати суд у своїй правоті [11].

Погоджуючись із такою думкою, вважаємо, що говорити про однакову можливість обвинувачення і захисту щодо переконання суду у своїй правоті можна лише на стадії судового кримінального процесу, оскільки можливості, наприклад, на досудовій

стадії кримінального процесу, зокрема, у збиранні доказів, у обвинувачення і в захисту різні. Це зумовлено тим, що в ролі обвинувача завжди виступає держава, тоді як у ролі захисника виступає, у кращому випадку, громадська організація в особі адвоката. Тому можна говорити про змагальність обвинувачення і захисту в повному розумінні цього слова лише в судовому процесі. Для підтвердження цієї тези ми посилаємося на ст. 16<sup>1</sup> Кримінально-процесуального кодексу України (КПК), в якій зазначено, що розгляд справ у судах відбувається на засадах змагальності [12].

Ні про яку змагальність на стадіях досудового слідства у цій статті не йдеться. З огляду на це, не регламентований законодавцем і не виключений до прав сторін процес відбору (збирання) доказів на засадах змагальності. Так, згідно з положеннями ч. 5 ст. 114 КПК, постанови слідчого (сторони обвинувачення), винесені відповідно до закону у кримінальній справі, яка перебуває в його провадженні, є обов'язковими для виконання усіма підприємствами, установами і організаціями, посадовими особами і громадянами.

Щодо сторони захисту, то ми можемо звернутися лише до Закону України «Про адвокатуру» [13]. Але він не передбачає обов'язковості для юридичних чи фізичних осіб виконувати будь-які запити адвоката, хіба що за винятком отримання відповідей від посадових осіб.

Не можна порівнювати права особи, яка перебуває під вартою, ні фактично, ні юридично з правами сторони обвинувачення, яка виконує функцію кримінального переслідування, є представником влади та відповідає за хід і результати боротьби зі злочинністю, хоча на практиці на стадії досу-



дового слідства функції обвинувачення і функції захисту виконує одна й та ж особа.

Так, частина 1 ст. 22 КПК зобов'язує прокурора, слідчого і особу, яка провадить дізнання, вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують і обтяжують його відповідальність. Але ж загальновідомо, що пошук доказів та виявлення обставин, що виправдовують обвинуваченого чи пом'якшують його вину, належать до компетенції захисту. Ми вважаємо, що виконання однією особою функцій обвинувачення і захисту завжди дає суб'єктивний результат, тим більше що, наприклад, прокурор, здійснюючи нагляд, вживає заходів до узгодження дій правоохоронних органів у боротьбі зі злочинністю [14], тобто прокурор, координуючи роботу досудового слідства нормами законодавства, поставлений у такі межі, що вся його діяльність спрямована на одну мету — боротьбу зі злочинністю, за що він несе персональну відповідальність. Тому можливі випадки, коли виправдовувальні або пом'якшувальні обставини просто ігнорують або ж приховують.

Тому не можна погодитися з думкою О. Мохонько, яка вважає, що принцип змагальності притаманний усім стадіям кримінального процесу (досудове слідство, розгляд справи в апеляційній та касаційній інстанціях) [15]. Та й сам КПК говорить про змагальність лише у судовому кримінальному процесі, тобто у суді першої, апеляційної та касаційної інстанцій [16].

Статтею 261 КПК чітко встановлено рівні права для сторони обвинувачення і сторони захисту, але лише на:

заявлення відводів і клопотань; подання доказів; участь їх у дослідженні та доведення їх переконливості; виступ у судових дебатах; оскарження процесуальних рішень суду.

Сучасні російські процесуалісти О. Александров та А. Стуліков вважають, що судове змагання — річ жорстока і перемагає в ньому сильніший. Тому до суду вони радять йти з готовністю «розірвати» процесуального супротивника або ж не йти туди взагалі [17]. Під силою вони розуміють обсяг знань права.

Тому недарма п. 4 ст. 129 Конституції України змагальність сторін прямо пов'язує зі свободою в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості.

Фактично будь-яке рішення суду, за незначним винятком, наприклад, стягнення аліментів на утримання неповнолітніх дітей, ґрунтується на доказах. Тільки за їх допомогою можна встановити факт порушення матеріального права та правильне застосування відповідних статей процесуальних кодексів. Немає доказів — не можна говорити про порушення права, а оскільки немає порушення права — відповідно немає і судового процесу. Тому саме докази у судовій справі незалежно від юрисдикції суду — це основа будь-якого судового процесу, і вони мають ґрунтуватися виключно на принципах законності, належності, допустимості, а їх оцінка має вирішальне значення при розгляді правового спору.

Сторони надають суду всі відомі їм дані про юридичні факти у справі, що становлять предмет доказування, а також докази, якими ці факти підтверджуються. Так, процесуальне законодавство зобов'язує кожную сторону довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і за-

перечень (ст. 60 ЦПК; ст. 71 КАС; ст. 33 ГПК). Так само сторонам надано право ознайомлюватися з матеріалами справи, брати участь у судових засіданнях, подавати докази і брати участь у їх дослідженні, давати суду усні й письмові пояснення, подавати свої докази, міркування та заперечення тощо (ст. 261 КПК; ст. 27 ЦПК; статті 49, 51 КАС; ст. 22 ГПК), що відповідає принципу змагальності сторін у судовому процесі, який ґрунтується, зокрема, на праві сторін на свій розсуд розпоряджатися фактичним матеріалом у судовому процесі.

В українському судочинстві змагальність сторін доповнюється активною участю суду, яка зумовлюється обов'язком встановити об'єктивну істину в справі. Активна участь суду виявляється в остаточному визначенні предмета доказування, збиранні за власною ініціативою необхідних доказів та й їх дослідженні [18].

Водночас, на нашу думку, говорити про головну, позитивну роль суду у змагальному судовому процесі й про те, що змагальна форма процесу забезпечується активним процесуальним становищем суду, який зобов'язаний не лише сприяти сторонам у збиранні належних доказів, а інколи і за власною ініціативою забезпечувати збирання доказів для виконання вимог закону про повноту встановлення нібито дійсних обставин (ст. 66 КПК; ст. 71 КАС; ст. 38 ГПК), не можна, оскільки за таких умов суд будь-якого рівня або суддю можна звинуватити в упередженості та наданні переваги одній із сторін.

Це чітко простежується у положеннях ч. 5 ст. 71 КАС України, в якій зазначено, що «суд може збирати докази з власної ініціативи» [19]. На чийй стороні в такому випадку виступає суд? Адже позивач, надаючи суду фактичні

матеріали та докази, якими ці матеріали підтверджуються, вважає, що наданого цілком достатньо для вирішення правового спору. Так само чинить і відповідач, збираючи фактичний матеріал та належні докази для спростування доказів позивача. Тому саме протилежність інтересів сторін найкраще забезпечить повноту надання суду фактичного матеріалу. У цьому випадку сторони перебувають у рівних процесуальних умовах і будь-яке втручання суду беззаперечно порушить цю правову рівновагу.

На нашу думку, у випадку коли суд за власною ініціативою збирає докази, він стає суб'єктом доказування, фактично ще одною стороною судового процесу, яка буде відстоювати свою думку, а отже, є підстава ставити під сумнів об'єктивність та неупередженість суду.

Усунення суду від невласливої йому функції збирання доказів зовсім не означає зниження його ролі в судочинстві взагалі. Навпаки, роль суду в проведенні дійсно змагального процесу зросте і певною мірою навіть ускладниться.

Так, навіть нині, за наявності чинного процесуального законодавства, можна говорити, що реалізація судом обов'язку щодо створення особам, які беруть участь у справі, умов для всебічного, справедливого, повного й об'єктивного з'ясування обставин справи, здійснюється через конкретні процесуальні дії: роз'яснення їх прав та обов'язків; попередження про наслідки вчинення чи невчинення процесуальних дій; сприяння у здійсненні їх прав за їх клопотанням, зокрема у витребуванні доказів; на основі аналізу норм матеріального права — визначення обставин, які мають значення для справи і підлягають доказуванню; розподіл між сторонами тягаря

доказування тощо. Саме при реалізації своїх процесуальних обов'язків простежується правова активність суду. До того ж слід мати на увазі, що поняття справедливого розгляду справи вимагає дотримання принципу рівних засобів, тобто процесуальної рівності між сторонами.

Ми вважаємо, що на сьогодні тільки положення ЦПК України в основному відповідають приписам п. 4 ч. 3 ст. 129 Конституції України, де суду відведена роль не збирача доказів, а їх правового оцінювача, в той час коли інші процесуальні кодекси потребують ґрунтовного перегляду в частині, що стосується змагальності сторін.

Характерними ознаками змагального процесу є: а) наявність сторін із протилежними матеріально-правовими інтересами; б) наділення їх рівними процесуальними правами; в) наявність незалежного від сторін юрисдикційного органу, завданням якого є вирішення правового спору. Поєднання зазначених трьох ознак вказує на те, що сторони і суд виконують зовсім різні функції. У разі їх перерозподілу чи суміщення змінюється і тип самого судового процесу. Наприклад, якщо функцію доказування покласти на суд, то змагальний процес перестане бути саме змагальним і трансформується у слідчий. Тому можна говорити про те, що ще однією ознакою змагальності сторін є процесуальне розмежування прав та обов'язків сторін і суду та належне їх дотримання усіма учасниками судового процесу.

На нашу думку, обвинувальний висновок у кримінальній справі та позов у цивільній — це документ, виражений у письмовій процесуальній формі, що містить вимогу сторони об-

винувачення до сторони захисту або позивача до відповідача, звернений через суд, з метою справедливої/законної сатисфакції або вирішення правового спору, який виник у зв'язку з невиконанням, неналежним виконанням, перешкоджанням у виконанні обумовлених прав чи обов'язків і є процесуальною підставою для початку провадження у справі у суді, що набуває статусу змагального за умови, коли факти, докази, правова позиція доведені до відома другої сторони і на них отримані відповіді.

З точки зору сторони захисту чи сторони відповідача під змагальністю вбачається надання суду у письмовій чи іншій матеріальній формі процесуально обґрунтованих відповідей/заперечень проти всіх фактів, доказів та правового обґрунтування обвинувачення/позовних вимог, та обстоювання у процесуальному порядку своїх або представлюваних прав та законних інтересів. Для суду змагальність сторін є тією підставою, реалізація якої при всебічному, повному та об'єктивному з'ясуванні судом усіх обставин судової справи дає змогу ухвалити законне, обґрунтоване і справедливе рішення. При цьому суду має бути дозволено лише спрямовувати і доповнювати діяльність сторін, але за жодних обставин не підмінити їх.

Зважаючи на такі міркування, можна дійти висновку, що змагальність сторін — це встановлена законом можливість реалізації та практична реалізація наданих їм процесуальних прав при безумовному виконанні покладених на них процесуальних обов'язків на всіх стадіях судового процесу за участю компетентного суду.

## ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. : офіц. вид. — К., 2006. — 224 с.
2. Тертышник В. М. Уголовный процесс. — Харьков, 1997. — С. 26.
3. Комаров В. В., Сібіллова Н. В. Конституція України : наук.-практ. комент. / В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін та ін. ; редкол. В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Грошевий та ін. — Х., 2003. — 808 с. — С. 633–654.
4. Победоносцев К. П. Передовые статьи о судебной реформе // Соч. — СПб., 1996. — С. 36.
5. Ленин В. И. Соч. — Т. 44. — С. 412.
6. Грошевий Ю. М. Проблемі удосконалення законодавства, що регулює кримінально-процесуальну діяльність // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2 (33) — № 3 (34); Маляренко В. Т. Змагальність сторін у кримінальному судочинстві // Вісник прокуратури. — 2003. — № 1 (19); Ніколенко Л. М. Взаємозв'язок принципів змагальності, диспозитивності та процесуальної рівності учасників у господарському судочинстві // Підприємництво, господарство і право. — 2008. — № 10; Письменний Д. П. Реалізація функції захисту у чинному Кримінально-процесуальному кодексі України / Доповіді учасників міжнародної конференції «Організація адвокатури і надання правової допомоги в демократичному суспільстві». — К., 2002; Семенов В. М. Конституционные принципы гражданского судопроизводства. — М., 1982. — С. 152.
7. Штефан М. Й. Цивільний процес. — К., 1997. — С. 38.
8. Советский гражданский процесс / под ред. проф. А. Ф. Клеймана. — М., 1964. — С. 29. — Ст. — 453.
9. Семенов В. М. Конституционные принципы гражданского судопроизводства. — М., 1982. — 152 с. — С. 122–125.
10. Півненко В. Щодо принципу змагальності у кримінальному судочинстві // Вісник прокуратури. — 2006. — № 5 (59). — С. 73–77.
11. Організація судових та правоохоронних органів : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / І. Є. Марочкін, Н. В. Сібіллова, В. П. Тихий та ін. / за ред. І. Є. Марочкіна, Н. В. Сібіллової. — Х., 2008. — 528 с. — С. 84.
12. Кримінально-процесуальний кодекс України : Наук.-практ. комент. / за заг. ред. В. Т. Маляренка, В. Г. Гончаренка. — 3-тє вид. переробл. та допов. — К., 2006. — 890 с.
13. Про адвокатуру : Закон України // Голос України. — 1993. — 29 січ.
14. Частина 3 статті 29 Закону України «Про прокуратуру» // Голос України. — 1991. — 11 груд.
15. Мохонько О. Роль і місце принципу змагальності у системі принципів кримінально-процесуального права // Підприємництво, господарство і право. — 2007. — № 1. — С. 120–123.
16. <http://zakon.rada.gov.ua>
17. Александров А. С., Стуликов А. Н. Судебные доказательства и доказывание по уголовным делам : лекции / А. С. Александров, А. Н. Стуликов : учеб. изд. — Нижний Новгород, 2002. — 188 с. — С. 8.
18. Порівняльне судове право : підруч. / М. М. Михеєнко, В. В. Молдован, Л. К. Радзівська. — К., 1993. — С. 163–164.
19. Кодекс адміністративного судочинства України : офіц. текст станом на 1 серп. 2006 р. — К., 2006.

**Луїнін С. В. Поняття принципу змагальності у судовому процесі**

**Анотація.** У статті досліджується одна з конституційних засад судочинства — змагальність сторін. Автор розглядає участь сторін у судовому змагальному процесі, а також місце і роль у ньому суду, на підставі чого дано визначення змагальності сторін.

**Ключові слова:** засада змагальності, принцип змагальності, змагальність сторін, змагальний процес, правова активність суду.

**Луїнін С. В. Понятие принципа состязательности в судебном процессе**

**Аннотация.** В статье исследуется одна из конституционных основ судопроизводства — состязательность сторон. Автор рассматривает участие сторон в судебном состязательном процессе, а также место и роль в нем суда, на основании чего дано определение состязательности сторон.

**Ключевые слова:** принцип состязательности, состязательность сторон, состязательный процесс, правовая активность суда.

**Lunin S. V. The notion of adversary principle in the judicial process**

**Annotation.** In his article, the author addresses one of the constitutional principles of justice, i.e. the principle of adversarial trial. He analyses the role of parties in adversarial proceedings, as well as place and role of the court therein. On this basis, the author interprets and formulates the notion of the principle of adversarial trial.

**Key words:** the adversary theory, adversary principle, competitiveness of parties, adversarial proceedings, legal operation of the court.

## УКРАЇНСЬКА АДВОКАТУРА: В ОЧІКУВАННІ ВЧОРАШНЬОГО ДНЯ



**С. САФУЛЬКО**  
*адвокат, член Вищої ради юстиції,  
заслужений юрист України*

У кожної професії — своя історична доля. У першій декаді XXI ст. українська адвокатура зі своєю долею ще не визначилась. Вона розвинулась на початку 90-х років XX ст., проте стати самодостатнім явищем так і не змогла. Така доля не лише в адвокатури. Суспільство, яке роздирають суперечності економічні, історичні, ідеологічні, навряд чи може найближчим часом похвалитися високим рівнем адвокатури.

Упродовж останніх 5–7 років в українській адвокатури ведуться дискусії щодо її «реформування», але кожен розуміє це «реформування» по-своєму. Про нього заговорили і далі розмов справа поки що не зрушилась. Немає чіткого усвідомлення того, що саме у цьому суспільному інституті слід реформувати, як саме, кому і коли. Саме значення цієї професії є дуже розмитим, а спроби ідентифікації адвокатури є дещо невдалими. Наявні нині у Верховній Раді чотири проекти законів щодо адвокатури є яскравим підтвердженням того, що кожен хоче приміряти на себе цю «світ-

ку», але чи вийде з цієї комбінації щось ладне — сказати неможливо.

Ознайомившись із «дітищем» шановних авторів законопроектів, слід наголосити: адвокатура у небезпеці, її вперто тягнуть у вчорашній день, назад у СРСР. Є декілька, на мою думку, найбільючіших «ран» на тілі адвокатури, які очікують і потребують змін щонайшвидше і щонайприскіпливіше.

Насамперед — нормативна база української адвокатури.

Традиційно в усіх джерелах, коли йде мова про українську адвокатуру і її нормодостатність, найперше називають Конституцію України від 28 червня 1996 р. як акт найвищої юридичної сили, що адвокатуру «врегульовує» [1]. Закон України «Про адвокатуру» від 19 грудня 1992 р. № 2887-ХІІ, інші закони, постанови уряду, рішення органів адвокатського самоврядування є актами другого ряду. І це закономірно, позаяк саме Конституція визначає ключові засади суспільного ладу, права та обов'язки і є основою для розвитку законодавства. Кожен інший нормативний акт має її відповідати, ґрунтуватись на ній [2, 26].

Чинна Конституція України аж надто скупо «регулює» адвокатуру. Одна ст. 59 безпосередньо стосується адвокатури, інші (статті 92, 131) лише побічно її згадують. Нагадаємо зміст ст. 59 Конституції України:

«Кожен має право на правову допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав.

Для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура».

Перше, на що звертаємо увагу, — це те, що конституційна норма «кожен вільний у виборі захисника своїх прав» нівелює положення ч. 2 ст. 59 Конституції України про те, що для надання правової допомоги діє саме адвокатура.

Редакція ж ч. 2 ст. 59 Конституції України: «...при вирішенні справ у судах та інших державних органах» мимоволі перетворює адвокатуру й адвокатів у «рішал», а не правозахисників, позаяк адвокати «справ не вирішують», а представляють (захищають) інтереси, права та свободи суб'єктів, щодо яких уповноваженими органами справи розглядаються і вирішуються. Тому, на нашу думку, редакція цього речення має бути такою: «...при вирішенні справ судами та іншими державними органами адвокатами надається правова допомога».

Відомо, що саме ч. 1 ст. 59 Конституції України відіграла в історії української адвокатури свою «демонічну» роль і стала для Конституційного Суду України підставою для прийняття так званого рішення у справі Г. Солдатова. Розглянувши конституційне звернення громадянина Г. Солдатова щодо офіційного тлу-

мачення положень ст. 59 Конституції України, ст. 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника), Конституційний Суд України в Рішенні від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 зазначив таке:

«1. Положення частини першої статті 59 Конституції України про те, що «кожен є вільним у виборі захисника своїх прав», в аспекті конституційного звернення громадянина Солдатова Г. І. треба розуміти як конституційне право підозрюваного, обвинуваченого і підсудного при захисті від обвинувачення та особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, з метою отримання правової допомоги вибирати захисником своїх прав особу, яка є фахівцем у галузі права і за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи.

2. Положення частини другої статті 59 Конституції України про те, що «для забезпечення права на захист від обвинувачення... в Україні діє адвокатура», треба розуміти як одну із конституційних гарантій, що надає підозрюваному, обвинуваченому і підсудному можливість реалізувати своє право вільно вибирати захисником у кримінальному судочинстві адвоката — особу, яка має право на заняття адвокатською діяльністю» [3].

Таке ж праворозуміння адвокатури пропонують і автори новітніх проектів української Конституції. Екс-президент України В. Ющенко в оприлюдненому проекті Конституції України від 31 березня 2009 р. [4] у ст. 63 дослівно повторює нинішню редакцію ст. 59 Конституції, зокрема і сакраментальну норму «кожен вільний у виборі

захисника своїх прав», а це означає, що суспільний статус адвокатури не змінюється і змінювати його не збираються.

Звісно, що в Конституції не може бути детально врегульований будь-який суспільний інститут. Адвокатура не є винятком. Однак, якщо ми констатуємо, що саме адвокатура існує (діє) для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги, то очевидно, що в одній нормі обмежувати його (це право) не слід. Тим більше, враховуючи гіркий досвід реалізації Рішення Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 р. у справі Г. Солдатова. Але автори проектів Конституцій щодо адвокатури готують їй ту саму роль, провокуючи професійні конфлікти усередині адвокатури, безлад і бездіяльність у ній і навколо неї. Ця норма Конституції та рішення Конституційного Суду стимулюють загрозу асиміляції адвокатури як професії. Уже нині її оригінальні ознаки, власне, є розмитими, тоді як у разі уніфікації професій, при масовому і непрофесійному підході, це загрожує повною втратою пам'яті про адвокатуру. Суспільство отримає продукт, негативні якості якого мінімізувати буде вкрай складно, а професію адвоката як професійного, дипломованого і високовідповідального правозахисника можна буде забути.

Ще далі йде у своїх намірах щодо адвокатури Партія регіонів. В опублікованому на її сайті проекті змін до Конституції України [5], розроблених, як заявив міністр юстиції України О. Лавринович, за його участю [6], право на безоплатну правову допомогу, що нині передбачено ст. 59 Конституції України (право так і не реалізовано, що викликає скепсис), обмінюється на «допомогу у передбачених законом випадках «за рахунок держави».

Тонка різниця! Але навіть не це основне. Основне, як писав мудрий Козьма Прутков, «у корені», а «корінь» — у пропонованій абсолютно новій ч. 3 ст. 59 регіонівської Конституції: «Захисником може бути як адвокат, так і фахівець у галузі права».

Це офіційна позиція провідної політичної сили, яка свідчить, що наміри партійних проєктантів, заявлених у їх проєктах законів про адвокатуру, і офіційна лінія їхньої партії — різні.

Те, що колишній суддя Конституційного Суду В. Вознюк у доповіді на засіданні Конституційного Суду 16 листопада 2000 р. обережно зініціював, — своє дітище — фахівців у галузі права, партійні регіони прагнуть закріпити у Конституції. А це вже серйозно. Якщо рішення Конституційного Суду хоч частково вдалося мінімізувати через постанову Пленуму Верховного Суду України про те, що «фахівці в галузі права» не мають спеціального закону, а отже, не можуть бути і «допущеними» до захисту [7, 230–240], то з конституційною нормою так вільно не поведешся. Вона викличе потребу обов'язкової регламентації у законі. І тоді про адвокатуру будемо згадувати як про історичний артефакт.

В опублікованому «Дзеркалом тижня» [8] спільному проекті нової Конституції Блоку Ю. Тимошенко та Партії регіонів у ст. 59 Конституції пропонувалось змінити редакцію першого речення «Кожен має право на правову допомогу» на «Держава гарантує надання правової допомоги кожному». Решта ж — без змін порівняно з чинною Конституцією.

Аналогічної позиції щодо адвокатури дотримуються у своєму проекті Конституції комуністи [9].

Солідарний з регіоналами й А. Гриценко. У його широко розрекламо-

ваній на біг-бордах по всій Україні «Конституції порядку» [10] у ст. 59 пропонується взагалі залишити за адвокатурою тільки «забезпечення права на захист», а також пропонується одіозна норма, що захисником може бути як адвокат, так і інший фахівець у галузі права.

Про що ці новації можуть свідчити? По-перше, що політична ідеологія партій щодо адвокатури є дуже некоректною і небезпечною. Вони домагаються нівелювання адвокатури, її розчинення у масі «фахівців», не усвідомлюючи нищівного удару для правосуддя; по-друге, звуження права на правову допомогу адвоката.

Нині адвокатура за Конституцією мала б забезпечувати «право на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах». Реально цього немає, оскільки крім адвокатури цим займається хто хоче. Сфера застосування адвокатури Конституцією обмежена, як видно, захистом від обвинувачення і «правовою допомогою в судах та інших державних органах».

Спроба у нових редакціях законів про адвокатуру ці обмеження оминати, більше того, передбачити, що тільки адвокати надають правову допомогу, може суперечити чинній редакції ст. 59 Конституції, а при прийнятті будь-якого із проектів (причому саме будь-якого!) і новій редакції Конституції. Отже, слід змінювати цю конституційну норму, яка дала підстави Конституційному Суду легалізувати «фахівців у галузі права» і дотепер слугує базою для утвердження цього «нашестья» у всіх наступних конституціях. Критичний стан правосуддя у країні має однією і чи не основною причиною саме недооцінку суспільством і його лідерами ролі та місця адвокатури в судовому ладі держави.

Адже, як бачимо, у запропонованих змінах до Конституції від такого статусу адвокатури не відмовляються, а деякі — практично ставлять на ній хрест.

В Україні адвокатуру зводять до примітивного ремісництва, готуючи їй роль другорядну і незавидну. Для наочності розглянемо, як у конституціях інших держав урегульовано конституційний статус адвокатури і чи лише для «забезпечення права на захист» існує адвокатура.

Ми не знаходимо в нинішніх конституціях більшості країн світу норм, які б, визначаючи права, свободи своїх громадян і гарантуючи їх захист, передбачали, що тільки в державних органах або судах адвокати можуть надавати правову допомогу. Як відомо, така потреба існує не тільки в цих інституціях.

Ми також не знаходимо в них положень про те, що захисниками (представниками) в судах можуть бути, крім адвокатів, якісь «фахівці в галузі права» [11]. Причому саме правова допомога адвоката визнається у конституціях більшості країн світу як гарантія дотримання державою міжнародних актів про права і свободи людини.

У ряді конституцій хоч і не вказується, що правова допомога забезпечується адвокатами, але це само собою розуміється через традиції суспільного ладу цих країн, і там це питання не виникає. За будь-яких обставин, у проаналізованих нами конституціях і основних конституційних актах більш як 60 країн світу, ми не знаходимо будь-якої згадки, крім адвокатів, на яких покладається правова допомога (захист, представництво), ще і про «фахівців у галузі права» [12].

Звідси і висновок, що це є наше, українське, примітивне і ганебне явище, коли замість необхідності забезпечити



своїм громадянам професійне надання правової допомоги і права на захист, держава скотилася до принизливого «чаклунства» в юриспруденції, а політичні лідери, як ті, хто при владі, так і ті, хто домагається її, вкотре повторюють цю прикру помилку.

Отже, перш ніж переробляти Закон про адвокатуру, слід змінити конституційну норму щодо адвокатури. Інакше вона, як детонатор, спрацює через декілька років і тоді уже оглядатись буде пізно. Із нині чинної ст. 59 Конституції України слід зняти обмеження щодо функції з надання правової допомоги адвокатами лише «в судах та інших державних органах», а положення про свободу обрання захисника своїх прав у ст. 59 слід уточнити, оскільки у нинішній редакції воно не узгоджується з обов'язком держави забезпечити професійний (юридичний) захист встановлених Конституцією прав і свобод особи, зокрема права на правову допомогу. Зрозуміло, що не припустимо у проектах конституційних змін звужувати права громадян на отримання правової допомоги адвокатами, підміняючи її «фахівцями у галузі права» і лише судами й іншими державними органами.

В ієрархії актів щодо адвокатури другим за рівнем юридичної сили, але першим за призначенням є, безсумнівно, закон про адвокатуру. В Україні він діє з 1 лютого 1993 р., введений у дію Постановою Верховної Ради України від 19 грудня 1992 р. № 2888-ХІІ [13]. Відтоді ініціатори не втомлюються щось до нього приписувати. У догматичі реформування адвокатури необхідність його «капіталізації» є чи не найактуальнішою. На сьогодні маємо чотири самостійні проекти повністю нової редакції цього Закону [14]. Чи є у цьому потреба?

Основою, на якій існує адвокатура, є традиція і норма. В адвокатурі тра-

диція є нормою. Закон же необхідний суспільству для врівноваженості його контролю над адвокатурою. Чинний закон заклав основу для нової адвокатури. Він ще далеко себе не вичерпав і доцільно на нинішньому етапі внести у нього зміни, які стосуються насамперед легалізації органів адвокатського самоврядування. На сьогодні їх юридичної форми фактично не існує. Закон не передбачає ні зборів адвокатів регіону, ні з'їзду адвокатів України для вирішення своїх внутрішніх питань, і не визначає порядку створення ними підконтрольних їм органів. Навряд чи є правильним відносити до органів адвокатського самоврядування кваліфікаційно-дисциплінарні комісії адвокатури і Вищу кваліфікаційну комісію адвокатури, оскільки вони сформовані не тільки з адвокатів і їх формують, крім адвокатів, обласні (в Києві) та міські (у Севастополі) ради, державні адміністрації, збори суддів, Верховний Суд, спілка адвокатів, Міністерство юстиції. У такому складі це вже орган не «адвокатський», а змішаний. Органом же адвокатського самоврядування є лише той, який сформований винятково адвокатами і з адвокатів. Адвокати сьогодні позбавлені можливості такого формування своїх органів. Ніхто і не забороняє, звісно, скликати з'їзди, збори, але їх нерегульованість залишає багато питань щодо легітимності прийнятих рішень і їх юридичних наслідків.

З грудня 1992 р. (дати прийняття Закону України «Про адвокатуру») проведено п'ять з'їздів адвокатів України. Два передостанні (Київський і Рівненський) були присвячені обговоренню концептуальних основ розвитку української адвокатури. Але їх рішення так і не стали базою для удосконалення адвокатури в Україні, головним чином через юридичну нерегу-

льованість питань проведення самих з'їздів. Розробка і прийняття нового, цілісного Закону про адвокатуру — шлях складний і тривалий. Поспішати тут, власне, і не потрібно. А от зосередитись над внесенням змін у чинний закон — шлях перспективніший і простіший. Можна без перебільшення констатувати, що адвокатура «визріла» щонайменше до таких змін у чинному законі:

- запровадження нової, якісно осучасненої, з урахуванням набутого досвіду, системи органів адвокатського самоврядування;
- підвищення рівня вимог до кандидатів у адвокати (запровадження стажування, добропорядної репутації, порядку перевірки професійних знань, стажу професійної практики за фахом юриста не менше трьох років);
- встановлення норми про забезпечення правової допомоги через адвокатуру і заборони надання правової допомоги не адвокатами;
- лібералізація податкового режиму стосовно адвокатів через поширення на адвокатів права на застосування спрощеної системи оподаткування.

Окремо в усіх проектах порушено питання про уніфікацію (злиття) в ад-

вокатурі юристів, які практикують, але не є адвокатами. Пропагандисти цієї ідеї мають враховувати, що механістичного підходу тут бути не може. Адвокатура зникне як явище, якщо у неї буде «влито» більше 60 000 «фахівців». У законі, запровадивши винятковість забезпечення права на правову допомогу адвокатами, слід не звужувати, а навпаки підвищувати кваліфікаційні вимоги до тих, хто її прагне, зокрема щодо тих, хто практикує нині за полем адвокатури.

Адвокатура є сьогодні надто легкодоступною. Вимоги до кандидатів виглядають несерйозними, якщо порівнювати їх з вимогами до інших професій, наприклад, суддів, нотаріусів, слідчих чи прокурорів. Ні в які порівняння не йдуть вони із вимогами до претендентів у адвокати в інших країнах [15]. Маючи слабких адвокатів, ніколи не матимемо чесного правосуддя. Ми часто допускаємо в адвокатуру людей незрілих і неграмотних, за яких потім соромно як адвокатури, так і суспільству. Реформування адвокатури — хороша нагода поставити у цій справі заслін, інакше ця професія набуде масовості та втратить ознаки адвокатури.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Адвокатура України* / О. Д. Святоцький, М. М. Михеєнко. — К., 1997. — С. 138–139; *Адвокатура України* : навч. посіб. / за ред. С. Я. Фурси. — К., 2007. — Кн. 1. — С. 95; *Адвокатура* : підруч. / Д. П. Фіолевський. — К., 2006. — С. 107.
2. *Коментар до Конституції України*. — К., 1996. — С. 26.
3. *Конституційний Суд України*. Текст Рішення Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 // <http://www.ccu.gov.ua/doccatalog/document?id=9370>
4. *Офіційне інтернет-представництво Президента України, проект Конституції* // [http://209.85.135.132/search?q=cache:MfSKH0QYk8AJ:www.president.gov.ua/content/const\\_proekt.html+http://www.president.gov.ua/content/const\\_proekt.html&cd=1&hl=uk&ct=clnk&gl=ua&client=firefox](http://209.85.135.132/search?q=cache:MfSKH0QYk8AJ:www.president.gov.ua/content/const_proekt.html+http://www.president.gov.ua/content/const_proekt.html&cd=1&hl=uk&ct=clnk&gl=ua&client=firefox)
5. *Партія регіонів*. Офіційний інформаційний сервер, проект Конституції // <http://www.partyofregions.org.ua/feedback/426e388594d61/42a990279e62a>
6. *Партія регіонів*. Офіційний інформаційний сервер, стаття «Олександр Лавринович : перед вами людина, яка півтора роки працювала над цим проектом...» // <http://www.partyofregions.org.ua/pr-east-west/4a32cad460b8a>
7. *Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві* : постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 8. Постанови Пленуму Верховного Суду України в кримінальних справах / за заг. ред. В. Т. Маларенка. — К., 2007. — С. 230–240.

8. *Тайное* становится явным : проект Конституции от БЮТ и ПР // <http://www.zn.ua/1000/1550/66332>
9. *Компартія* України, проект Конституції опубліковано // <http://kpu.net.ua/wp-content/uploads/2007/03/konstitutsiya.doc>
10. *Персональний сайт* А. Гриценка, проект Конституції опубліковано // <http://grytsenko.com.ua/files/constitution.doc>
11. *Поправка № 1 до Конституції Сполучених Штатів Америки (Конституції зарубешних стран. — М., 2003. — С. 250); статті LV, LXIII Конституції Федеративної Республіки Бразилії (Там само. — С. 291–293, 353); ст. 10 Конституції Андори (Конституції государств Европы. — М., 2001. — Т. 1. — С. 229); ст. 16 Конституції Республіки Казахстан (Там само. — Т. 2. — С. 169); статті 11, 12 Конституції Республіки Кіпр (Там само. — Т. 2. — С. 214–215); ст. 12 Конституції Республіки Македонія (Там само. — Т. 2. — С. 435); ст. 26 Конституції Республіки Молдова (Там само. — С. 552); ст. 20 Конституції Португальської Республіки (Там само. — С. 753).*
12. *Конституции зарубешных стран. — М., 1963; Конституции государств Европы. — М., 2001. — Т. 1–3.*
13. *Про адвокатуру* : Закон України від 19 грудня 1992 р. № 2887-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 9.
14. *Верховна Рада України. Офіційний веб-сайт, проекти Закону про адвокатуру* // [http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=35165](http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=35165)
15. *Гловацький І. Ю.* Адвокатура зарубешних країн (Англія. Німеччина. Франція). — К., 2007; *Святоцький О. Д.* Адвокатура : історія і сучасність. — К., 1997; *Сучасні системи адвокатури.* — К., 1993.

**Сафулько С. Ф. Українська адвокатура: в очікуванні вчорашнього дня**

**Анотація.** У статті аналізуються позиції політичних партій України стосовно адвокатури, вносяться рекомендації щодо поліпшення правового регулювання адвокатської діяльності.

**Ключові слова:** конституція, адвокат, юрист, політичні партії.

**Сафулько С. Ф. Украинская адвокатура: в ожидании вчерашнего дня**

**Аннотация.** В статье анализируются позиции политических партий Украины относительно адвокатуры, вносятся рекомендации по улучшению правового регулирования адвокатской деятельности.

**Ключевые слова:** конституция, адвокат, юрист, политические партии.

**Safulko S. Ph. The Ukrainian lawyers Association: in anticipation of yesterday**

**Annotation.** The article analyzes the attitude of Ukrainian political parties about the Bar, makes recommendations for improving legal regulation of advocacy.

**Key words:** constitution, a barrister, a lawyer, political parties.

Пропонується видання:

**Енциклопедичний довідник майбутнього адвоката : у 2 ч. / С. Ф. Сафулько, О. Д. Святоцький, Т. Г. Захарченко та ін. ; відп. ред. С. Ф. Сафулько. — [2-ге вид., допов.]. — К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2009.**

Енциклопедичний довідник складається з двох частин. У частині першій вміщено матеріали з історії становлення адвокатури, з цивільного, цивільного процесуального, кримінального, кримінально-процесуального законодавства. У частині другій — матеріали з трудового, житлового, сімейного, екологічного, земельного законодавства, а також довідковий матеріал до двох частин. Усі матеріали подано з урахуванням нової редакції Програми і Порядку складення кваліфікаційних іспитів особами, що виявили намір отримати Свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю, затверджених рішеннями Вищої кваліфікаційної комісії від 13 лютого 2009 р. № V/10-166 та від 20 березня 2009 р. № V/11-187.



**Замовляйте видання за телефонами:**  
**0(44) 537-51-20, 537-51-21**  
**або електронною поштою: sales@inyure.kiev.ua**  
**<http://shop.inyure.kiev.ua>**

## ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПРИПИНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ПОМИМО ВОЛІ ВЛАСНИКА

**О. ХАРЧЕНКО**

*кандидат юридичних наук,*

*доцент кафедри цивільного та трудового права*

*(Київський університет права НАН України)*

У правовій науці існують різні підходи до класифікації підстав припинення права власності, які ґрунтуються на певних критеріях. Окремі питання припинення права власності висвітлювались у працях таких вчених: О. Дзера, Н. Кузнєцова, Я. Шевченко та ін. Дослідження питань припинення права власності з різних підстав у теоретичній площині дає змогу сформулювати нові погляди, висвітлити проблеми, поєднати здобутки теорії та практики застосування відповідних правових норм. Значний інтерес становлять запропоновані вітчизняними науковцями класифікації підстав припинення права власності. Вивчення цих підстав дасть можливість систематизувати їх за певними критеріями та розкрити власне бачення цього питання. Зазначене зумовлює актуальність обраної теми.

Так, на підставі класифікації юридичних фактів за критерієм на дії та події, що є основою у вітчизняній теорії права [1, 129–130], юридичні факти, що породжують припинення права власності, можна поділити на такі групи:

1. Дії: а) правочини, що опосередковують перехід права власності на об'єкт від одного суб'єкта до іншого; б) акти правового характеру, що припиняють право власності на об'єкт

(наприклад, конфіскація або реквізиція за рішенням суду).

2. Події: а) результатом яких є смерть суб'єкта права; б) результатом яких є припинення існування об'єкта права.

Припинення права власності у відчужувача і виникнення цього права у набувача відбуваються, як правило, водночас на основі того самого юридичного факту, зокрема договору купівлі-продажу, передання речі за договором позики тощо.

Оскільки виникнення права власності на річ однієї особи здебільшого означає припинення права власності на ту саму річ у іншій особі, підстави виникнення права власності водночас розглядаються і як підстави для припинення його.

Підстави припинення права власності Н. Кузнєцова поділяє на такі, що залежать, і такі, що не залежать від волі власника.

1. Залежать від волі власника: а) угоди з відчуження майна або витрат грошових коштів; б) користування майном, унаслідок якого це майно повністю споживається; в) знищення або викидання майна власником.

2. Не залежать від волі власника: а) примусовий продаж або примусове вилучення майна у випадках, передбачених законом; б) загибель майна внаслідок стихійної події або проти-

правних дій інших осіб; в) набуття майна проти волі власника добросовісним набувачем [2, 140–141].

Аналогічно, але обмежуючись загальним переліком без поділу на групи, Є. Харитонов і Н. Саніахметова виокремлюють юридичні факти, з якими пов'язано припинення права власності: правочини з відчуження майна чи трата коштів; використання майна, в результаті чого воно повністю використовується; знищення або викидання майна власником; примусовий продаж чи вилучення майна в передбачених законом випадках; загибель майна в результаті стихійного лиха чи протиправних дій третіх осіб; придбання майна проти волі власника добросовісним набувачем [3, 248].

О. Калітенко пропонує розділити підстави припинення права власності на три групи: 1) добровільне припинення права власності на майно; 2) втрата права власності за об'єктивних обставин; 3) примусове вилучення у власника його майна.

Добровільне припинення права власності найчастіше відбувається в результаті передання цього права іншій особі на підставі договорів купівлі-продажу, дарування, міни тощо. Можливе добровільне знищення речі власником через різні причини, зокрема при її вживанні (використанні) або переробці, коли право власності на одну річ замінюється правом власності на іншу. Особа може відмовитися від права власності на майно, що їй належить. Право державної та комунальної власності припиняється також на підставі приватизації відповідно до законів України (наприклад, «Про приватизацію державного житлового фонду»).

Втрата права власності з об'єктивних причин, тобто таких, що не залежать від волі власника, відбувається у

випадку загибелі речі. Якщо при цьому залишається якесь майно або відходи, то право власності на них належить власникові речі. Право власності з причин, що не залежать від волі власника, втрачається: в результаті загублення речі власником та виникнення на неї права власності в особи, що знайшла цю річ або іншої особи (статті 337, 338 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України)); на підставі набувальної давності (ст. 344 ЦК України).

Своєрідним є припинення права власності за договором перевезення. Так, згідно з ч. 2 ст. 919 ЦК України вантаж, не виданий одержувачеві на його вимогу протягом 30 днів після спливу строку його доставки, якщо більш тривалий строк не встановлений договором, транспортними кодексами (статутами), вважається втраченим. Згідно з ч. 3 аналізованої статті одержувач вантажу повинен прийняти вантаж, що прибув після спливу зазначених вище строків, і повернути суму, виплачену йому перевізником за втрату вантажу, якщо інше не встановлено договором, транспортними кодексами (статутами). Згідно з ч. 1 ст. 924 ЦК України перевізник відповідає за збереження вантажу, багажу, пошти з моменту прийняття їх до перевезення та до видачі одержувачеві, якщо не доведе, що втрата, нестача, псування або пошкодження вантажу, багажу, пошти сталися внаслідок обставин, яким перевізник не міг запобігти та усунення яких від нього не залежало.

Відповідно до ч. 1 ст. 334 ЦК України право власності у набувача майна за договором виникає з моменту передання майна, якщо інше не встановлено договором або законом. Частиною 2 цієї статті визначено, що переданням майна вважається вручення його набувачеві або перевізникові, організації

зв'язку тощо для відправлення, пересилання набувачеві майна, відчуженого без зобов'язання доставки. Отже, якщо говорити про припинення права власності на передане майно, вручення його перевізнику, як правило, означає припинення права власності у відчужувача такого майна й виникнення його у набувача. А у набувача, як нового власника, право власності на таке майно може припинитись і помимо його волі, у разі втрати майна перевізником. Така втрата майна може відбутися з різних причин і спеціальне законодавство визначає правові особливості врегулювання цих відносин. Так, ст. 176 Кодексу торговельного мореплавства України передбачено, що відповідальність перевізника згідно з цією статтею виникає з моменту приймання вантажу до перевезення і закінчується в момент його видачі, й недійсними є угоди, що не відповідають положенням цієї статті, за винятком угод про відповідальність з моменту приймання вантажу до його навантаження на судно і після вивантаження до здачі вантажу. За цією статтею перевізник відповідає за втрату, нестачу і пошкодження прийнятого для перевезення вантажу, якщо не доведе, що втрата, нестача або пошкодження сталися не з його вини, зокрема, внаслідок дії непереборної сили, виникнення небезпеки і випадковостей на морі та інших судноплавних водах, рятування людей, суден, вантажів та в інших визначених випадках.

Відповідно до ст. 91 Повітряного кодексу України перевізник несе відповідальність за втрату, нестачу або пошкодження багажу з часу прийняття його для перевезення і до видачі одержувачу або передачі його відповідно до правил іншій особі, якщо не доведе, що ним було вжито всіх необхідних заходів для запобігання заподіяння шкоди або що таких заходів

неможливо було вжити. Цією ж статтею встановлено, що перевізник несе відповідальність за збереження речей, що є у пасажира, якщо буде доведено, що втрата або пошкодження цих речей сталися з вини перевізника. Згідно зі ст. 90 цього Кодексу встановлено аналогічне правило щодо відповідальності перевізника за збереження вантажу, однак, на протигагу вищевказаній нормі ст. 91, у цій статті встановлена презумпція вини перевізника за втрату, нестачу чи пошкодження вантажу, що сталося під час перевезення, доти, поки перевізник не доведе інше. Повітряним кодексом встановлено також розмір відповідальності перевізника за втрату, нестачу або пошкодження вантажу і багажу, а також речей, які є у пасажира (ст. 93 Повітряного кодексу). Згідно п. 110 Статуту залізниць України залізниця несе відповідальність за збереження вантажу від часу його прийняття для перевезення і до моменту видачі одержувачу або передачі згідно з Правилами іншому підприємству. Згідно з п. 117 цього Статуту відправник або одержувач має право вважати вантаж втраченим і вимагати відшкодування за втрату, якщо вантаж не було видано одержувачу на його вимогу протягом 30 діб з моменту закінчення терміну доставки, а у разі перевезення вантажу у прямому змішаному сполученні — після закінчення двох місяців з дня приймання вантажу до перевезення.

Як бачимо, у зазначених випадках має місце припинення права власності відправника (особи, що уповноважила його на виконання цих функцій). Отже, відправник (пасажир), передаючи вантаж (багаж) перевізнику, має на меті його доставку в пункт призначення відповідно до умов договору та вимог чинного законодавства. У разі ж втрати вантажу (багажу) має місце

припинення права власності. Цей випадок не належить однозначно до групи підстав припинення права власності, що не залежить від волі власника, — останній знав (мав знати) про ризик втрати багажу, що може бути, наприклад, при доставці вантажу (багажу) в пункт призначення, який характеризується наявністю надзвичайних ситуацій природного, техногенного характеру, відсутністю впорядкованих шляхів сполучення, діяльністю протиправних угруповань тощо. Отже, має місце опосередкований випадок припинення права власності.

Таким, що не підпадає під класифікацію підстав припинення права власності лише залежно від волі чи без волі власника, є також припинення права власності на річ, передану за договором зберігання. Так, згідно з п. 4.11 Наказу Державної туристичної адміністрації України від 16 березня 2004 р. № 19 «Про затвердження Правил користування готелями й аналогічними засобами розміщення та надання готельних послуг» (далі — Наказ) готель відповідає за схоронність речей, внесених до готелю споживачем, який проживає у ньому. Річ вважається такою, що внесена до готелю, якщо вона передана працівникам готелю або знаходиться у відведеному для споживача приміщенні. Готель відповідає за втрату грошей, інших цінностей (цінних паперів, коштовностей) лише за умови, що вони були окремо передані готелю на зберігання. У разі втрати чи пошкодження речі споживач зобов'язаний негайно повідомити про це готель. Якщо до закінчення строку проживання споживач не пред'явив своїх вимог до готелю, вважається, що його речі не були втрачені чи пошкоджені. Згідно з п. 4.12 цього Наказу забуті речі зберігаються у готелі протягом шести місяців, після

чого передаються у відповідні державні органи для реалізації або знищуються, про що складається акт установленої форми. Статті 948–949 ЦК України передбачають обов'язок поклажодавця забрати річ після закінчення строку зберігання та обов'язок зберігача повернути річ. Передаючи на зберігання річ, поклажодавець, звичайно, має на меті її забрати, однак можлива втрата такої речі помімо його волі з вини зберігача (наприклад, не дотримано правил доступу до речей, переданих на зберігання), внаслідок непереборної сили (наприклад, пожежа), в результаті необережності самого поклажодавця (наприклад, річ забуто у готелі) тощо.

Окремо розглядається така ситуація, коли йдеться про припинення права на частку у спільному майні. Наприклад, власник частки бажає її виділення у натурі, що є неможливим або не допускається законом. У цьому випадку він має право на одержання від інших співвласників грошової або іншої матеріальної компенсації вартості його частки. Причому компенсація співвласникові може бути надана лише за його згодою (ст. 364 ЦК України). Однак ст. 365 ЦК України містить винятки із цього правила. Так, право особи на частку у спільному майні може бути припинене за рішенням суду на підставі позову інших співвласників, якщо: 1) частка є незначною і не може бути виділена в натурі; 2) річ є неподільною; 3) спільне володіння і користування майном є неможливим; 4) таке припинення не завдасть істотної шкоди інтересам співвласника та членам його сім'ї. Розглянута ситуація не належить до класифікації підстав припинення права власності залежно чи незалежно від волі власника.

Статті 340–342 ЦК України стосуються відносин власності, що мають

місце у разі втрати домашньої тварини. Хоча зазначені норми не містять положень про підстави втрати тварини, а лише про її правові наслідки, з їх аналізу можна дійти висновку, що така втрата може мати місце як з волі власника (який свідомо залишає напризволяще домашню тварину), так і помимо його волі (якщо тварину загублено через недбальство, неувважність або безпечність власника чи особи, якій останній доручив догляд за домашньою твариною). Відповідно, її припинення права власності у цьому випадку може мати місце як з волі, так і помимо волі власника. Цікавим моментом є також те, що у разі відмови особи, у якої бездоглядна домашня тварина була на утриманні та в користуванні, від набуття права власності на неї, ця тварина переходить у власність територіальної громади, на території якої її було виявлено (ч. 2 ст. 341 ЦК України) — у цьому випадку набуття права власності у територіальної громади матиме місце помимо її волі — через прямі вказівки закону.

Статею 349 ЦК України передбачено припинення права власності внаслідок знищення майна. Так, право власності на майно припиняється в разі його знищення. До того ж у разі знищення майна, права на яке підлягають державній реєстрації, право власності на це майно припиняється з моменту внесення за заявою власника змін до державного реєстру (п. 2). Така підстава припинення права власності може існувати як з волі власника (наприклад, у результаті споживання продуктів харчування; приведення власником речі у стан, що виключає можливість її використання за призначенням чи навіть її ідентифікацію за індивідуальними та/чи родовими ознаками), так і без його волі (коли відповідні дії зі знищення належного

йому майна чинять інші особи без згоди та вказівки власника), а також помимо його волі (наприклад, знищення майна в результаті стихійного лиха).

Як бачимо, є можливим віднесення до окремої групи таких підстав припинення права власності, які виникають помимо волі власника. Відповідно, беручи за основу класифікацію підстав припинення права власності, запропоновану Н. Кузнєцовою, можна виокремити такі підстави припинення права власності:

1) ті, що залежать від волі власника: правочини з відчуження майна або витрат грошових коштів; користування майном, унаслідок чого це майно повністю споживається; знищення або викидання майна власником;

2) ті, що здійснюються проти (всупереч) волі власника: примусовий продаж (звернення стягнення на майно за зобов'язаннями власника; відчуження за рішенням суду земельної ділянки, яка відповідно до Земельного кодексу України не може перебувати у власності іноземної особи чи особи без громадянства, якщо така земельна ділянка не була відчужена в установленому порядку добровільно; інші випадки, встановлені законом) або примусове вилучення майна у випадках, передбачених законом (конфіскація; націоналізація; реквізиція; викуп земельної ділянки у зв'язку із суспільною необхідністю; викуп нерухомого майна у зв'язку з викупом з метою суспільної необхідності земельної ділянки, на якій воно розміщене); загибель майна внаслідок непереборної сили або протиправних дій інших осіб; набуття майна проти волі власника добросовісним набувачем; смерть фізичної особи;

3) ті, що настають помимо волі власника: втрата речі (багажу, вантажу), яка була передана особі на вико-



нання умов договору (наприклад, перевезення, зберігання, прокат); припинення права на частку у спільному майні у разі неможливості (заборони) її виділення у натурі; припинення майнових прав інтелектуальної власності як з волі власника (шляхом їх відчуження), так і без його волі (закінчення строку дії патенту на винахід).

Отже, для факту припинення права власності важливу роль відіграє сукупність таких компонентів, як правомочності власника, особливості об'єк-

та власності (наприклад, обмеження чи вилучення його з цивільного обігу, віднесення до рухомого чи нерухомого майна тощо), а також об'єктивні фактори, які можуть залежати від волі власника (наприклад, при відчуженні майна на підставі договору купівлі-продажу, споживанні його власником), можуть не залежати (наприклад, при конфіскації об'єкта власності на підставі рішення суду, знищенні внаслідок стихійного лиха) чи здійснюються помимо його волі.

### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Третякова И. П.* Право частной собственности на жилой дом. — Минск, 1998. — С. 11.
2. *Право власності в Україні* : навч. посіб. / О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова, О. А. Підпригора та ін. ; за заг. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К., 2000. — 816 с.
3. *Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А.* Гражданское право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство : учеб. пособие. — К., 2002. — 832 с. — С. 248.
4. *Цивільний кодекс України* : наук.-практ. комент./ за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. — К., 2004. — 928 с.
5. *Кодекс Торговельного мореплавства України* від 23 травня 1995 р. (зі змінами) // <http://www.portal.rada.gov.ua>
6. *Повітряний кодекс України* від 4 травня 1993 р. (зі змінами) // <http://www.portal.rada.gov.ua>
7. *Про затвердження Статуту залізниць України* : постановою Кабінету Міністрів від 6 квітня 1998 р. № 457 // <http://www.portal.rada.gov.ua>
8. *Про затвердження Правил користування готелями й аналогічними засобами розміщення та надання готельних послуг* : наказ Державної туристичної адміністрації України від 16 березня 2004 р. № 19 // <http://www.portal.rada.gov.ua>

**Харченко О. С.** Окремі питання припинення права власності помимо волі власника

**Анотація.** Стаття присвячена систематизації класифікацій підстав припинення права власності та авторському баченню проблематики. В основу дослідження покладено аналіз чинного законодавства й класифікацій, запропонованих вітчизняними науковцями.

**Ключові слова:** право власності, підстави припинення права власності, воля власника, припинення права.

**Харченко О. С.** Отдельные вопросы прекращения права собственности помимо воли собственника

**Аннотация.** Статья посвящена систематизации классификаций оснований прекращения права собственности и авторскому видению проблематики. В основе исследования — анализ действующего законодательства и классификаций, предложенных отечественными учеными.

**Ключевые слова:** право собственности, основания прекращения права собственности, воля собственника, прекращение права.

**Kharchenko O. S.** Separate questions of stopping right of ownership besides will of proprietor

**Annotation.** The article is devoted to organizing classifications grounds for termination of property rights and copyright vision problems. The bases of research is the analysis of existing legislation and the classification proposed by local scientists.

**Key words:** right of ownership, reasons for termination of the right of ownership, will of proprietor, stopping of right.

# ВИСНОВОК ЕКСПЕРТА ЯК ДОКАЗ У СПРАВАХ ЩОДО ОБСЯГУ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ ФІЗИЧНИХ ОСІБ



**М. ЯСИНОК**  
*кандидат юридичних наук, доцент,  
професор кафедри «Правосуддя»  
(Сумський національний аграрний університет)*

**П**ризначення судово-психіатричних експертиз, їх проведення та дослідження є досить складною процесуальною процедурою, яка складається з безлічі процесуальних дій як самого суду, так і заявника й експертів. Такі процедурно-технологічні процеси виникли у практиці судочинства не відразу. Якщо сьогодні поняття експертизи на перший погляд не викликає непорозуміння, то на початку ХІХ ст. воно було дискусійним. Одні вчені доводили, що експертиза є одним із видів доказів, другі зазначали, що експерт при проведенні експертизи є науковим суддею, треті вважали експертизу різновидом показань свідків [1, 52]. При цьому слово «експерт» узагалі не вживалося. У статті 325 Статуту кримінального судочинства від 1864 р. зазначалося, що ними є (експертами. — М. Я.) «знаючі особи», які «запрошуються в тих випадках, коли для точного з'ясування обставин, що зустрічаються у справі, необхідні спеціальні відомості, або досвідченість у науці, мистецтві, ремеслі, промисловості чи будь-якому занятті» [2, 153]. Такий зміст поняття «експертиза» і сьогодні закладено в ч. 1 ст. 143

Цивільного процесуального кодексу України (далі — ЦПК), де зазначено, що для «з'ясування обставин, що мають значення для справи і потребують спеціальних знань у галузі науки, мистецтва, техніки, ремесла тощо суд призначає експертизу за заявою осіб, які беруть участь у справі». Незважаючи на те, що суди сьогодні активно призначають експертизи за цивільними справами, використовуючи висновки експертів як засіб доказування, все ж експертиза з точки зору доказового права і нині залишається найдискусійнішим питанням у теорії цивільного процесу. Насамперед це стосується процесуального поняття експертизи. Що це, доказ, який створено штучно однією, навіть не заінтересованою особою, чи це думка свідка, якому присвоєно статус експерта з метою розширення сфери засобів доказування?

Питання доказів як засобів доказування в цивільному процесі було предметом наукових досліджень Є. Васюковського, А. Клеймана, М. Штефана, С. Фурса, І. Решетнікової та ін.

Метою цієї статті є: дослідження процесуальних підстав призначення

та особливостей проведення судово-психіатричної експертизи, формування її як доказу в справах про визнання фізичної особи обмежено дієздатною та недієздатною чи поновлення особи в цивільні й дієздатності, визначення особливостей примусового приведення особи для проведення судово-психіатричної експертизи та можливої відповідальності експертів.

Ще у Древньому Римі юристи звернули увагу на те, що особа, яка хворіє на психічні захворювання, не може правильно оцінювати свої дії та усвідомлювати їх значення. І хоча римське право і не знало визначення дієздатності, воно широко користувалося цим поняттям у практиці [3, 99]. Визначення такого стану відбувалося на підставі показань свідків, які пояснювали про неадекватну поведінку особи в житті. Разом з тим кожна особа по-різному сприймає поведінку іншої особи, тому часто траплялося так, що відносно психічно хворої особи давалися показання, що вона є нормальною, а відносно особи, яка була психічно здорова, давалися показання, що її поведінка є неадекватною.

З огляду на той факт, що психіка людини, з релігійних міркувань, довгий час не вивчалася, то стан психічно хворих людей визначався візуально. Надалі кожного разу, коли виникало питання щодо визначення психічного стану особи, почали звертатися до лікаря, який давав свій висновок. Разом з тим такий підхід до визначення психічного стану особи залежав від кваліфікації лікаря чи від добросовісності свідків, і не відповідав критеріям тієї достовірності, яка потрібна була в судочинстві. Критерієм достовірності тривалий час вважалася об'єктивна істина, яку з процесуальної точки зору вважали змістом законності. У зв'язку з цим можна сказати,

що висновки експертів, зокрема і при проведенні судово-психіатричних експертиз, із наукової точки зору є істиною, але ця істина з процесуальної точки зору стосується лише окремо взятого питання, а тому, незважаючи на наукову істинність, експертиза сама по собі не може визначати істинність у всій справі. Експертиза є лише одним із видів доказів, висновок якої має пов'язуватися з іншими доказами. Лише за такої умови судове рішення може сприйматися як істина у справі.

Підставою для проведення експертизи є заява особи, відповідно до якої суд і призначає експертизу (ч. 1 ст. 143 ЦПК). Разом з тим суд може призначити експертизу у справі й за своєю ініціативою. Така ініціатива ґрунтується не на слідчому моменті судового процесу, а на процесуальному законі. Незважаючи на таке право заявників і самого суду, для призначення судово-психіатричної експертизи у справах про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи чи визнання фізичної особи недієздатною, чи поновлення цивільної дієздатності, повинні бути об'єктивно існуючі передумови. Такі передумови є визначальними, оскільки саме вони надають право суду призначити судово-психіатричну експертизу. Такими передумовами є наявність хронічного, стійкого психічного розладу здоров'я, внаслідок чого особа не здатна усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними (ч. 3 ст. 238 ЦПК). Разом з тим візуальне визначення психічної хвороби особи не породжує жодних процесуальних наслідків. Встановлення таких передумов можливе за рахунок пояснень заявників, показань свідків, дослідження медичних документів. Тому для призначення такого роду експертиз необхідно, щоб об'єктивно існуючі передумови були пред-

метом судового розгляду, оскільки лише через судову процедуру, яка є змістом процесуальної форми, такі об'єктивно існуючі передумови набувають юридичного значення, а відповідно до цього і в суду виникають юридичні підстави щодо призначення судово-психіатричної експертизи. Ось чому ч. 1 ст. 239 ЦПК зазначає, що експертиза може бути призначена лише у разі достатніх даних про психічний розлад здоров'я фізичної особи, а не в усіх випадках без винятку. Інакше це б давало право заявникам просити суд про призначення судово-психіатричної експертизи стосовно кожної особи в усіх без винятку випадках, а це призвело б до порушення прав, свобод та інтересів особи, що не дискутується ні законодавчою, ні практичною необхідністю.

Таким чином, призначення судово-психіатричних експертиз у справах про визнання особи обмежено дієздатною чи недієздатною, чи поновлення її в цивільній дієздатності можливо лише у випадку: а) наявності об'єктивно існуючих передумов; б) дослідження таких передумов у судовому засіданні, що дає суду юридичні підстави для призначення такого виду експертиз.

Незважаючи на те, що призначення судово-психіатричних експертиз вимагає наявності відповідних підстав, усе ж матерія їх дослідження формується на підставі цілої низки дій, з одного боку суду, з другого — заявників. Процесуальні інтереси цих суб'єктів при призначенні експертиз, зокрема і судово-психіатричних, збігаються, хоча за своїм змістом вони є різними. Так, заявник бажає, щоб експертним шляхом було підтверджено його вимоги щодо визнання особи обмежено дієздатною чи недієздатною, чи поновлено особу в цивільній дієздатності. Інтерес же суду є суто

процесуальним: виконання вимог процесуального закону. Водночас інтерес експерта, який виконує процесуальну волю суду і заявника, полягає у створенні експертизи як майбутнього доказу, при цьому експерт діє в межах тих питань, які процесуально сформовані йому судом. Перед ним конкретне завдання: на підставі особистих досліджень із використанням певних технологій і методик створити експертний висновок, який за своїм змістом і формою має сприйматися як доказ. Такий доказ є процесуальним продуктом, який створено спільними діями усіх заінтересованих у цьому суб'єктів.

Таким чином, дії експерта при проведенні експертиз є складним об'єднаним науково-процесуальним процесом, під час якого відбувається:

- а) вивчення експертом об'єктивно існуючих підстав;
- б) дослідження таких підстав;
- в) опис технологічних досліджень;
- г) оцінка досліджень;
- г) підсумок досліджень.

Тому формування експертних висновків як засобів доказування не можна сприймати як пряму лінію, що починається із призначення експертизи і закінчується висновком експерта. У такому випадку дійсно виникає відчуття штучно створеного доказу. Такі висновки підлягають детальному дослідженню в судовому засіданні. На жаль, сьогодні суди при дослідженні висновків експерта, зокрема при дослідженні судово-психіатричних експертиз, за рідким його винятком, не проводять дослідження всіх етапів науково-технологічного дослідження, яке провів і описав у своєму висновку експерт. Судді часто обмежуються проголошенням лише підсумків дослідження, сприймаючи на віру правильність наукових методів дослідження. Такий спрощений підхід по-

слаблює висновки експерта як засобів доказування, оскільки в такому випадку втрачається його фундаментальна складова, яка міститься в описовій та дослідницькій частинах висновку.

Таким чином, експертиза як доказ, зокрема і судово-психіатрична, формується на підставі:

- а) клопотання заявника чи права суду щодо призначення експертизи;
- б) процесуального порядку призначення такої експертизи судом;
- в) науково-процесуальної діяльності експерта;
- г) процесуального порядку дослідження висновків експертизи.

Відсутність хоча б однієї зі складових таких підстав означає, що експертиза, зокрема і судово-психіатрична, як доказ процесуально не є сформована, а тому не може спричинити будь-які процесуальні наслідки. Такі висновки, якщо вони і є, можна вважати висновками спеціаліста.

Таким чином, зміст поняття «висновок експертів», зокрема і в судово-психіатричних експертизах, ґрунтується на конкретно зумовленому процесуальному завданні, яке отримує експерт (експерти) від уповноваженої на те особи для наукового дослідження певного об'єкта з метою подальшого надання письмового науково-аналітичного висновку щодо тих чи інших фактів. Такий висновок має певну структуру й обов'язково має бути викладений письмово і досліджений на судовому засіданні.

Тільки в такому випадку експертиза набуває статусу доказів, оскільки доказом вона є не тоді, коли її закінчено, незважаючи на те, що вона і має процесуальне походження, а тоді, коли експертиза повністю досліджена в судовому засіданні. В іншому випадку вона залишається висновком спеціаліста як письмове судження про дослі-

джуваний факт, оскільки це є особистим поглядом такої особи на такий факт. Лише при судовому дослідженні такі письмові висновки набувають процесуального значення, стаючи доказами.

Однак бувають випадки, коли особи, стосовно яких призначено судово-психіатричну експертизу, ухиляються від її проходження, у зв'язку з чим відносно таких осіб може бути застосовано примусове направлення їх на судово-психіатричну експертизу. Такі дії суду є винятковими, але обов'язковими, оскільки у справах, де вирішується питання щодо психічного стану особи, призначення експертизи є обов'язковим (п. 2 ч. 1 ст. 145 ЦПК).

Разом з тим не кожному неявку таких осіб для проведення судово-психіатричної експертизи необхідно розглядати як навмисне ухилення від проходження експертизи. Тому суд повинен безпосередньо на судовому засіданні дослідити причини неявки таких осіб на експертизу. І лише за умови явного ухилення від явки на експертизу можливо застосовувати примусове приведення таких осіб до експертної установи для проведення експертизи. Звісно, поняття «явне ухилення» (ч. 2 ст. 239 ЦПК) є поняттям оціночним, тому для застосування примусового приведення на експертизу суд має дослідити в судовому засіданні відповідні докази, які характеризують організаційні дії всіх суб'єктів, які мають відношення до проведення судово-психіатричних експертиз. Такими доказами можуть бути:

а) належне повідомлення судом законних представників (представника), органів опіки та піклування про час і місце проведення судово-психіатричної експертизи;

б) належне повідомлення експертної установи про необхідність

проведення судово-психіатричної експертизи відповідно до ухвали суду;

в) відповідь експертної установи про наявність особи до установи для проведення судово-психіатричної експертизи;

г) повторне письмове повідомлення законних представників (представника), органів опіки та піклування про необхідність проведення судово-психіатричної експертизи відносно особи та час і місце її проведення;

г) вислуховування судом пояснень законних представників (представника), представника органу опіки та піклування про причини недоставки (наявності) особи на судово-психіатричну експертизу.

Таким чином, проведення судово-психіатричних експертиз можливе лише за наявності особи. Експертиза це не є емоційним сприйняттям та письмовим відтворенням відомостей про суб'єкта, який проходить судово-психіатричну експертизу, навпаки, це індивідуалізовано обґрунтована позиція незалежного і не зацікавленого у справі спеціаліста, який надає свої висновки на підставі наукових знань та безпосереднього спостереження особи. Тому такий вид доказів не можна замінити показаннями свідків чи медичними знаннями в цьому питанні самого суду.

Отже, головним завданням судово-психіатричної експертизи є визначення індивідуальних психологічних особливостей, емоційних реакцій та станів, закономірностей перебігу психологічних процесів у конкретної особи, яка проходить таку експертизу.

Разом з тим на сьогодні практика призначення експертиз урегульована не достатньо чітко. Так, суд, призначаючи експертизу, призначає її не конкретному експерту, а експертній установі.

Водночас відповідно до ч. 4 ст. 147 ЦПК «у висновку експерта обов'язково повинно бути зазначено, що його попереджено про відповідальність за завідомо неправдивий висновок та за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків». Однак ця норма не дає відповіді на запитання, про яку відповідальність йдеться. Звісно, можна здогадатись, що, напевно, йдеться про кримінальну відповідальність, але ж норми права мають бути чіткими і зрозумілими, без логічних умовиводів. З урахуванням цих обставин ч. 4 ст. 147 ЦПК доцільно було б уточнити, і слово «відповідальність» доповнити словом «кримінальна». Таке доповнення зробить цю норму цілісною і логічно завершеною.

Крім того, підстави призначення експертиз спеціалізованим експертним установам передбачено як ч. 5 ст. 143 ЦПК, так і п. 22 Інструкції про призначення та проведення судових експертиз, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 р. № 53/5 [4]. Так, ч. 5 ст. 143 ЦПК зазначає: «Якщо проведення експертизи доручено спеціалізованій експертній установі, її керівник має право доручити проведення експертизи одному або кільком експертам». Пункт 22 Інструкції дещо по-іншому трактує порядок призначення експертів і передбачає, що керівник експертної установи доручає проведення експертизи її відповідному структурному підрозділу, керівник якого може вирішити, кому з експертів доручити її виконання.

Разом з тим ст. 384 Кримінального кодексу України (далі — КК), яка передбачає кримінальну відповідальність експерта за завідомо неправдиві висновки, та ст. 385 КК, яка передбачає відповідальність за відмову екс-

перта від виконання покладених на нього обов'язків, зазначають, що суб'єктом цих складів злочинів є не експертна установа, а конкретний експерт, тобто та особа, на яку суд вказав безпосередньо у своїй ухвалі. Однак з огляду на аналіз ч. 5 ст. 143 ЦПК та п. 22 Інструкції, суд призначає експертизу невідомим експертам. Керівник експертної установи усним чи письмовим розпорядженням доручає іншому керівнику структурного підрозділу проведення експертизи, а той, у свою чергу, передоручає її проведення тому експерту, який зазвичай менш за все завантажений. Таким чином, керівники експертних установ, їх структурних підрозділів фактично перебирають на себе функції суду в частині призначення експертизи. Тому в разі неправдивого експертного висновку експерта неможливо притягнути до кримінальної відповідальності, бо керівники експертних установ не наділені правом попереджати конкретних експертів про кримінальну відповідальність згідно зі статтями 384, 385 КК.

У зв'язку з цим в Україні потрібно скласти реєстр не лише експертних установ, а й експертів, яким надано право проведення тих чи інших експертиз. Цей реєстр має бути в кожному суді, прокуратурі, в якій би вносилися «зміни», при зміні профілю ек-

спертних установ чи їх розширенні, при появі нових експертів.

Сьогодні ж судді довідуються про експертів, види експертиз, місце їх проведення з окремих листів апеляційних судів, які інколи направляють такі відомості до районних судів, чи з рекламних проспектів, які випускають самі експертні установи.

Отже, судово-психіатрична експертиза є одним із найважливіших доказів у справах про визнання особи обмежено дієздатною чи недієздатною, або поновлення в цивільній дієздатності. Вона ґрунтується на дослідженнях у судовому засіданні об'єктивно існуючих передумовах, які породжують право суду для її призначення.

Судово-психіатрична експертиза як доказ не виникає сама по собі, вона формується на підставі цілої низки процесуальних дій, як заявника, так і суду та експерта. При цьому поряд із процесуальними вимогами до експерта пред'являються і вимоги щодо необхідних знань у галузі психіатрії.

Висновки експертів стають доказами лише після їх повного дослідження в судовому засіданні. Якщо такого дослідження не відбулося, такі висновки експертів не стають доказом у справі й у зв'язку з цим вони не породжують жодних процесуальних наслідків.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Надгорний Г. М.* Питання законодавчої регламентації судової експертизи : історичний та гносеологічно-процесуальний аспекти // Вісник Верховного Суду України. — 2000. — № 6. — С. 52.
2. *Российское законодательство X—XX века* : в 9 т. — М., 1991. — Т. 8. — С. 153.
3. *Підпригора О. А.* Римське приватне право : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. — 3-тє вид. переробл. та допов. — К., 2001. — 99 с.
4. *Інструкція про призначення та проведення судових експертиз, затверджена наказом Мініюсту України № 53/5 від 8 жовтня 1998 р. і зареєстрована в Мініюсти України від 19 січня 2005 р. за № 61/10341-п./5 // Офіційний вісник України — 1998. — № 46. — Ст. 1715.*

**Ясинок М. М.** Висновок експерта як доказ у справах щодо обсягу правосуб'єктності фізичних осіб

**Анотація.** У статті досліджуються процесуальні підстави призначення та особливості проведення судово-психіатричної експертизи, формування її як доказу в справах про визнання фізичної особи обмежено дієздатною чи недієздатною, чи поновлення особи в цивільній дієздатності.

**Ключові слова:** судово-психіатрична експертиза, доказ, процесуальні дії, обмежено дієздатна чи недієздатна особа.

**Ясинок Н. М. Выводы эксперта как доказательство по делам относительно объема правосубъектности физических лиц**

**Аннотация.** В статье исследуются процессуальные основания назначения и особенности проведения судебно-психиатрической экспертизы, формирование ее как доказательства по делам о признании физического лица ограниченно дееспособным или недееспособным, а также восстановление лица в гражданской дееспособности.

**Ключевые слова:** судебно-психиатрическая экспертиза, доказательство, процессуальные действия, ограниченно дееспособное или недееспособное лицо.

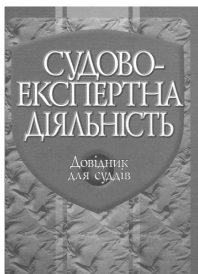
**Yasynok M. M. Conclusions of expert as proof are in matters in relation to the volume of pravosub'ektnosti of physical persons**

**Annotation.** The article researches judicial grounds of setting and peculiarities of carrying out a legal — psychiatric examination, forming it like a proof in cases of recognition a physical person scanty — capable or incapable and also reinstatement a person in civic capability.

**Key words:** judicial is psychiatric examination, proof, judicial actions, limitedly capable or incompetent person.

Пропонується видання:

**Судово-експертна діяльність : довідник для суддів. — 2-ге вид., переробл. та допов. — К., 2003. — 908 с.**



Довідник містить основні чинні нормативно-правові акти України та міжнародні договори, що регулюють судово-експертну діяльність. Подано відомості про науково-дослідні інститути судових експертиз, а також реєстр атестованих судових експертів, методичні рекомендації щодо підготовки матеріалів при призначенні судових експертиз.

Видання розраховане на суддів, слідчих, працівників правоохоронних органів, а також професійних експертів, адвокатів та всіх, хто цікавиться питаннями судово-експертної діяльності в Україні.

**Замовляйте видання за телефонами:**

**0(44) 537-51-20, 537-51-21**

**або електронною поштою**

**sales@inyure.kiev.ua**

**http://shop.inyure.kiev.ua**



# ДОГОВІР ПРО НЕРОЗГОЛОШЕННЯ ІНФОРМАЦІЇ



**Ю. НОСІК**

*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри цивільного права  
(Київський національний університет  
імені Тараса Шевченка)*

У сучасних умовах розвитку ринкової економіки та посилення конкурентної боротьби, все більшого проникнення гласних та негласних засобів і систем збору, обробки та накопичення інформації у сфері приватного життя, господарювання та в публічно-владний сектор особливої актуальності набувають договори про нерозголошення інформації. Такі договори є відносно новим явищем у правовій системі України і ще не дістали належного опрацювання у правовій науці. Однак договори про нерозголошення інформації давно відомі та широко застосовні у світовій правовій практиці. Іншою назвою договору про нерозголошення інформації є договір про конфіденційність — обидві назви на рівних вживатимуться у цій статті.

За договором про конфіденційність одна сторона (конфіденціал) зобов'язується забезпечити та виконувати режим обмеженого доступу до інформації, яку отримано від другої сторони (конфідента) або доступ до якої надано такою другою стороною. Відповідно до Закону України «Про інформацію» режим доступу до інформації — це передбачений правовими нормами порядок одержання, викори-

стання, поширення і зберігання інформації [1].

Існують різні підвиди договору про конфіденційність, які виділяються, в основному, за видом інформації, що є об'єктом договору (комерційна, банківська, професійна таємниця тощо). Проте у всій різноманітності договорів про конфіденційність їх характеризує головна ознака — ці договори є юридичною формою домовленості сторін про забезпечення режиму обмеженого доступу до конфіденційної інформації.

Договори про конфіденційність мають цивільно-правову природу, хоча укладатись можуть і в таких сферах, де превалюючим є регулювання іншої галузі права, наприклад у сфері трудових відносин. Цивільно-правову природу договорів про конфіденційність підтверджує низка аргументів, окремі з яких такі. По-перше, об'єктом договорів про конфіденційність є інформація, яка відповідно до статей 177, 200 ЦК України є об'єктом саме цивільних прав [2]. По-друге, зміст прав та обов'язків зводиться до таких дій, які не є органічно пов'язаними з трудовою функцією працівника. По-третє, договірні відносини конфіденційності можуть тривати і зберігати свої

юридичні властивості навіть після припинення трудових відносин ще на тривалий строк.

Прикладом може бути договір, за яким працівник з метою збереження комерційної таємниці роботодавця, з якою ознайомився під час виконання своєї трудової функції, бере на себе зобов'язання протягом трьох років після звільнення з роботи не розголошувати відповідну інформацію, не використовувати її у власних інтересах чи інтересах третіх осіб, не виконувати аналогічної або подібної трудової функції на підприємствах-конкурентах чи на всіх підприємствах певної галузі, а роботодавець зобов'язується протягом цього строку регулярно сплачувати такому працівникові певну винагороду.

Маючи цивільно-правову природу, договір про конфіденційність, однак, не має свого окремого спеціального законодавчого регулювання. Законним підґрунтям його укладання є ч. 1 ст. 6 ЦК України, відповідно до якої сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства. Держава у такий спосіб лібералізує цивільний оборот і стимулює ініціативу його учасників до найоптимальнішого й адекватного існуючим обставинам урегулювання своїх відносин у межах загальних засад цивільного законодавства. Існуюче цивільне законодавство у зв'язку з цим набуває більшої гнучкості, адаптивності, універсальності, стійкості й ефективності. Водночас зменшується негативний ефект об'єктивно існуючого явища відставання законодавчого регулювання від потреб цивільного обороту, який завжди має вищий ступінь динаміки розвитку, ніж законодавство.

Договір про конфіденційність має низку оригінальних властивостей, які

є достатніми для виділення його в окремий договірний інститут. Серед них насамперед слід назвати предмет, об'єкт і зміст договору про конфіденційність. Специфіка цих елементів зумовлена особливістю самих правовідносин щодо забезпечення і дотримання конфіденційності, які зазнають договірного регулювання. Існування цих особливостей не дозволяє «підвести» договір про конфіденційність під уже відомі законодавству договірні конструкції. У зв'язку з цим можна стверджувати, що такий договір є окремим договірним інститутом, який належить до непоіменованих договорів, тобто таких, які хоча й не передбачені актами цивільного законодавства, однак є правомірними і відповідають загальним засадам цивільного законодавства.

Найчастіше договори про конфіденційність укладаються в супровід іншим договірним відносинам сторін. Разом із тим такий договір можуть укласти й особи, які не перебувають між собою в будь-яких інших договірних відносинах, але між якими через ті чи інші причини постала необхідність у дотриманні режиму обмеженого доступу до певної інформації. Поєднання елементів одного договору з елементами договору про конфіденційність зумовлює виникнення змішаного договору.

Одночасне укладення сторонами того чи іншого договору з договором про конфіденційність і навіть викладення їх в одному документі не позбавляють договору про конфіденційність самостійного значення. Від цього він ніколи не набуває акцесорного характеру. Тобто недійсність або припинення основного зобов'язання (вимоги) не спричиняє недійсності або, відповідно, припинення договору про конфіденційність. Зобов'язання з

дотримання режиму обмеженого доступу до інформації, переданої у зв'язку з виконанням договору, який був припинений або визнаний недійсним, зберігають свою чинність для сторін на визначений ними в договорі про конфіденційність строк. Автономність цього договору щодо основного зобов'язання, у зв'язку з яким його укладено, можна порівняти з автономністю арбітражної угоди в міжнародному приватному праві.

Договір про конфіденційність може бути окремим регулятором відносин контрагентів щодо дотримання режиму обмеженого доступу до конфіденційної інформації в договорах, для яких законодавством передбачено обов'язок одного контрагента повідомляти певні відомості іншому, наприклад, у договорах простого товариства, кожний учасник яких має право ознайомлюватися з усіма документами щодо ведення спільних справ учасників, і відмова від цього права або його обмеження, зокрема, й за погодженням учасників, є нікчемною; у договорах найму, при укладенні яких наймодавець зобов'язаний повідомити наймача про всі права третіх осіб на річ, що передається у найм; у договорах транспортного експедирування, в яких клієнт зобов'язаний надати експедиторові документи та іншу інформацію про властивості вантажу, умови його перевезення, а також інформацію, необхідну для виконання експедитором обов'язків, встановлених договором, а експедитор, у свою чергу, повинен повідомити клієнта про виявлені недоліки одержаної інформації, а в разі її неповноти — вимагати у клієнта необхідну додаткову інформацію; у договорах страхування, за якими страхувальник зобов'язаний при їх укладенні надати страховику інформацію про всі відомі йому обставини,

що мають істотне значення для оцінки страхового ризику, і надалі інформувати його про будь-які зміни страхового ризику; в договорах доручення, умови яких покладають на повіреного зобов'язання повідомляти довірителю на його вимогу всі відомості про хід виконання доручення тощо.

В окремих видах договірних відносин закон прямо встановлює обов'язок нерозголошення отриманої від контрагента або отриманої у зв'язку з виконанням такого договору інформації. Цей чинник необхідно враховувати при побудові договірної конструкції забезпечення конфіденційності у відносинах контрагентів.

Так, відповідно до ст. 862 ЦК України «Конфіденційність одержаної сторонами інформації», якщо сторона у договорі підяду внаслідок виконання договору одержала від другої сторони інформацію про нові рішення і технічні знання, зокрема й такі, що не захищаються законом, а також відомості, що можуть розглядатися як комерційна таємниця, вона не має права повідомляти їх іншим особам без згоди другої сторони.

За договором підяду на проведення проектних та пошукових робіт замовник зобов'язаний, якщо інше не встановлено самим договором, використовувати проектно-кошторисну документацію, одержану від підрядника, лише для цілей, встановлених договором, не передавати проектно-кошторисну документацію іншим особам і не розголошувати дані, що містяться у ній, без згоди підрядника. На підрядникові лежить зустрічне зобов'язання з дотримання конфіденційності — не передавати без згоди замовника проектно-кошторисну документацію іншим особам.

У договорах на виконання науково-дослідних або дослідно-конструктор-

ських та технологічних робіт відповідно до ст. 895 ЦК України виконавець і замовник зобов'язані забезпечити конфіденційність відомостей щодо предмета договору на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт, ходу його виконання та одержаних результатів, якщо інше не встановлено договором. Обсяг відомостей, що належать до конфіденційних, встановлюється договором.

У договорах комерційної концесії праволоділець зобов'язаний передати користувачеві технічну та комерційну документацію і надати іншу інформацію, необхідну для здійснення прав, наданих йому за договором комерційної концесії, проінформувати користувача та його працівників з питань, пов'язаних із здійсненням цих прав, а також надавати користувачеві постійне технічне та консультативне сприяння, зокрема, сприяння у навчанні та підвищенні кваліфікації працівників, якщо інше не встановлено договором комерційної концесії. Користувач згідно зі ст. 1121 ЦК України зобов'язаний не розголошувати секрети виробництва праволодільца та іншої одержаної від нього конфіденційної інформації.

В агентських відносинах комерційний агент не має права передавати конфіденційну інформацію, одержану від суб'єкта, якого він представляє, без згоди цього суб'єкта, використовувати її у власних інтересах чи в інтересах інших осіб усупереч інтересам суб'єкта, якого він представляє, як при здійсненні комерційним агентом своєї діяльності в інтересах зазначеного суб'єкта, так і після припинення агентських відносин з ним (ст. 302 ГК України). Крім виконання наведеного законодавчого імперативу, сторони агентського договору можуть укласти

окрему угоду про захист конфіденційної інформації суб'єкта, якого представляє комерційний агент.

Обов'язок зберігати конфіденційність відповідних відомостей у перелічених договорах виникає у сторін, як правило, на підставі закону. Разом з тим сторони можуть укласти договір про конфіденційність для розвитку та/або конкретизації законодавчих положень щодо нерозголошення інформації, а в низці випадків укладення такого договору прямо передбачене у зазначених нормах.

У низці випадків укладення сторонами одного договору з необхідністю вимагає укладення договору про конфіденційність, хоча в законодавчих актах про це прямо не йдеться. Так, відповідно до статей 505, 508 ЦК України вжиття праволодільцем комерційної таємниці адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження конфіденційності інформації, яка таку таємницю становить, є обов'язковим, а їх невжиття тягне за собою припинення правової охорони комерційної таємниці. Одним із таких заходів є покладення на осіб, ознайоmlених із комерційною таємницею, договірною обов'язку її не розголошувати, якщо тільки такі особи не несуть відповідного обов'язку згідно із законом. Тому, наприклад, укладення договору про надання права використання комерційної таємниці неможливе без укладення між тими ж сторонами договору про конфіденційність відповідної інформації, інакше правовий режим комерційної таємниці буде втрачено [3].

Договір про конфіденційність є консенсуальним та найчастіше безоплатним. Проте такий договір може бути й платним, коли проти виконання конфіденціалом своїх зобов'язань із забезпечення режиму обмеженого

доступу до інформації має місце зустрічне надання в будь-яких формах (грошовій, натуральній, відробіткової, змішаній тощо) зі сторони конфідента.

За загальним правилом, договір про конфіденційність є одностороннім, в якому на стороні конфідента є лише право вимагати забезпечення режиму обмеженого доступу щодо певної інформації, а на стороні конфіденціала – обов'язок такий режим забезпечити та виконувати. Проте сторони в договорі можуть встановити й інше співвідношення своїх прав та обов'язків, зокрема, взяти кожна на себе і права, й обов'язки – тоді договір про конфіденційність буде двостороннім.

**Сторони договору.** Сторона, яка має право вимагати забезпечення та дотримання режиму конфіденційності щодо певної інформації, є кредитором у договірному зобов'язанні та іменується як конфідент. Контрагентом конфідента і, відповідно, боржником у такому зобов'язанні є конфіденціал – особа, яка за договором про конфіденційність зобов'язується забезпечити та виконувати режим обмеженого доступу до інформації.

Конфідент може збігатись в одній особі з праволодільцем інформації. Однак можливі ситуації, коли конфідент вступає в договір конфіденційності як управомочена сторона від імені та/або в інтересах праволодільця інформації.

Для договірних відносин цього виду характерним є вияв особливої довіри однієї сторони іншій. Це перетворює зобов'язання з договору про конфіденційність на зобов'язання, в яких особа боржника та особа кредитора мають важливе значення для кожної зі сторін з усіма правовими наслідками. Зокрема, неможливим є покладення

конфіденціалом виконання договору про конфіденційність на третю особу.

Коло суб'єктів договору про конфіденційність, за загальним правилом, є універсальним, тому в такі договірні відносини можуть вступати всі учасники цивільного обороту, зазначені у ст. 2 ЦК України. Разом з тим важливо враховувати, що у випадках, коли праволодільць конфіденційної інформації встановив вимогу забезпечувати режим обмеженого доступу до неї за допомогою спеціальних технічних або криптографічних засобів захисту інформації, виконання договору конфіденціалом можливе лише за умови отримання відповідного дозволу на використання (застосування) таких спеціальних засобів, якщо необхідність отримувати такий дозвіл встановлена законодавством. Також обов'язковими для виконання у таких випадках будуть правила, вимоги та умови здійснення діяльності з технічного і криптографічного захисту інформації, визначені законодавчими та підзаконними актами України [4].

**Суттєві умови договору.** До істотних умов договору про конфіденційність належать: а) визначення (індивідуалізація) об'єкта договору, тобто власне інформації, з приводу якої сторони встановлюють собі договірні права та обов'язки про конфіденційність; б) визначення прав і обов'язків сторін щодо конкретних умов режиму обмеженого доступу до інформації; в) визначення строку, протягом якого конфіденціал зобов'язаний забезпечувати та виконувати режим конфіденційності інформації.

**Об'єкт договору.** На момент укладення договору про конфіденційність інформація, яка виступає його об'єктом, може бути відома та індивідуалізована за обсягом, формою, носіями, змістом тощо, а може й не бути

відомою сторонам (наприклад, коли інформація має бути зібрана або створена в майбутньому). У такому випадку для належної індивідуалізації об'єкта і конкретизації змісту прав і обов'язків сторін у договорі потрібно охарактеризувати джерела отримання інформації та її змістову направленість, а також, якщо це необхідно, способи її отримання та форми вираження.

Об'єктом договорів про конфіденційність може бути комерційна, банківська, професійна (адвокатська, лікарська, аудиторська, нотаріальна та ін.) таємниця, персональні дані, таємниця особистого (приватного, сімейного) життя, таємниця кореспонденції та будь-яка інша інформація, яка є конфіденційною.

Об'єктом договорів про конфіденційність не може бути: відкрита інформація; інформація, яка підлягає обов'язковому опублікуванню (оголошенню); інформація, доступ до якої згідно із законодавством не може бути обмежений; інформація про протиправні дії. Договори про конфіденційність не можуть укладатися також щодо таємної інформації (державна таємниця), оскільки правовий режим останньої визначається законодавством [5] імперативним методом і приватноправовому регулюванню договорами окремих осіб не підлягає.

**Зміст договору.** Зміст договору про конфіденційність становлять права й обов'язки конфідента і конфіденціала з приводу забезпечення та виконання режиму обмеженого доступу до інформації.

Основними правами конфідента є: право вимагати від конфіденціала забезпечення і виконання режиму конфіденційності інформації та право контролювати виконання ним такого режиму. Обов'язків конфідент за дого-

вором може й не мати, оскільки, як зазначалось раніше, договір про конфіденційність може бути одностороннім. Проте в оплатних договорах про конфіденційність на конфідентові лежить обов'язок здійснити зустрічне надання, передбачене договором (сплатити конфіденціалові кошти, передати майно, виконати роботи тощо).

Важливо наголосити, що надання інформації або надання доступу до інформації, яка є об'єктом договору про конфіденційність, не входить до його змісту та не становить обов'язку конфідента саме за цим договором. Договір про конфіденційність стосується лише забезпечення режиму обмеженого доступу до інформації. Підстави, порядок та умови надання такої інформації конфіденціалу перебувають поза договором про конфіденційність і суттєвого значення для нього не мають. Наприклад, ознайомлення однієї сторони з конфіденційною інформацією другої сторони може відбуватися за договорами про надання правової допомоги, про медичне обслуговування, про виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських робіт, за договорами підряду на виконання проектних і пошукових робіт, за договорами франчайзингу, простого товариства та навіть звичайної купівлі-продажу тощо.

Конфіденціал зобов'язаний вжити всіх передбачених договором заходів для забезпечення режиму обмеженого доступу до інформації та його виконання. Якщо в договорі про конфіденційність ці заходи визначені неконкретно, тоді вживані конфіденціалом заходи мають бути достатніми та адекватними інформаційним загрозам, котрі існують щодо інформації, яка є об'єктом договору. Це можуть бути заходи організаційно-правового,

технічного, програмного (криптографічного) та іншого характеру або комплексні заходи. Для фізичних осіб цей обов'язок часто може зводитись лише до обов'язку мовчання.

В оплатних договорах про конфіденційність конфіденціал має право вимагати від конфідента зустрічного надання. Конфіденціалу має також належати право бути повідомленим про зміни в режимі доступу до інформації або про інші обставини, які мають суттєве значення для виконання ним своїх зобов'язань за договором.

**Строк договору.** Строк договору конфіденційності сторони визначають на власний розсуд, але він не може бути довшим, ніж загальний строк, на який правоволодільцем інформації встановлено режим обмеженого доступу до інформації.

Втрата інформацією ознаки конфіденційності (наприклад, унаслідок її розголошення або перетворення на загальновідому) зумовлює припинення зобов'язань конфіденціала у зв'язку з неможливістю їх виконання.

**Форма та порядок укладення договору, захист прав сторін.** На договори про конфіденційність поширюються загальні положення цивільного права про форму та порядок укладання договорів, забезпечення виконання зобов'язань і відповідальності за їх порушення.

Порушенням договору конфіденційності найтипніше відповідають такі способи захисту цивільних прав: припинення дії, яка порушує право; відновлення стану, який існував до порушення; примусове виконання обов'язку в натурі; відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; відшкодування моральної (немайнової) шкоди. Спеціальних способів захисту цивільних прав унаслідок порушення договору про конфіденційність законодавство України не передбачає. Разом з тим необхідно зазначити, що найбільшу проблему в процесі захисту порушених прав сторони в договорі про конфіденційність становить складність забезпечення належної доказової бази.

Отже, можна дійти висновку, що в Україні існують достатні нормативно-правові передумови для активного використання на практиці договорів про нерозголошення інформації. Гнучка модель, функціональність та універсальність договорів про конфіденційність дозволяють широко застосовувати їх у найрізноманітніших сферах суспільного життя. Також зберігається досить широке поле для подальших науково-правових досліджень договорів про конфіденційність.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Про інформацію* : Закон України від 10 лютого 1992 р. № 2657-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 48. — Ст. 650.
2. *Кохановська О. В.* Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві : моногр. — К., 2006. — 463 с.; *Кулінич О. О.* Інформація з обмеженим доступом як об'єкт цивільних прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Наук.-дослід. ін-т приват. права і підприємництва акад. прав. наук України. — К., 2006. — 20 с.
3. *Носік Ю. В.* Права на комерційну таємницю в Україні : моногр. — К., 2007. — 240 с.
4. *Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах* : Закон України від 5 липня 1994 р. № 80/94-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 31. — Ст. 286; *Про Державну службу спеціального зв'язку та захисту інформації України* : Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3475-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 30. — Ст. 258; *Про Положення про технічний захист інформації в Україні* : Указ Президента України від 27 вересня 1999 р. № 1229/99 // Офіційний вісник України. — 1999. — № 39. — Ст. 1934; *Про Положення про порядок здійснення криптографічного захисту інформації в Україні* : Указ Президента України від 22 травня 1998 р. № 505/98 // Офіційний вісник України. — 1998. — № 21. — Ст. 759; *Про*

затвердження Правил забезпечення захисту інформації в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах : постанова Кабінету Міністрів України від 29 березня 2006 р. № 373 // Урядовий кур'єр. — 2006. — № 73–74.

5. *Про державну таємницю* : Закон України від 21 січня 1994 р. № 3855-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 16. — Ст. 93.

#### **Носік Ю. В. Договір про нерозголошення інформації**

**Анотація.** Стаття містить юридичну характеристику договору про нерозголошення інформації. Розкрито його цивільно-правову природу, види, а також предмет, істотні умови, сторони, строк та умови дійсності договору про нерозголошення інформації.

**Ключові слова:** договір, конфіденційна інформація, зобов'язання з нерозголошення.

#### **Носік Ю. В. Договор о неразглашении информации**

**Аннотация.** Статья содержит юридическую характеристику договора о неразглашении информации. Раскрыта его гражданско-правовая природа, виды, а также предмет, существенные условия, стороны, срок и условия действительности договора о неразглашении информации.

**Ключевые слова:** договор, конфиденциальная информация, обязательство неразглашения.

#### **Nosik Yu. V. The nondisclosure agreement**

**Annotation.** The article is focused on the juridical characteristics of the nondisclosure agreement. It covers the civil-law nature and the types of the agreement as well as the subject, the essential terms, the parts, the effective period and the validity of the nondisclosure agreement.

**Key words:** agreement, confidential information, nondisclosure obligation.

Вийшла друком:

**Практика застосування окремих норм Цивільного кодексу України :  
практ. посіб. / кол. авт. — К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2008. — 256 с.**



Авторами підготовлено практичний посібник для проведення семінарів, що мають на меті поглиблене вивчення Цивільного кодексу та однакове застосування окремих норм на практиці.

Для нотаріусів, юристів-практиків та всіх, кого цікавить зазначена практика.

**Замовляйте видання за телефонами:**

**(044) 537-51-20, 537-51-21**

**або електронною поштою [sales@inyure.kiev.ua](mailto:sales@inyure.kiev.ua)**

**<http://shop.inyure.kiev.ua>**



## **ЗЛОВЖИВАННЯ СУБ'ЄКТИВНИМИ ТРУДОВИМИ ПРАВАМИ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ**



**О. ПАНАСЮК**  
*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри трудового,  
земельного та екологічного права  
(Київський національний університет  
імені Тараса Шевченка)*



**І. БОГДАН**  
*юрист  
Товариства з обмеженою  
відповідальністю  
«Ляпунов і партнери»*

**П**итання, про яке піде мова нижче, слід вважати відносно новим у доктрині трудового права, практиці функціонування трудових відносин, та є спробою звернути увагу на дещо інший бік цих відносин – зловживання працівником своїм суб'єктивним трудовим правом.

У законодавстві про працю наявні положення, які в тому чи іншому контексті стосуються регулювання питання зловживання суб'єктивними трудовими правами.

Однак досі відсутні системна єдність поглядів на це питання та зв'язок окремих нормативних положень. Як наслідок, виникають невинуваті перешкоди у забезпеченні балансу

інтересів учасників трудових відносин, а значить реального зв'язку їх прав та обов'язків. Унеможлиблюється функція трудового права щодо організації необхідного трудового порядку, в основі якого покладається взаємодія учасників трудових відносин.

Усе це становить об'єктивну основу для наукових досліджень та одночасно визначає конкретні завдання щодо визначення змісту самого терміна, його зв'язку із суміжними поняттями, форм прояву зловживання, наслідків, що виникають.

Традиційне для науки цивільного права питання про зловживання правом знаходило та знаходить дослідницький інтерес. Прямо або в контексті

меж здійснення цивільних прав його аналізували видатні цивілісти кінця XIX — початку XX ст., класики радянської цивілістики. Серед сучасних дослідників зазначеного питання можна назвати Г. Онищенко, Т. Боднар, російських вчених О. Портникову, Т. Яценко та ін. [1].

Говорячи про науку трудового права України, то на сьогодні немає прикладів системних досліджень поняття «зловживання правом».

У науці російського трудового права прикладом подібного дослідження є дисертація Е. Офмана [2].

Питання про зловживання суб'єктивним трудовим правом зачіпає різні елементи системи трудового права (дисципліну праці, внутрішній трудовий розпорядок, відповідальність тощо).

Проте найбільше значення питання про зловживання суб'єктивними трудовими правами має в контексті укладення та виконання трудового договору.

Вчення про зловживання суб'єктивними трудовими правами має стати суттєвим доповненням тих теоретичних положень, об'єктом яких є укладення, зміна та припинення трудового договору, а також стати невід'ємною частиною вчення про трудовий договір.

Першочергового значення при цьому набуває встановлення співвідношення термінів «зловживання суб'єктивним трудовим правом» та «правопорушення», «правомірне невиконання трудового обов'язку». Окремим науковим завданням є визначення форм зловживання правом кожним із учасників трудових відносин та встановлення їх наслідків.

Зазначені завдання практично неможливо вирішити без глибокого розуміння закономірностей формування явища, про яке йде мова, починаючи з

причин виникнення та обставин, які сприяють формуванню явища зловживання суб'єктивними правами.

За своєю аксіологічною природою зловживання правом завжди є порушенням балансу інтересів учасників трудових правовідносин. У такому контексті можна дійти висновку стосовно того, що одна із первинних причин зловживання суб'єктивним трудовим правом зумовлюється природою трудових відносин. Це можна пояснити так: зв'язок між конкретними суб'єктами трудових правовідносин має двостороннім характером, який, у свою чергу, відображається через взаємні права та обов'язки та передбачає наявність балансу інтересів між суб'єктами відносин.

Якщо дослідити етимологію цього словосполучення, то одне з визначень слова «*balance*» з англійської означає «ситуацію, в якій різні частини, поєднані у правильній пропорції».

З цього приводу Г. Мальцев виокремлює два основоположні принципи, які мають вагоме значення в забезпеченні процесів балансування та вирівнювання суспільних інтересів у сфері соціального спілкування — це взаємність та еквівалентність. Він зазначає, що двосторонній, взаємний зв'язок між первинним вчинком і зворотнім є оптимальним та конструктивним лише у тому випадку, коли він оцінюється за якісними критеріями (які дають можливість визначити позитивний вчинок чи ні, правомірний чи протиправний) та кількісними критеріями [3, 10–12].

Баланс інтересів у правовідносинах — це забезпечуване нормами права поєднання переваг, корисних, необхідних «властивостей» кожної сторони правовідносин достатньою мірою, щоб досягти певної спільної мети. Це поєднання взаємної користі здійс-

нюється такою мірою, яка унеможливила б завдання один одному шкоди.

Цим, на перший погляд, безспірним теоретичним положенням реалії розвитку трудового права відповідають не повною мірою.

Історично склалося так, що взаємна захищеність внаслідок взаємодії людей під час праці стала визначальною асоціативною ознакою соціальної природи трудових відносин.

Однак у трудових правовідносинах баланс інтересів є нерівно пропорційним. Зумовлене це необхідністю організації праці всього колективу та відповідного підкорення єдиній організованій волі, керівним положенням, які формуються задля успішного функціонування підприємства. А це означає, що підкорення працівника волі свого роботодавця передбачається природою трудового договору.

Можливо тому всупереч соціальній природі трудових відносин, доктрина трудового права декларує той факт, що домінуючим об'єктом захисту є працівник, як «слабка» та «несамостійна» сторона трудових відносин.

П. Пилипенко, характеризуючи суть трудового права як основного регулятора відносин, зазначає, що за своєю природою та соціальним призначенням трудове право має гуманістичний характер. Водночас він підкреслює, що у його основі воно спрямоване на захист інтересів осіб, змушених через об'єктивні обставини продавати свою робочу силу [4, 6].

Тенденція «захоплення» проблемою гарантованості трудових прав працівників має наслідком зменшення уваги до «гарантованості» обов'язків, про яку зазначалось ще в науці радянського трудового права. Ця тенденція знаходить об'єктивно виправдане поширення в сучасних умовах.

Наприклад, у трудовому праві, згідно із закріпленим та традиційним принципом *in favorem*, працівникам надається гарантія, згідно з якою договори про працю (колективні договори, індивідуальні трудові договори) не можуть погіршувати становище працівника порівняно із законодавством, а можуть тільки поліпшувати.

Так, ст. 9 Кодексу законів про працю України (далі — КЗпП) зазначає, що умови договорів про працю, які погіршують становище працівників порівняно із законодавством України, є недійсними.

Забезпечувальна сила цього положення вкрай знівельована. Така норма хоча і є гарантією для працівників, однак не може бути ефективним засобом захисту без чіткого механізму її реалізації.

У цивільному праві в подібних випадках договори (або їх умови) кваліфікуються як нікчемні, на протипагу яким оспорювані договори вимагають судової процедури визнання їх недійсними.

Слід зазначити, що пряма аналогія закону у цьому випадку навряд чи можлива, оскільки за нормами цивільного права сторони недійсної угоди звичайно повертаються у первісний стан, що є неможливим у трудовому праві.

За трудовим договором на роботодавця покладається ціла низка обов'язків щодо «підтримання» працівника. Характеристикою результатів такої підтримки є стан працівника, про який говорять як «гідний», або «достатній», або «задовільний», або «мінімальний» [5, 119]. Забезпечення такого стану можливе шляхом встановлення відповідних умов трудового договору.

Умови трудового договору за критерієм дійсності традиційно поділяють на необхідні та факультативні.

Як зазначає П. Пилипенко, існуючий поділ умов трудового договору не зовсім чітко відображає юридичну природу цієї двосторонньої угоди як юридичного факту, що породжує правовідносини найманої праці. Дійшовши згоди за усіма необхідними та факультативними умовами, сторони фактом свого порозуміння надають цим умовам значення істотності. На стадії існування трудових правовідносин умови, що визначають їх зміст, є рівноцінними, а отже, найменша спроба змінити їх у односторонньому порядку не повинна допускатися [4, 168].

У законодавстві про працю відсутні норми, які б однозначно визначали такі поняття, як «істотні умови праці», «необхідні умови праці». Так, наприклад, конструкція ч. 3 ст. 32 КЗпП опосередковано перелічує приклади умов, які можуть визнаватися істотними умовами договору.

Однак П. Пилипенко стверджує, що визначити істотні умови договору неможливо, а тому, оскільки це поняття є оціночним, необхідно визначити критерії, за якими б та чи інша умова визнавалася як істотна.

Такого ж висновку слід дійти щодо поняття «необхідні умови праці», стосовно якого неоднакова позиція сторін трудового договору може спричинити зловживання суб'єктивним трудовим правом.

Т. Парпан поділяє істотні умови праці на істотні обов'язкові та істотні ініціативні. У своїй дисертації вона обґрунтовує необхідність визначення на законодавчому рівні, однак, не критеріїв, а саме переліку істотних обов'язкових умов трудового договору для всіх видів трудової діяльності (загальні), або ж які можуть бути важливими для договорів певного виду (спеціальні). У переліку, на її думку,

мають визнаватися істотними обов'язковими такі умови: про трудову функцію працівника, про оплату праці, про місце роботи та умови, про час початку працівником роботи. Істотні ініціативні є сферою договірної регулювання між сторонами трудових правовідносин у межах, визначених законодавством [6].

Враховуючи сказане, об'єктивною необхідністю є визначення меж здійснення суб'єктивними трудовими правами як роботодавцями, так і працівниками. При цьому слід зважати на те, що визначення меж не є позбавленням права чи встановленням додаткових обов'язків.

У сучасній юридичній літературі порушується питання про розмежування понять «обмеження суб'єктивних прав» та «межі прав». Беззаперечним лідером у розгляді цього аспекту є цивілістична наука. При чому констатується відсутність єдності думок на співвідношення цих понять [8, 118–119]. О. Порождко називає шість критеріїв відмінності зазначених понять: постійність, відповідність законній процедурі, коло осіб, джерело встановлення, відповідність інтересам, можливість реалізації права [7, 123]. Більшість зазначених критеріїв відмінності можуть бути використані при формуванні відповідного вчення у доктрині трудового права.

У такому випадку правове становище учасників трудових відносин не погіршується, а лише уточнюється, що дає можливість запобігти виникненню фактів зловживання суб'єктивними трудовими правами та формує свідоме ставлення до виконання трудового договору.

Вагомим чинником, який сприяє формуванню та існуванню феномену зловживання правом, є властива трудовому праву нединамічна система запобіжного впливу на носія права з

метою стимулювання належного використання суб'єктивного права та утримання від зловживання.

Зокрема, в контексті позитивної дисциплінарної відповідальності існує потреба більш широкого та гнучкого переліку видів дисциплінарного впливу.

Отже, зловживання суб'єктивними трудовими правами є можливою, але не обов'язковою стадією функціонування трудових відносин, яка характеризується порушенням балансу інте-

ресів їх учасників унаслідок односторонньої та заснованої на відмінностях правового статусу працівника та роботодавця реалізації суб'єктивних трудових прав всупереч з їх (правами) соціальним призначенням, спрямованої на зміну попередньо визначеної взаємності та еквівалентності трудових відносин за рахунок використання наданих та закріплених правовими нормами можливостей.

### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Боднар Т. В.* Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві : моногр. — К., 2005; *Онищенко Г.* Проблема існування категорії «зловживання правом» // Юридичний журнал. — 2007. — № 2; *Яценко Т. С.* Категорія шиканы в гражданском праве. — М., 2003; *Портникова О. А.* Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. — М., 2007.
2. *Офман Е. М.* Злоупотребление правом субъектами трудовых отношений : дис. ... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2006.
3. *Мальцев Г. В.* Социальная справедливость и право. — М., 1977. — С. 10–12.
4. *Трудове право України* : акад. курс / за ред. П. Д. Пилипенка. — К., 2006. — С. 6.
5. *Панасюк О. Т.* Про соціальний аспект трудових відносин // Право України. — 2004. — № 4. — С. 119.
6. *Парпан Т. В.* Істотні умови трудового договору : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. — К., 2005.
7. *Породько О.* Межі та обмеження суб'єктивних цивільних прав громадян : розмежування понять // Право України. — 2009. — № 7. — С. 118–124.

#### Панасюк О. Т., Богдан І. А. Зловживання суб'єктивними трудовими правами: постановка проблеми

**Анотація.** Розглянуто зловживання правом як правову категорію. Проаналізовано певні його ознаки, закономірності виникнення, а також надано визначення зловживанню правом у контексті трудових правовідносин.

**Ключові слова:** зловживання правом, баланс інтересів, суб'єкти трудових відносин.

#### Панасюк О. Т., Богдан І. А. Злоупотребление субъективными трудовыми правами: постановка проблемы

**Аннотация.** Рассмотрено злоупотребление правом как правовую категорию. Проанализировано некоторые его признаки, закономерности возникновения, а также дано определение злоупотреблению правом в контексте трудовых правоотношений.

**Ключевые слова:** злоупотребление правом, баланс интересов, субъекты трудовых правоотношений.

#### Panasjuk O. T., Bogdan I. A. Abuse of subjective labour rights: statement of an issue

**Annotation.** Abuse of law as a legal category is considered. Some of its features and consistent patterns of its origination are analyzed as well as a law abuse definition is given in the context of labour legal relationships.

**Key words:** law abuse, balance of interests, subjects of labour legal relationship.

## ШЛЯХИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГРОШОВОЇ ОЦІНКИ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК



**Д. БУСУЙОК**

*кандидат юридичних наук,  
науковий співробітник*

*(Інститут держави і права  
ім. В. М. Корецького НАН України)*

До 90-х років правове регулювання суспільних відносин здійснювалось на засадах існування виключної державної власності на землю та жорсткої планової економіки. Відтак, земля не була предметом обороту на підставі цивільно-правових та інших правочинів. Усе змінилось після проголошення курсу на роздержавлення та приватизацію державного майна. Поряд із державною формою власності на землю були запроваджені приватна, колективна, комунальна форми власності на землю. З'явилися приватні землевласники та землекористувачі. Наслідком цього стало віднесення землі до нерухомого майна та включення її в оборот на підставі оренди, міни, ренти, дарування, успадкування та інших правочинів. Це, у свою чергу, вимагало визначення дійсної вартості землі. Активно розпочався процес формування правового механізму забезпечення здійснення оціночної діяльності.

© Д. Бусуйок, 2010

На підставі аналізу якісного стану правового механізму забезпечення оціночної діяльності можна зазначити, що нормативно-правові акти з оцінки земель мають суттєві недоліки. Їм властива множинність, вони містять повтори, а також між ними існують суперечності. Окрім цього, закони не здійснюють комплексного врегулювання діяльності з оцінки земель. Ці недоліки здебільшого зумовлені тим, що шляхи удосконалення законодавчого регулювання грошової оцінки земельних ділянок не є достатньо дослідженими у спеціальній юридичній літературі [1]. Таким чином, тема цієї статті є надзвичайно актуальною, а її дослідження сприятиме підвищенню ефективності правового регулювання діяльності з оцінки земель та усуненню недоліків у законодавчому забезпеченні оціночної діяльності.

З метою систематизації існуючих нормативно-правових актів з оцінки земель виникає потреба у проведенні їх класифікації [2, 176; 3, 311–345].

Відтак, за предметом правового регулювання їх можна поділити на чотири групи.

До першої групи належать нормативно-правові акти, що визначають загальні засади здійснення оцінки земель, — Закон України «Про оцінку земель» від 11 грудня 2003 р. № 1378–IV [4], Закон України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12 липня 2001 р. № 2658–III [5], постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Національного стандарту № 1 “Загальні засади оцінки майна і майнових прав”» від 10 вересня 2003 р. № 1440 [6], постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Національного стандарту № 2 “Оцінка нерухомого майна”» від 28 жовтня 2004 р. № 1442 [7].

Другу групу становлять нормативно-правові акти щодо нормативної грошової оцінки земель сільськогосподарського призначення та населених пунктів — постанова Кабінету Міністрів України «Про Методику нормативної грошової оцінки земель сільськогосподарського призначення та населених пунктів» від 23 березня 1995 р. № 213 [8], спільний наказ Державного комітету України із земельних ресурсів та інших органів «Про Порядок нормативної грошової оцінки земель сільськогосподарського призначення та населених пунктів» від 27 січня 2006 р. № 18/15/21/11 [9].

До третьої групи належать нормативно-правові акти щодо нормативної грошової оцінки земель несільськогосподарського призначення (крім земель населених пунктів) — постанова Кабінету Міністрів України «Про Методику нормативної грошової оцінки земель несільськогосподарського призначення (крім земель населених пунктів)» від 30 травня 1997 р. № 525

[10], наказ Державного комітету України із земельних ресурсів та інших органів «Про Порядок нормативної грошової оцінки земель несільськогосподарського призначення (крім земель у межах населених пунктів)» від 27 січня 2006 р. № 19/16/22/11/17/12 [11].

Четверту групу становлять нормативно-правові акти щодо експертної грошової оцінки земельних ділянок — постанова Кабінету Міністрів України «Про експертну грошову оцінку земельних ділянок» від 11 жовтня 2002 р. № 1531 [12], наказ Державного комітету України із земельних ресурсів «Про затвердження Порядку проведення експертної грошової оцінки земельних ділянок» від 9 січня 2003 р. № 2 [13].

За сферою дії можна виділити загальні та спеціальні нормативно-правові акти з оцінки земель. Загальні нормативно-правові акти з оцінки земель поширюються на всі суспільні відносини з оцінки земель або на їх переважну більшість. До таких нормативно-правових актів належить Закон України «Про оцінку земель» від 11 грудня 2003 р. № 1378–IV. Спеціальні нормативно-правові акти з оцінки земель поширюються лише на обмежену сферу суспільних відносин щодо оцінки земель. Такими обмеженими сферами суспільних відносин є: суспільні відносини щодо нормативної грошової оцінки земель сільськогосподарського призначення та населених пунктів, щодо нормативної грошової оцінки земель несільськогосподарського призначення (крім земель населених пунктів), щодо експертної грошової оцінки земельних ділянок.

Видами нормативно-правових актів з оцінки земельних ділянок за юридичною силою є закони та підзаконні

нормативно-правові акти. Підзаконними нормативно-правовими актами є: укази Президента України, постанови Кабінету Міністрів України, накази керівників державних комітетів тощо [2, 72]. Підзаконні нормативні акти різняться за юридичною чинністю [3, 334]. Юридична чинність підзаконних нормативних актів залежить від становища органів держави, які видають ці акти, їх компетенції, а також від характеру і призначення самих актів. Акт нижчої державної інстанції має бути не лише «під законом», а й під нормативними актами усіх вищих державних органів, яким він покликаний відповідати. Так, акти Державного комітету України із земельних ресурсів мають відповідати не лише Закону, а й нормативним документам Президента, Кабінету Міністрів України. На жаль, останнім часом спостерігалось зворотне — нормативно-правовим актам з оцінки земель, прийнятим Державним комітетом України із земельних ресурсів (порядки), надавалась перевага над нормативно-правовими актами з оцінки земель, прийнятими Кабінетом Міністрів України (стандарти та методики).

За суб'єктами нормотворчості нормативно-правові акти з оцінки земель можна поділити на закони, укази Президента України, постанови Кабінету Міністрів України, накази Державного комітету України із земельних ресурсів.

Вважаємо, що ця множинність нормативно-правових актів з оцінки земель зумовлена тим, що у прийнятих законах не здійснюється комплексного правового регулювання суспільних відносин щодо оцінки земель. Окрім цього, норми матеріального права переважають над нормами процесуального права. Разом з тим закон має передбачати здійснення комплексного

врегулювання відповідного кола суспільних відносин, а також у ньому мають закріплюватись як норми матеріального, так і норми процесуального права. Якщо матеріальні правові норми лише називають, позначають права, обов'язки або заборони, то процесуальні встановлюють порядок, процедуру, «регламент» здійснення прав або виконання обов'язків, встановлених у матеріальних нормах [2, 83].

У теорії права справедливо зазначається, у зв'язку з необхідністю саме процедурно-процесуального забезпечення здійснення прав особи потрібно зважати на обставину, що самого лише номінального, «номенклатурного» їх закріплення в тексті Конституції, інших важливих законах ще не досить для юридичної захищеності особи. Таке декларування, «називання» саме по собі набуває не більш ніж формально-пропагандистського значення. Не відповідаючи на запитання, як, яким способом, якими конкретними діями втілити в життя поіменоване право людини, закон перетворюється лише на обіцянку, декларацію, гасло, мету, програму, але ще «не дотягує до явища власне юридичного» [2, 18].

За цих умов обов'язок законодавця комплексно врегульовувати суспільні відносини з оцінки земель і встановлювати норми, які б визначали порядок проведення оцінки земельних ділянок, перебрали на себе інші органи держави — Кабінет Міністрів України та Державний комітет України із земельних ресурсів. Результати такої правотворчої діяльності знайшли закріплення замість законів у підзаконних нормативно-правових актах. Останні у свою чергу мають суттєві недоліки. Це призвело до зниження рівня гарантування прав на землю.

Недоліки у правотворчій діяльності спричинили те, що існуючі нор-



мативно-правові акти з оцінки земель містять повтори. Зокрема, однакові приписи щодо методичних підходів до оцінки земельних ділянок можна знайти у постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження Національного стандарту № 1 «Загальні засади оцінки майна і майнових прав» від 10 вересня 2003 р. № 1440, постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження Національного стандарту № 2 «Оцінка нерухомого майна»» від 28 жовтня 2004 р. № 1442, постанові Кабінету Міністрів України «Про експертну грошову оцінку земельних ділянок» від 11 жовтня 2002 р. № 1531, наказі Державного комітету України із земельних ресурсів «Про затвердження Порядку проведення експертної грошової оцінки земельних ділянок» від 9 січня 2003 р. № 2.

Недоліки нормативно-правових актів щодо оцінки земель не вичерпуються існуванням повторів. Між ними існують колізії. Колізії у цій сфері виникли: між актами одного і того ж органу, проте виданими в різний час; між законами та підзаконними нормативно-правовими актами; між актами, прийнятими різними органами; між загальними та спеціальними актами.

Загальноприйняті шляхи вирішення таких колізій передбачають, що між актами одного і того ж органу, проте виданими в різний час, застосовується акт, який був прийнятий пізніше. Між законами та підзаконними нормативно-правовими актами колізія вирішується на користь закону як акта, який має вищу юридичну силу. Між актами, прийнятими різними органами, застосовується акт, який має більшу юридичну силу. Колізії між загальними та спеціальними актами вирішуються залежно від того, прийняті вони одним органом чи різними органами. Якщо такі акти прийняті

одним органом, то застосовується останній. Якщо ж вони прийняті різними органами, то діє перший [14, 229–230].

Щодо суперечностей між правовими актами одного і того ж органу, проте виданими в різний час, то вони виникли між наказами Державного комітету України із земельних ресурсів «Про затвердження Порядку проведення експертної грошової оцінки земельних ділянок несільськогосподарського призначення» від 8 липня 1999 р. № 72 [15] та «Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності щодо проведення землепорядних та землеоціночних робіт» від 13 лютого 2001 р. № 28/18 [16]. Порядок, на відміну від Ліцензійних умов, передбачав вужче коло суб'єктів, які мали залучатись до виконання робіт з оцінки земельних ділянок. Отже, після введення в дію Ліцензійних умов, коло виконавців робіт з оцінки земель стало визначатись безпосередньо Ліцензійними умовами, прийнятими пізніше, на відміну від Порядку.

Колізії також виникли між законами та підзаконними нормативно-правовими актами, а відтак актами, прийнятими різними органами. Зокрема, між підзаконними нормативно-правовими актами, якими є постанова Кабінету Міністрів України «Про експертну грошову оцінку земельних ділянок несільськогосподарського призначення» від 16 червня 1999 р. № 1050 [17], накази Державного комітету України із земельних ресурсів «Про затвердження Порядку проведення експертної грошової оцінки земельних ділянок несільськогосподарського призначення» від 8 липня 1999 р. № 72, «Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності щодо проведення земле-

впорядних та землеоціночних робіт» від 13 лютого 2001 р. № 28/18 та Законом України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12 липня 2001 р. № 2658-III.

З огляду на те, що колізія в цьому випадку вирішується на користь акта вищої сили, це мало б призвести до припинення дії приписів підзаконних нормативно-правових актів, що суперечили положенням цього Закону. Зокрема, в частині визначення суб'єктів оціночної діяльності, порядку провадження професійної підготовки оцінювачів, документів, які підтверджували достатній фаховий рівень підготовки оцінювача, мали б керуватись виключно положеннями Закону.

Разом з тим склалась неоднозначна ситуація, коли поряд із дією Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12 липня 2001 р. № 2658-III продовжували діяти приписи підзаконних нормативно-правових актів, які мали бути скасовані цим Законом. Зокрема, наказ Державного комітету України із земельних ресурсів «Про затвердження Порядку проведення експертної грошової оцінки земельних ділянок несільськогосподарського призначення» від 8 липня 1999 р. № 72 втратив чинність за наказом Державного комітету України із земельних ресурсів від 24 лютого 2003 р. № 36 [18], проте фактично діяв до введення в дію 13 січня 2004 р. Закону України «Про оцінку земель». Окрім цього, видача ліцензій на провадження землеоціночної діяльності відбувалась відповідно до наказу Державного комітету України із земельних ресурсів «Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності щодо проведення землевпорядних та землеоціночних робіт» від 13 лютого 2001 р. № 28/18.

Щодо колізій між загальними та спеціальними актами, то залишення без вирішення зазначених суперечностей призвело до обмеження прав та свобод громадян. Відповідно до ст. 64 Конституції України конституційні права і свободи людини та громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією [19]. Незважаючи на цей конституційний припис, саме це відбулось у Законі України «Про оцінку земель» від 11 грудня 2003 р. № 1378-IV.

Оскільки спеціальні положення щодо суб'єктів проведення оцінки земель, порядку підготовки таких оцінювачів не знайшли свого закріплення у Законі України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12 липня 2001 р. № 2658-III, то подальше правове регулювання цих суспільних відносин мало провадитись у межах, визначених цим Законом. Проте цього не сталося. Зокрема, у прийнятому згодом Законі України «Про оцінку земель» від 11 грудня 2003 р. № 1378-IV передбачено, що юридична особа замість одного оцінювача (ст. 5 Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні») обов'язково повинна мати у штаті як мінімум двох. Окрім цього, разом із цим Законом, з метою уточнення вимог до суб'єктів оціночної діяльності, відбувається застосування наказу Державного комітету України із земельних ресурсів «Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності щодо проведення робіт із землеустрою, землеоціночних робіт» від 5 серпня 2009 р. № 423 [20]. Він, у свою чергу, посилює вимоги до суб'єктів оціночної діяльності. Зокрема, висувається вимога про наявність у складі юридичної особи спеціаліста

(за основним місцем роботи), який закінчив вищий навчальний заклад за спеціальностями «землепорядкування» або «землепорядкування та кадастр» за освітньо-кваліфікаційним рівнем «спеціаліст», «магістр», має стаж роботи за спеціальністю не менше ніж три роки, та про наявність у фізичної особи — суб'єкта господарювання диплома про закінчення вищого навчального закладу за спеціальностями «землепорядкування» або «землепорядкування та кадастр» за освітньо-кваліфікаційним рівнем «спеціаліст», «магістр» та стажу роботи за спеціальністю не менше ніж три роки. При цьому під час здійснення практичної діяльності з оцінки земельних ділянок функція землепорядкування не провадиться. Отже, у суб'єктів оціночної діяльності не має потреби у спеціалістах за спеціальностями «землепорядкування», «землепорядкування та кадастр». Таким чином, вимоги про наявність відповідної кількості оцінювачів та певних спеціалістів не лише суперечать вимогам, які пред'являються до суб'єктів оціночної діяльності згідно із Законом України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12 липня 2001 р. № 2658-III, а й обмежують їхні права.

Отже, виникає запитання про можливі шляхи вирішення таких колізій. На нашу думку, керуючись запропонованими розробками в теорії права [14, 229–230], на першому етапі можна запропонувати такі заходи щодо уникнення існуючих суперечностей між нормативно-правовими актами: скасувати акти, що суперечать Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні», привести Закон України «Про оцінку земель» у відповідність до Закону України «Про

оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні», з урахуванням наведених положень Закону України «Про оцінку земель» у відповідність до Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» прийняти нові Ліцензійні умови провадження господарської діяльності щодо проведення землеоціночних робіт.

Окрім викладеного, наведені недоліки можуть бути усунені за допомогою наступної систематизації нормативно-правових актів з оцінки земель [3, 256] у формі консолідації [21] та кодифікації [22]. Консолідація нормативно-правових актів з оцінки земельних ділянок — це процес, у результаті якого існуюча множинність нормативних актів з нормативної та експертної оцінки земель буде об'єднана в один законодавчий акт — Закон України «Про оцінку земель». Норми права, включені в попередні акти, мають викладатись у цьому Законі у логічній послідовності. Існуючі на час систематизації повтори та суперечності підлягатимуть усуненню. У разі необхідності має бути проведено редагування відповідних статей.

Враховуючи те, що оцінка земель є одним із різновидів оцінки майна, наступним етапом систематизації, на нашу думку, може стати кодифікація. Кодифікація передбачатиме систематизацію законодавства з оцінки майна, майнових прав та професійної оціночної діяльності. Результатом кодифікації може стати кодекс з оцінки майна, майнових прав та професійної оціночної діяльності. На тій підставі, що предметами суспільних відносин з оцінки є земля, будівлі, споруди, об'єкти інтелектуальної власності тощо, цей акт не матиме єдиного предмета і методу правового регулювання.

Отже, цей кодекс представлятиме систему норм різних галузей права, які використовуватимуться під час регулювання цієї сфери суспільних відносин. За цих умов він матиме комплексний, а не галузевий характер.

Таким чином, це дослідження дозволило нам проаналізувати недоліки, притаманні законодавчому регулю-

ванню грошової оцінки земельних ділянок, та запропонувати шляхи їх подолання. На нашу думку, визначені нами положення створять сприятливі умови для подальшої діяльності законодавця з упорядкування існуючих нормативно-правових актів з грошової оцінки земельних ділянок.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Драпиковский А.* Недвижимость : комментарий к Международным правилам оценки / А. Драпиковский, И. Иванова. — К., 2004. — 60 с.; *Драпиковский А. И.* Оценка земельных участков / А. И. Драпиковский, И. Б. Иванова. — Бишкек, 2003. — 288 с.; *Методичні основи грошової оцінки земель в Україні : навч. посіб.* / Ю. Ф. Дехтяренко, М. Г. Лихогруд, Ю. М. Манцевич, Ю. М. Палеха. — К., 2007. — 624 с.; *Оценка имущества и имущественных прав* / Ю. Гарбар, А. Драпиковский, И. Иванова и др. ; под общ. ред. С. Скрынько. — К., 2007. — 746 с.; *Палеха Ю. М.* Економіко-географічні аспекти формування вартості території населених пунктів наук. вид. / Ю. М. Палеха. — К., 2006. — 324 с.
2. *Рабинович П. М.* Основы заглавной теории права та держави : посіб. / П. М. Рабинович. — Бородянка, 1993. — 176 с.
3. *Скакун О. Ф.* Теория держави і права : підруч. / О. Ф. Скакун. — Х., 2001. — 656 с.
4. *Про оцінку земель* : Закон України від 11 грудня 2003 р. № 1378-IV // Офіційний вісник України. — 2004. — № 1. — С. 7.
5. *Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні* : Закон України від 12 липня 2001 р. № 2658-III // Офіційний вісник України. — 2001. — № 34. — С. 1.
6. *Про затвердження Національного стандарту № 1 «Загальні засади оцінки майна і майнових прав»* : постанова Кабінету Міністрів України від 10 вересня 2003 р. № 1440 // Офіційний вісник України. — 2003. — № 37. — С. 64.
7. *Про затвердження Національного стандарту № 2 «Оцінка нерухомого майна»* : постанова Кабінету Міністрів України від 28 жовтня 2004 р. № 1442 // Офіційний вісник України. — 2004. — № 44. — С. 31.
8. *Про Методику нормативної грошової оцінки земель сільськогосподарського призначення та населених пунктів* : постанова Кабінету Міністрів України від 23 березня 1995 р. № 213 // <http://www.zakon.rada.gov.ua>
9. *Про Порядок нормативної грошової оцінки земель сільськогосподарського призначення та населених пунктів* : наказ Державного комітету України із земельних ресурсів та інших органів від 27 січня 2006 р. № 18/15/21/11 // Офіційний вісник України. — 2006. — № 15. — С. 154.
10. *Про Методику нормативної грошової оцінки земель несільськогосподарського призначення (крім земель населених пунктів)* : постанова Кабінету Міністрів України від 30 травня 1997 р. № 525 // Офіційний вісник України. — 1997. — № 23. — С. 87.
11. *Про Порядок нормативної грошової оцінки земель несільськогосподарського призначення (крім земель у межах населених пунктів)* : наказ Державного комітету України із земельних ресурсів та інших органів від 27 січня 2006 р. № 19/16/22/11/17/12 // Офіційний вісник України. — 2006. — № 15. — С. 169.
12. *Про експертну грошову оцінку земельних ділянок* : постанова Кабінету Міністрів України від 11 жовтня 2002 р. № 1531 // Офіційний вісник України. — 2002. — № 42. — С. 144.
13. *Про затвердження Порядку проведення експертної грошової оцінки земельних ділянок* : наказ Державного комітету України із земельних ресурсів від 9 січня 2003 р. № 2 // Український земельний ринок // <http://www.land-ukraine.com>
14. *Малько А. В.* Теория государства и права : учеб. / А. В. Малько. — М., 2001. — 776 с.
15. *Про затвердження Порядку проведення експертної грошової оцінки земельних ділянок несільськогосподарського призначення* : наказ Державного комітету України із земельних ресурсів від 8 липня 1999 р. № 72 // НАУ // <http://www.zakon.nau.ua>
16. *Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності щодо проведення землепорядних та землеоціночних робіт* : наказ Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва, Державного комітету України із земельних ресурсів від 13 лютого 2001 р. № 28/18 // Офіційний вісник України. — 2001. — № 9. — С. 669.
17. *Про експертну грошову оцінку земельних ділянок несільськогосподарського призначення* : постанова Кабінету Міністрів України від 16 червня 1999 р. № 1050 // Офіційний вісник України. — 1999. — № 24. — С. 167.

18. *Про визнання* таким, що втратив чинність, наказу Комітету від 8 липня 1999 р. №72 : наказ Державного комітету України із земельних ресурсів від 24 лютого 2003 р. № 36 // НАУ // <http://www.zakon.nau.ua>
19. *Конституція України*. — К., 2006. — 128 с.
20. *Про затвердження* Ліцензійних умов провадження господарської діяльності щодо проведення робіт із землеустрою, землеоціночних робіт : наказ Державного комітету України із земельних ресурсів від 5 серпня 2009 р. № 423 // Офіційний вісник України. — 2009. — № 68. — С. 114.
21. *Гранат Н. Л.* Тема 12. Источники права / Н. Л. Гранат, В. В. Лазарев // *Общая теория права и государства* : учеб. / В. С. Афанасьев, А. П. Герасимов, В. И. Гойман и др.; под ред. В. В. Лазарева. — 3-е изд. — М., 2002. — С. 197.
22. *Сырых В. М.* Теория государства и права : учеб. / В. М. Сырых. — М., 2004. — С. 231–234.

**Бусуйок Д. В.** Шляхи удосконалення законодавчого регулювання грошової оцінки земельних ділянок

**Анотація.** Проведено класифікацію нормативно-правових актів з грошової оцінки земель. Виявлено притаманні їм недоліки. Запропоновано шляхи їх подолання.

**Ключові слова:** грошова оцінка земель, експертна грошова оцінка земель, нормативна грошова оцінка земель, колізії, консолідація, кодифікація.

**Бусуёк Д. В.** Пути усовершенствования законодательного регулирования денежной оценки земельных участков

**Аннотация.** Проведена классификация нормативно-правовых актов по денежной оценке земель. Выявлены присущие им недостатки. Предложены пути их преодоления.

**Ключевые слова:** денежная оценка земель, экспертная денежная оценка земель, нормативная денежная оценка земель, коллизии, консолидация, кодификация.

**Busuoiok D. V.** The ways of improving the legislative adjusting of land money estimation

**Annotation.** Classification of legal acts in the sphere of land money estimation has been conducted. Some shortcomings are inherent in them. The defects have been marked out. The ways to overcome that have been offered.

**Key words:** money estimation of land, expert money estimation of land, normative money estimation of land, collisions, consolidation, codification.

Вийшов друком підручник:

**Семчик В. І.**

**Земельне право України : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / В. І. Семчик, П. Ф. Кулинич, М. В. Шульга. — К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2008. — 600 с.**

Підручник підготовлено відповідно до програми курсу земельного права вищих юридичних закладів. Висвітлюються теоретичні питання земельного права, земельне право як галузь у системі сучасного права України і навчальна дисципліна. Розглядаються предмет, принципи, витоки і система земельного права, дається характеристика земельно-правової норми і земельного правовідношення та його елементів, права власності на землю і права землекористування, набуття та припинення прав на землю, приватизації земель, правового режиму земель сільськогосподарського призначення, житлової і громадської забудови, промисловості, транспорту, зв'язку, лісгосподарського призначення і водного фондів, а також правових питань укріплення в галузі використання та охорони земель, земельного кадастру і землеустрою, гарантій прав на землю, правової охорони земель, захисту прав на землю та юридичної відповідальності за порушення земельного законодавства.

Видання розраховане на студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів, може стати у нагоді студентам та викладачам економічних, сільськогосподарських, кооперативних ВНЗ та факультетів.

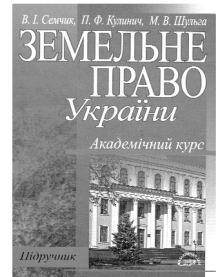
**Замовляйте видання за телефонами:**

**0(44) 537-51-20, 537-51-21**

**або електронною поштою**

**[sales@inyure.kiev.ua](mailto:sales@inyure.kiev.ua)**

**<http://shop.inyure.kiev.ua>**



## ПРАВОВІ ОСНОВИ БЮДЖЕТНОГО КОНТРОЛЮ



**О. ГЕТМАНЕЦЬ**

*кандидат економічних наук,  
професор кафедри правових основ  
підприємницької діяльності навчально-наукового  
інституту права, економіки та соціології  
(Харківський національний університет  
внутрішніх справ)*

**П**равове забезпечення будь-якої діяльності є необхідною умовою існування суспільства. З часів Древнього Риму відомо, що приватне та публічне право (*jus*) є самим випробуваним історією та дієвим інструментом удосконалення, організації та підтримки можливої раціональності та ефективності суспільної життєдіяльності [1].

Розробка проблем бюджетного контролю спирається на дослідження представників різних галузей знань. Теоретичні та методологічні основи контролю визначаються, з одного боку, економічними науками, а з другого — правові науки досліджують контроль як функцію управління. Проте будь-які економічні відносини мають правову форму. Філософи вважають: «...та обставина, що в розпорядженні права знаходяться норми і закони, як ефективний засіб з адаптування індивідуальної поведінки до зовнішніх обставин, дозволяє віднести його до одного з різновидів адаптивних механізмів» [2].

В юридичній науці автори під поняттям «правові основи» розуміють

сукупність нормативно-правових актів [3, 4]. Окремі питання щодо правових основ бюджетного контролю аналізувалися в юридичній науці. Так, правову основу діяльності органів контролю в Україні вивчає О. Івченко [3]; правові засади контролю за використанням бюджетних коштів з боку Рахункової палати визначає Л. Юхименко [4]; правові основи фінансового контролю досліджує Л. Савченко [5] та ін. Проте бюджетний контроль не є метою цих досліджень. Обмеженість розробки проблем бюджетного контролю і недосконалість чинного бюджетного законодавства з контролю породжує правовий нігілізм підконтрольних та численні бюджетні порушення.

Мета статті — на підставі аналізу нормативно-правових актів з бюджетного контролю визначити причини недосконалості, що впливають на якість бюджетного контролю, та окреслити шляхи їх подолання. Пропонується авторське визначення категорії «правові основи бюджетного контролю», уточнюється її зміст та обґрунтовується необхідність розробки стандартів державного бюджетного контролю.

Прийняття Бюджетного кодексу України (далі — БК України) — це важливий крок до розвитку бюджетного законодавства і встановлення правових основ бюджетного контролю. Чинні нормативно-правові акти з окремих питань контролю бюджетного процесу, що прийняті відповідно до Конституції та БК України, проголошують спрямованість на організацію ефективного бюджетного контролю загалом і, зокрема, на виконання бюджетного закону та рішень про місцеві бюджети.

Правові основи бюджетного контролю — це коло нормативно-правових актів, що визначають організаційну структуру, методологічні основи бюджетного контролю, містять вимоги діяльності контролюючих суб'єктів у бюджетному процесі щодо виконання учасниками бюджетного процесу, встановлених бюджетним законодавством повноважень, і впливають на правову поведінку суб'єктів із приводу бюджетного закону, рішень про місцеві бюджети та інших нормативно-правових актів з бюджетної діяльності.

Нормативні акти з бюджетного контролю повинні забезпечувати легітимність та цілісність системи державного бюджетного контролю, мати взаємоузгоджений характер, визначати організаційну структуру і методологічні засади контролю. Під час розробки та визначення норм бюджетного права ці вимоги мають виключне значення, тому що регулюють матеріальні питання, безпосередньо вирішують найважливіші життєві проблеми людей. Проте в чинному бюджетному законодавстві відсутнє поняття «бюджетний контроль».

Проблема правової неврегульованості державного бюджетного контролю висвітлює ряд причин, що її утворюють.

По-перше, законодавство щодо фінансового та бюджетного контролю з самого початку формувалося з чинних нормативно-правових актів, що встановлювали повноваження утворених органів фінансового контролю, і тих, що створювалися на базі вже діючих органів державного управління. Наприклад, Державне казначейство було створено частково на базі Управління виконання державного бюджету Міністерства фінансів України, тобто отримало притаманні йому функції, а Рахункова палата утворювалася Верховною Радою України як постійно діючий орган контролю за своєчасним виконанням видаткової частини Державного бюджету України.

По-друге, нормативно-правові акти, що визначають діяльність спеціальних органів фінансового контролю та учасників бюджетного процесу, мають власне локальний характер, але надають можливість розробки загального правового документа з державного бюджетного контролю. Відомо, що фінансові інтереси держави ширші ніж бюджетні. Позитивно, що в прикінцевих положеннях БК України визначається необхідність розробки і прийняття закону «Про державний контроль за дотриманням бюджетного законодавства та відповідальність за бюджетні правопорушення», але невинувато затягується розгляд та прийняття проекту цього закону, підготовленого Кабінетом Міністрів України ще у 2003 р. [6]. Існують численні проекти законів про фінансовий контроль, прийняття яких залишається актуальним [7].

По-третє, чинні нормативно-правові акти з фінансового та бюджетного контролю мають суттєві недоліки, які об'єктивно зумовлені їх застарілістю та невідповідністю вимогам сьогодення. Наприклад, Рахункова палата

України діє відповідно до Закону, що був прийнятий у 1996 р. зі змінами, внесеними Законом, прийнятим у 1998 р. Закон про Державне казначейство України відсутній, цей орган діє на підставі Положення про Державне казначейство України. Неузгодженість із чинним БК України, який було прийнято у 2001 р., призводить до колізій у законодавстві, порушує цілісність системи законів.

По-четверте, якість нормативно-правових актів з бюджетного контролю. Нечіткість формулювання норм призводить до неправильного їх тлумачення при здійсненні контрольних заходів, реалізації прав та обов'язків суб'єктів контролю. Наприклад, необхідність зовнішнього та внутрішнього фінансового контролю, що здійснюється у бюджетному процесі, визнається у ст. 26 БК України, але не надається механізм, відсутнє визначення методів тощо.

Визначення правових основ фінансово-бюджетного контролю проблему його організації, а також створення режиму дотримання законності, фінансової та бюджетної дисципліни в бюджетному процесі, у повному обсязі не вирішить. Кожна правова база потребує надійного механізму впровадження, організаційних заходів, узгодженості дій задіяних органів.

Водночас слід визнати, що прийняття БК України суттєво реформувало бюджетні відносини і створило необхідні умови для організації діючого бюджетного контролю. В органах фінансового контролю щорічно розробляються документи з процедури контролю, учасники бюджетного процесу, що наділені контрольними повноваженнями, також отримали право на розроблення внутрішніх документів з організаційного та методичного забезпечення контрольних заходів.

Власне, це — правила, стандарти проведення бюджетного контролю, поведінки контролерів, тільки зроблені окремими органами, без взаємної узгодженості, що призводить до іноді зайвих у роботі підконтрольних суб'єктів безперервних контрольних заходів з боку контролюючих суб'єктів та унеможливорює вироблення єдиної оцінки роботи. Тобто стандартизація на рівні окремих органів — це лише часткове вирішення проблеми.

Необхідність створення стандартів у контрольній діяльності визначалася урядом. Відповідно до Указу Президента «Про зміцнення фінансової дисципліни та запобігання правопорушенням у бюджетній сфері» Головне контрольно-ревізійне управління розробило «Стандарти контролю за використанням бюджетних коштів державного та комунального майна» [8]. Проте цей документ не охоплює всієї процедури організації контролю бюджетного процесу і має недоліки щодо узгодженості з іншими діями органів фінансового контролю.

У світовій практиці стандарти державного фінансового контролю розробляються вищим органом державного фінансового контролю — Комітетом з аудиторських стандартів Міжнародної організації вищих контрольних органів (*INTTOSAI*) і рекомендуються до застосування органами контролю розвинених країн тією мірою, в якій вони співвідносяться з законодавством цих країн [9].

Важливо при розробці Стандартів державного бюджетного контролю (далі — стандартів ДБК) чітко визначити об'єкт і предмет контролю, що, як правило, залишається поза увагою законодавця. Поділяємо висновок науковців щодо об'єкта стандартизації — він повинен мати перспективу багаторазового застосування [5].



Бюджетний процес має правові підстави щорічного здійснення, а контроль, який йому притаманний, — ні. Стандарти ДБК — це база, зразок, еталон, що забезпечуватиме стабільність та розуміння усіма контролюючими суб'єктами власних функцій та вкладу в загальний результат. Так, багаторічний попит бухгалтерського обліку та аудиту довели, що система стандартів забезпечує високий професіоналізм бухгалтерів й аудиторів, скорочує строки їх навчання та адаптації на практиці. Стандарти ДБК, що є правилом поведінки, упорядкованим механізмом діяльності контролерів, визначають основні вимоги якості та надійності контролю і нададуть можливість підконтрольним суб'єктам грамотно визначити власну поведінку відносно контролюючого суб'єкта.

Отже, для подолання правової недосконалості бюджетного контролю вкрай необхідним є прийняття закону про бюджетний контроль і відповідне впровадження спеціального документа — стандартів ДБК.

Загалом необхідно не лише створити самі стандарти, а й забезпечити

відповідні заходи щодо їх опрацювання. По-перше, це коректування правової бази державного бюджетного контролю, по-друге — необхідні методичні пояснення щодо розробки та застосування стандартів ДБК, по-третє — притягнути для створення стандартів ДБК суб'єктів бюджетного контролю, тобто широке коло учасників бюджетного процесу, що потрібно для дійсно справедливого та неупередженого здійснення бюджетного процесу. Проте невирішеними залишаються проблеми узгодженості прав і обов'язків контролюючих суб'єктів у бюджетному процесі, визначення суб'єкта, в повноваженнях якого має бути право на розроблення стандартів ДБК, а також повноважень підконтрольних суб'єктів.

Формування цілісної теоретичної концепції державного бюджетного контролю є умовою налагодження його на практиці, що потребує розробки нормативно-правових актів із бюджетного контролю й удосконалення чинних, і є правовою основою для ефективності та стабільності бюджетного процесу в країні.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Атаманчук Г. В.* Государственное управление (организационно-функциональные вопросы) : учеб. пособие. — М., 2000. — 302 с.
2. *Бачинін В. А., Журавський В. С., Панов В. І.* Філософія права : словник. — К., 2003. — 408 с.
3. *Івченко О. М.* Перевірки органами контролю суб'єктів підприємництва. — К., 2003. — 184 с.
4. *Юхименко Л.* Правові засади контролю за використанням бюджетних коштів, здійснюваного Рахунковою палатою України // *Право України*. — 2003. — № 11. — С. 72–74.
5. *Савченко Л. А.* Поняття фінансового контролю, його функції та об'єкти // *Актуальні проблеми держави і права*. — 2001. — Вип. 12. — С. 274–281.
6. *Про державний контроль за дотриманням бюджетного законодавства та відповідальність за бюджетні правопорушення* : проект закону України № 33242 від 17 березня 2003 р. // <http://www.rada.kiev.ua>
7. *Про систему державного фінансового контролю в Україні* : проект Закону України № 1131 від 3 червня 2002 р. // <http://www.rada.kiev.ua>
8. *Про затвердження стандартів державного фінансового контролю за використанням бюджетних коштів державного та комунального майна* : наказ Головки КРУ від 9 серпня 2002 р. № 168. Зареєстрований у Мін'юсті України 17 вересня 2002 р. № 756/7044.
9. *Лимская декларация руководящих принципов контроля* // *Правовое регулирование государственного финансового контроля в зарубежных странах. Аналитический обзор и сборник нормативных документов* / сост. С. О. Шохин, В. И. Шлейников [Аналитический раздел и общая редакция С. О. Шохина]. — М., 1998. — С. 42–51.

**Гетманець О. П. Правові основи бюджетного контролю**

**Анотація.** Нормативні акти з бюджетного контролю повинні забезпечувати легітимність та цілісність системи бюджетного контролю, мати взаємоузгоджений характер, визначати організаційну структуру і методологічні засади. Для подолання правової недосконалості вкрай необхідним є прийняття закону про бюджетний контроль.

**Ключові слова:** бюджетний контроль, правові основи, нормативно-правові акти, повноваження контролюючих суб'єктів, закон про бюджетний контроль, стандарти державного бюджетного контролю.

**Гетманець О. П. Правовые основы бюджетного контроля**

**Аннотация.** Нормативные акты, регулирующие бюджетный контроль, должны обеспечивать легитимность и целостность системы финансового контроля на всех стадиях бюджетного процесса, иметь согласованный характер, определять организационную структуру и методологические основы. Для преодоления правового несовершенства необходимо принять закон о бюджетном контроле.

**Ключевые слова:** бюджетный контроль, правовые основы, нормативно-правовые акты, полномочия контролирующих субъектов, закон о бюджетном контроле, стандарты государственного бюджетного контроля.

**Getmanets O. P. Legal bases of budgetary control**

**Annotation.** Normative acts from the budgetary control must provide legitimacy and integrity of the budgetary checking system, to have a concerted character, to determine an organizational structure and methodological bases. For overcoming of legal imperfection acceptance of law is extremely needed about the budgetary control.

**Key words:** budgetary control, legal frameworks, normative-legal acts, plenary powers of supervisory subjects, law about the budgetary control, standards state budgetary control.

Видавничий Дім «Ін Юре» пропонує: -----



**Україна. Закони. Бюджетний кодекс України ; Митний кодекс України : офіц. вид. : із змінами та допов. станом на 1 берез. 2007 р. / М-во юстиції України. — К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2007. — 352 с.**

*Замовляйте видання за телефонами:*

*0(44) 537-51-20, 537-51-21*

*або електронною поштою*

*sales@inyure.kiev.ua*

*http://shop.inyure.kiev.ua*

-----

## ДО ПИТАННЯ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНИХ ДІЯНЬ У МЕДІАПРОСТОРІ УКРАЇНИ



**Н. САВІНОВА**

*кандидат юридичних наук,*

*доцент кафедри кримінально-правових дисциплін*

*Навчально-наукового інституту права  
і психології*

*(Київський національний університет  
внутрішніх справ)*

Розвитку інформаційного суспільства приділена увага науковців, політиків і практиків Землі. Він є не лише позитивним — розвиток знань та інтелектуальних технологій, що ергономізують життєдіяльність суспільства та динаміку інформації, транскордонний миттєвий рух якої забезпечують інформаційно-комунікаційні технології (ІКТ). Динаміка суспільних відносин у інформаційному суспільстві і використання тріади основних його ресурсів — інформації, знань та ІКТ — зумовлює трансформацію раніше відомих злочинів та виникнення нових суспільно небезпечних діянь, потреба криміналізації яких актуалізується на сучасному етапі розвитку людства. І це логічно: нові епохи породжують нові потреби, нові потреби спрямовуються на нові предмети. Специфікою нових видів суспільно небезпечних діянь у інформаційному суспільстві є те, що велика кількість здійснюється з використанням ІКТ,

оскільки останні дають можливість здійснення комунікацій не лише дистанційованих, а й масових — у спосіб використання масових комунікацій.

Характеризуючи розвиток технологій, С. Лем підкреслював, що цілі, яких можуть такі технології досягнути, не завжди відомі і бажані на початку створення таких технологій [1, 22]. Е. Тоффлер застерігав світову спільноту від однолінійного сприйняття інформаційного суспільства і намагання оперативно управляти явищами у ньому, зазначаючи: «...недостатньо, однак, казати, що зміни, з якими ми зустрінемося, будуть революційними. Раніше, ніж ми зможемо контролювати або направляти їх, нам потрібно мати свіжий погляд, аби їх виявляти і аналізувати» [2, 38]. На потенційних проблемах наполягали багато вчених, зокрема на необхідності правильного спрямування векторів розвитку інформаційного суспільства\*, як запоруку від небезпек у ньому.

\* Так, М. Кастельєс зазначає, що для всіх моделей розвитку інформаційного суспільства існує декілька загальних елементів, без яких немає шансу появи інновацій і розквіту: централізацію ролі університетських досліджень; визнання бюрократії ворогом інновацій; необхідність гнучкості ринку капіталу з різними

© Н. Савінова, 2010

Україна тривалий час визначала себе аграрною країною, незважаючи на те, що, наприклад, основну частку у ВВП країни, в аграрному секторі за даними 2006 р. було задіяно лише 10,2 % населення [3]. З прийняттям у 2007 р. Закону України «Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні» [4], така ситуація дещо змінилася, оскільки задекларовані перспективи розвитку вітчизняного сегмента інформаційного суспільства, безумовно, потіснять інші пріоритети, хоча і не виключать їх.

При цьому вітчизняне законодавство і, зокрема, Закон про кримінальну відповідальність до сьогодні поповнюються новими положеннями переважно внаслідок ратифікації Україною вимог міжнародних актів стосовно криміналізації окремих суспільно небезпечних діянь, які посягають на інформаційну безпеку. Власної ініціативи з приводу модернізації чинного Кримінального кодексу України (далі — КК України) стосовно криміналізації суспільно небезпечних діянь, які вчинюються у вітчизняному інформаційному просторі, зокрема і в медійній сфері, фактично не запроваджуються.

Зробивши незначний відступ від попереднього зауваження, слід процитувати два застереження, висловлені Е. Тоффлером — відомим дослідником інформаційного суспільства та видатним політиком сучасності: «Людство чекають різкі зміни. Воно стоїть перед найглибшим соціальним переворотом і творчою реорганізацією всього часу.

Не розрізняючи ще виразність цієї збурилої нової цивілізації, ми з самого початку беремо участь у її розбудові» [2, 32]; а М. Тетчер з приводу розвитку нового типу суспільних відносин підкреслювала: «Світ, який «був» — попередник сьогоденного світу «доткомів» (від «*com*». — Н. Р.), мобільних телефонів і генетично модифікованих продуктів — це свідок боротьби не на життя, а на смерть, від кінця якої залежить подальший шлях життя» [5, 25–26].

Сьогодення диктує нові вимоги, нове усвідомлення реальності загроз, нове ставлення до злочинності, її можливостей, способів і засобів вчинення злочинів, використання нових технологій і спрямування злочинних посягань на новітні предмети. Предметами злочинів стають інформація, знання, ІКТ, і посягання на них здійснюється з використанням інформації, знань та ІКТ — ресурси нових суспільних відносин відкривають нові можливості для злочинності. М. Головатий зазначає: «За усіх позитивів, особливо для країн, які за рахунок інтенсивного розвитку і використання інформації вступили у так звану інформаційну еру, інформаційне суспільство має все ж і багато проблем, несе певні загрози... може сприяти появи так званої інформаційної диктатури, розпалюванню інформаційних війн тощо» [6, 341].

Враховуючи загрози глобального для держави значення, необхідно наголосити на необхідності запровадження сукупності правових механізмів векторного спрямування й унебезпечення

формами ризикованого (венчурного) капіталу; сприйняття таланту людини як основного джерела нової економіки і забезпечення його розвитку за допомогою високої якості освітніх джерел; поширення і пристосування нової інформації і комунікаційних технологій визнаються основою перетворень; незупинне покращання і здешевлення доступу до комунікацій, що забезпечується телекомунікаційними операторами; визнання мережі як найефективнішої форми організації як для бізнесу, так і для громадського обслуговування; розуміння глобалізації водночас є і потребою, і викликом; забезпечення вільного потоку інформації як для економічного зростання, так і для культурної творчості [5]. У підтримку цієї думки, зокрема, стосовно «бюрократичних» перепон розвитку інформаційного суспільства, а також зменшення ролі держави у домінуванні над суспільством і зростанням процесів демократизації, висловлювався й Е. Тоффлер: «...ця нова цивілізація, оскільки вона протистоїть старій, буде перекидати бюрократію, зменшувати роль національної держави, сприятиме зросту напівавтономних економік постімперіалістичного світу» [2, 34].

позитивної динаміки (розвитку) інформаційного суспільства, відносини в якому побудовані на створенні й використанні інформації, знань та ІКТ на користь кожної особистості та людства загалом у протидії глобальним загрозам його належного розвитку.

Хоча практичний досвід завжди доводив — все нове породжує і нові проблеми для суспільства [7, 331], незважаючи на зауваження вчених, на зорі масового запровадження ІКТ, увага приділялася тим цілям, для яких вони були створені — поширення, прискорення, і, безумовно, полегшення здійснення комунікацій. Ніким не передбачалося тоді їх потенційне протиправне використання, рівно як на початку не враховувалася уразливість самих ІКТ від посягань в інформаційному суспільстві, тим більше не передбачалося, що створення нових ІКТ підвищуватимуть суспільну небезпеку певного кола злочинів або породжуватимуть трансформацію злочинності, чи створюватимуть «благодатне» поле для виникнення нових суспільно небезпечних діянь. Висловлювалися побоювання, які стосувалися насамперед можливої «вестернізації» культур, нав'язування «американської культури», руйнування правової культури суверенних держав під впливом процесів глобалізації тощо. Однак, як доводять об'єктивні реалії, такі загрози здаються просто «дитячими розвагами» порівняно з тими діяннями і наслідками, які породжує сучасний стан розвитку ІКТ і якість інформації, яка поширюється на глядацьку аудиторію.

У контексті суспільної небезпечності і переважно у військових науках та в питаннях державної безпеки, розглядалися «інформаційні війни» — агресивні дії в інформаційному просторі [5, 71; 6, 340], що впливають на свідомість [3]. Інформаційні війни сьогодні

ні існують не лише у мілітаристичній сфері — вони трансплантувалися і в економіку, оскільки геоекономічні процеси, що торпедуються економічно розвиненими країнами, мають змусувати менш розвинені країни переходити у мережеве існування, і внаслідок цього останні стають уразливішими від інформаційних впливів [8, 38–40, 41]. На прикладі телебачення у країнах, залежних від зовнішнього медіапродукту, це відбувається на всіх рівнях — починаючи від реклами, закінчуючи телевізійними серіалами, які нав'язують чужу ментальність та новинами, заангажованими на користь інших країн.

Однією з провідних ідей кожної держави має бути гарантування безпеки власного інформаційного простору й інформаційного суверенітету держави. Інформаційна безпека, яка розцінюється на державному рівні як складова національної безпеки, на жаль, у повному обсязі не відображується на рівні належного законодавчого забезпечення діяльності ЗМІ в Україні. Незважаючи на зауваження вищих посадовців стосовно постійної інформаційної експансії, жодних дій на рівні законодавчого забезпечення інформаційного суверенітету, крім вимог стосовно мови ЗМІ, не вчиняється. Найсуворішим покаранням у цій сфері є позбавлення медіаплатформи ліцензії. Водночас узагалі не йдеться про руйнування ідеології, впливи на свідомість та ментальність населення України, нав'язування населенню медіапродукту, який ідеологічно спрямований на руйнування національної свідомості та національної гідності українців. Нав'язування чужої ментальності, впливи на свідомість та відверте руйнування системи цінностей у населення держави — шлях до повної деструкції суспільства. Стан аномії суспільства (стан деструкції суспільних відносин,

який виникає внаслідок руйнування системи цінностей) нині фіксується на рівні соціологічних досліджень (див. дослідження Інституту соціології НАН України 2006–2008 рр.). Відсутність кримінального покарання щодо осіб, які своїми винними діями спонукають поглиблення аномії суспільства в Україні надалі недопустиме.

Прикро, що законодавець не запроваджує до чинного КК України положень, які б окремо криміналізували суспільно небезпечні діяння, що вчинюються у медіапросторі.

Ефективність застосування закону про кримінальну відповідальність до відвертих злочинів, що вчинюються у медіапросторі, взагалі хибує: у той час, як у КК України містяться такі склади злочинів, що передбачають відповідальність за шахрайство, розбещення неповнолітніх, культ насильства та жорстокості, ЗМІ, які транслюють інтерактивні програми («лохотрони»), гадання у прямому ефірі, порнографічний продукт, програми, які демонструють сексуальні збочення тощо, лишаються повною мірою некараними — проти осіб, винних у таких діях навіть не порушуються кримінальні справи.

При цьому існує ряд суспільно небезпечних діянь, які є не лише новими для суспільних світових відносин, а притаманні країнам у межах колишнього СРСР, зокрема Україні. З одного боку, вони можуть бути розцінені як шахрайство, з другого, вони мають настільки специфічні ознаки, що можуть претендувати і на самостійну криміналізацію. До таких суспільно небезпечних діянь належать (найменування умовні): умисне поширення неправдивих новин; умисне поширення відомостей, здатних викликати паніку населення; умисне перекручення офіційних висловлювань політичних діячів та вищих посадових осіб тощо.

Водночас переважна увага держави у контексті боротьби зі злочинністю в інформаційному просторі спрямована на захист інформації та протидію кібернетичній злочинності, увага законодавця взагалі не поширюється на такі суспільно небезпечні діяння, як умисне збільшення рейтингів ЗМІ та інтернет-сайтів. Контраргумент щодо неможливості перевірити правдивість даних стосовно рейтингів каналів теле- та радіомовлення, також і стосовно кількості «хостів» — відвідувань веб-сайту в Інтернеті повною мірою хибує, адже перевірка першого може бути проведена шляхом здійснення спеціальних перевірок, зокрема і шляхом опитувань, останнє може бути перевірено шляхом відстеження IP-адрес, з яких здійснюється вхід на відповідний сайт. Рейтинги телевізійного та радіоканалу впливають на прийняття рішення щодо розміщення на них відповідної платної продукції, зокрема соціальної реклами, трансляції програм національного значення. Аналогічні рішення приймаються і щодо веб-сайтів, на підставі показників їх відвідувань.

Отже, фальсифікація рейтингів телевізійних та радіоканалів, а також фальсифікація показників відвідувань веб-сайтів становлять загрозу для суспільних відносин, адже така фальсифікація вводить в оману осіб, які приймають рішення щодо розміщення відповідної продукції на певному медіа носії, який вступає з відповідним медіа носієм у договірні відносини, будучи необізнаним про реальний стан справ. Зазначені суспільно небезпечні діяння вчинюються переважно з корисливою метою.

Нехтуючи забезпеченням належного розвитку ресурсів інформаційного суспільства та їх своєчасним і ефективним правовим регулюванням, в умовах світових процесів глобалізації,

держава ризикує лишитися «на обочині» розвитку інформаційного суспільства у світі, і замість власного економічного зростання на базі основних ресурсів такого суспільства ризикує перетворитися на інформаційну колонію розвинених країн світу. У разі конфліктних ситуацій, не маючи ефективних засобів протистояння на сучасній стадії розвитку, інститути національного суверенітету підпадатимуть під загрозу поглинення відповідними засобами країн-лідерів, а у крайньому випадку — і руйнуванню.

Очевидно, це лише кілька з аргументів на користь необхідності застосування державних стратегій забезпе-

чення інформаційного суверенітету [7, 341], про який йшлося вище щодо формування власних стратегій розвитку інформаційного суспільства, і одночасного правового забезпечення його розвитку, а заперечення розробки відповідних стратегій, зокрема стратегій правового забезпечення у країні з посиланням на низький ступінь розвитку інформаційних відносин в Україні не має під собою ґрунту, адже інформаційне суспільство в Україні де-факто існує, і де-юре держава зобов'язалася чітко виконувати задекларовані нею обов'язки перед суспільством як на національному, так і на міжнародному рівнях.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Лем С. Сумма технологии : дилеммы : пер. с пол. / С. Лем. — М. ; СПб., 2004. — 668 с.
2. Тоффлер Э. Третья волна : пер. с англ. / Э. Тоффлер. — М., 2004. — 781 с.
3. *Википедия*. Свободная энциклопедия // <http://www.http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0>
4. *Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні* : Закон України від 9 січня 2007 р. № 537-V // Відомості Верховної Ради України. — 2007. — № 12. — С. 511. — Ст. 102.
5. *Маргарет Тэтчер*. Искусство управления государством. Стратегии для меняющегося мира / пер. с англ. — М., 2003. — 504 с.
6. *Політологічний словник* : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / за ред. М. Ф. Головатого та О. В. Антонюка. — К., 2005. — 792 с.
7. *Информационное право : основы практической информатики : учеб. пособие* / И. Л. Бачило. — М., 2003. — 352 с.
8. *Прибутько П. С.* Інформаційні впливи : роль у суспільстві та сучасних військових конфліктах / П. С. Прибутько, І. Б. Лук'янець. — К., 2007. — 252 с.

#### Савінова Н. А. До питання криміналізації суспільно небезпечних діянь у медіапросторі України

**Анотація.** Стаття присвячена сучасним проблемам кримінально-правової політики і проблемам криміналізації у медіапросторі України у контексті розвитку національного сегменту інформаційного суспільства.

**Ключові слова:** інформаційне суспільство, медіапростір, ЗМІ, впливи на свідомість, право на спілкування, інформація, ІКТ медіаплатформи, медіапродукт.

#### Савінова Н. А. К вопросу криминализации общественно опасных деяний в медиaprостранстве Украины

**Аннотация.** Статья посвящена современным проблемам уголовно-правовой политики и проблемам криминализации в медиaprостранстве Украины в контексте развития национального сегмента информационного общества.

**Ключевые слова:** информационное общество, медиaprостранство, СМИ, воздействие на сознание, право на общение, информация, ИКТ, медиaplатформы, медиaprодукт.

#### Savinova N. A. To the issue of the criminalization of publicly dangerous acts in media-space of Ukraine

**Annotation.** The Article is devoted to the contemporary problems of the criminal and legal policy in media-space of Ukraine in the context of the development of the national segment of the information society.

**Key words:** information society, media-space, mass-media, consciousness effect, right to communicate, information, ICT, media-platforms, media-product.

## **РЕФОРМУВАННЯ ІНСТИТУТУ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ВІДБУВАННЯ ПОКАРАННЯ З ВИПРОБУВАННЯМ У СВІТЛІ СУЧАСНИХ ТЕНДЕНЦІЙ ГУМАНІЗАЦІЇ ПЕНАЛЬНОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ**



**В. ФІЛОНОВ**

*кандидат юридичних наук,  
професор кафедри кримінально-  
правових дисциплін*

*(Донецький юридичний інститут  
ЛДУВС імені Е. О. Дідоренка),  
заслужений юрист України*



**Є. НАЗИМКО**

*науковий співробітник  
відділу організації наукової роботи  
(Донецький юридичний інститут  
ЛДУВС імені Е. О. Дідоренка)*

Реалізація в Кримінальному кодексі України (далі — КК України) ідей гуманізації кримінальної відповідальності дала підстави для існування інституту звільнення особи, яка вчинила злочин, від покарання. Під звільненням від покарання прийнято розуміти відмову держави від застосування покарання до особи, яка обвинувальним вироком суду була визнана винною у вчиненні злочину [9, 407]. Цей інститут має важливе значення для пенальної політики держави, оскільки часто досягнення цілей, які стоять перед покаранням, можливе без його відбування, а сам

процес відбування покарання може стати зайвим, неефективним, зашкодити процесам виправлення особи, яка вчинила злочин.

Питання звільнення особи від покарання знаходяться у сфері наукових інтересів Ю. Бауліна, В. Гацелюка, В. Грищука, Т. Денисової, О. Колба, О. Костенка, О. Литвака, М. Мельника, А. Музики, М. Палія, В. Сташиса, А. Степанюка, В. Тація, В. Трубнікова, П. Фріса, М. Хавронюка, І. Яковець та інших учених. Водночас слід зазначити, що розгляду інституту звільнення від відбування покарання з випробуванням у світлі сучасних тенденцій



розвитку пенальної політики України приділяється недостатньо уваги.

Тому метою цієї статті є дослідження проблем реформування інституту звільнення від відбування покарання з випробуванням у контексті сучасних тенденцій гуманізації пенальної політики України.

Як відомо, в західноєвропейських країнах та США застосування цього інституту є засобом «розвантаження» установ відбування покарань, зменшення кількості осіб, яким призначено покарання у вигляді позбавлення волі [11, 94]. Українські суди, використовуючи західний досвід, стали ефективніше застосовувати цей вид звільнення від відбування покарання. Як засвідчує аналіз практики призначення покарання в США, застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням дозволило досягти зменшення рецидиву та скорочення фінансових витрат на утримання засуджених до позбавлення волі (за загальними показниками витрати на такий вид кримінально-правового примусу становлять одну тисячу доларів за рік, що значно нижче, ніж утримання засудженого у місцях позбавлення волі за цей самий період) [5, 112]. Слід зазначити, що в деяких штатах США під час звільнення особи від відбування покарання з випробуванням на неї може бути покладено такий обов'язок, як працевлаштування. Вважаємо, що і в умовах українського сьогодення цей обов'язок має право на існування.

Звільнення від покарання з випробуванням увібрало в себе найкращі якості умовного засудження та відстрочки виконання вироку, які передбачалися Кримінальним кодексом УРСР 1960 р., і широко застосовується в нашій країні з 2001 р.

Так, у 1996 р. умовне засудження було застосовано до 16 % від загальної

кількості засуджених, відстрочка виконання вироку — 20,9 % і в 1997 р. цей відсоток становив відповідно — 17,6 і 21,1; у 1998 р. — 18,7 і 21,6; у 1999 р. — 21,2 і 22,1; у 2000 р. — 23,6 і 22,4; у 2001 р. — 26,3 і 21,2 [1, 45; 2, 27; 3, 20].

Після набрання чинності КК України 2001 р. його ст. 75 було застосовано судами: у 2002 р. — до 100 тис. 192 осіб, що становило 51,6 % від загальної кількості засуджених, у 2003 р. — до 111 тис. 299 (55,4 %), у 2004 р. — до 122 тис. 864 (60 %), у 2005 р. — до 103 тис. 625 осіб (58,6 %). Але у 2006–2007 рр. спостерігалася зворотна тенденція — зменшення кількості осіб, до яких застосовано ст. 75 КК України, і збільшення кількості тих, яким призначено види покарання, не пов'язані з позбавленням волі. У 2006 р. суди застосували зазначену статтю до 94 тис. 428 (58,7 %), у 2007 р. — до 84,5 тис. осіб (55,3 %). До того ж за тяжкі злочини у 2007 р. звільнено від відбування покарання з випробуванням 31,3 тис. засуджених, а за особливо тяжкі — 1,7 тис. [12].

Застосування саме цього кримінально-правового інституту є найдоцільнішим у сучасних умовах розвитку пенальної політики України. Це зумовлено низкою факторів: по-перше, застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням зменшує кількість осіб, які засуджені до позбавлення волі, що, у свою чергу, полегшує криміногенну обстановку в країні; по-друге, можна вирішити фінансові проблеми кримінально-виконавчої системи, оскільки покладення на засудженого обов'язку працевлаштуватися та виплачувати щомісячно певну суму на здійснення за ним нагляду значно зменшує витрати на виконання покарання [6, 43] (за умов внесення відповідних змін до КК Украї-

ни); по-третє, дасть змогу більш повно враховувати та дотримуватися принципу індивідуалізації покарання, який спрямований на досягнення мети покарання.

Як стверджує О. Книженко, після винесення обвинувального вироку, згідно з яким винний був звільнений від відбування покарання з випробуванням, особа перебуває під правовим режимом, який забезпечує виконання тих завдань, що постають перед цією формою реалізації кримінальної відповідальності. Крім того, перебуваючи під наглядом органів виконання покарань, такі засуджені не лише мають визначені обов'язки, а наділені й певними правами, які забезпечують охорону їх законних прав та інтересів [7, 22].

Відповідно до ст. 77 КК України у разі звільнення особи від відбування покарання з випробуванням можуть бути призначені додаткові покарання у вигляді штрафу, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю та позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу. Таким чином, звільнюючи особу від відбування покарання з випробуванням, фактично створюється новий режим відбування кримінального покарання — так звана пробація [10, 146].

Деякі автори, спираючись на концепції сучасного неокласицизму, не вважають звільнення особи від відбування покарання з випробуванням окремим видом покарання. Адже, керуючись позиціями названої концепції, цілями покарання повинні бути відплата і залякування; тяжкість покарання має відповідати тяжкості злочинного діяння; виконання покарання має відбуватися без будь-якого пом'якшення. За таких умов, звичайно, пробація не є покаранням [4, 5]. Але якщо це не покарання, то незрозуміло,

на яких підставах закон дозволяє в разі звільнення від відбування покарання з випробуванням застосовувати додаткові покарання, крім конфіскації майна (ст. 77 КК України). Згідно з ч. 4 ст. 52 КК України додаткове покарання може бути приєднане лише до основного. Але основного (одного з тих, що визначені у ст. 75 КК України) немає, оскільки суд уже звільнив особу від нього.

Хоча за національним кримінальним законодавством звільнення від відбування покарання з випробуванням не є покаранням, але, на нашу думку, має усі його ознаки. По-перше, це захід державного примусу; по-друге, призначається тільки за вироком суду; по-третє, застосовується до особи, яку визнали винною у вчиненні злочину, і полягає у позбавленні чи обмеженні прав та свобод цієї особи. Мета застосування пробації також відповідає меті застосування кримінального покарання. Звільнення від відбування покарання з випробуванням створює певний режим відбування та реалізації схожого на покарання виду кримінально-правового примусу.

КК України передбачає можливість звільнення особи від відбування покарання з випробуванням лише у випадках засудження її до покарань у вигляді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження і позбавлення волі. Суд визначає іспитовий строк, покладає на винного певні обов'язки, а на відповідні державні органи — обов'язки з контролю. Як уже зазначалось, можливим є призначення при цьому додаткових покарань. Невиконання засудженим покладених на нього обов'язків, систематичне скоєння адміністративних правопорушень тягне припинення випробування і направлення засудженого для відбування призначеного покарання.

На думку М. Хавронюка, звільнення від відбування покарання з випробуванням є певним проміжним кримінально-правовим заходом між покаранням та звільненням від покарання. З одного боку, воно має ознаки покарання (зокрема, це примусовий захід, який застосовується від імені держави за вироком суду і полягає у передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого), і закони деяких країн прямо відносять його до видів покарань (наприклад, ФРН, Швеція, Данія, США). З другого боку, воно не є власне покаранням, оскільки як покарання не передбачене у списку видів покарань, визначеному, наприклад, у ст. 51 КК України, та прямо віднесене КК України (ст. 75–78 КК України) до видів звільнення від покарання [14, 344].

Для детальнішого вивчення інституту звільнення від відбування покарання з випробуванням вважаємо за необхідне дослідити його основні функції: досудову та післясудову. Перша полягає у «соціальному дослідженні особистості», яка є специфічним видом діяльності з кримінологічними та соціально-психологічними властивостями, що передбачено ч. 1 ст. 75 КК України. Мета цієї діяльності — всебічне врахування судом необхідної та достатньої інформації про особу злочинця для можливого звільнення від відбування покарання з випробуванням.

Друга функція — це безпосередньо нагляд за поведінкою засудженого, його ресоціалізацією, який знайшов своє закріплення в частинах 2 і 3 ст. 75, статтях 76–78 КК України [6, 42].

Щодо першої функції, то Н. Хлистова запропонувала залучати спеціаліста-психолога до кримінального судочинства в контексті досягнення цілей покарання [15, 150].

На нашу думку, така пропозиція повністю відповідає вимогам сього-

дення, бо в сучасних умовах призначення покарання через завантаженість суддів здебільшого має місце формальне вивчення особистості злочинця та призначення покарань найбільш «вживаних» видів та розмірів стосовно типових злочинів. За таких умов особа злочинця практично не досліджується, кримінологічні та психологічні досягнення не враховуються у правозастосовній діяльності, не враховується можливість впливу кримінально-правових санкцій на виправлення злочинця як досягнення основної мети покарання. Як наслідок, ще до виконання покарання в особи формується негативна установка, що значно ускладнює процес позитивного впливу покарання на свідомість засудженого, надалі, після закінчення строку відбування покарання, значно ускладнюється процес ресоціалізації звільненої особи або зводиться нанівець.

Таким чином, зауважимо, що залучення спеціаліста-психолога сприятиме більш якісному вивченню особи злочинця, внаслідок чого призначатиметься більш адекватне та справедливе покарання, що здатне було б здійснювати карально-виховний вплив на засудженого.

У частині 3 ст. 75 КК України є положення про те, що іспитовий строк встановлюється судом тривалістю від одного до трьох років. На нашу думку, відсутність можливості досягти своєю поведінкою дострокового скасування іспитового строку позбавляє засудженого стимулюючого фактора, що обмежує можливість використовувати додаткові елементи впливу на звільненого в питанні його виправлення. З огляду на це, вважаємо за доцільне передбачити можливість дострокового скасування іспитового строку, якщо засуджений своєю поведінкою довів

своє виправлення. Для цього необхідно внести певні зміни до ст. 78 КК України та доповнити ч. 3 ст. 76 КК України нормою, яка б передбачала право суду покласти на засудженого виконання й інших обов'язків, які сприятимуть його виправленню.

Якщо засуджений не виконує покладених на нього обов'язків або систематично скоює правопорушення, що призвели до адміністративних стягнень і свідчать про його небажання стати на шлях виправлення, то суд повинен мати право застосовувати до нього різноманітні заходи кримінального примусу, а не винятково направляти засудженого для відбування призначеного покарання (як це закріплено в ч. 2 ст. 78 КК України).

Заходами кримінального примусу в цьому випадку можуть бути продовження іспитового строку чи зміна умов звільнення від відбування покарання з випробуванням. З другого боку, якщо всіх умов виконання цього покарання дотримано, суд може визнати особу, засуджену до цього виду покарання, такою, що не має судимості.

О. Колб пропонує визначити звільнення особи від відбування покарання з випробуванням у КК України як спеціальний режим відбування покарання із можливістю застосування не лише позбавлення волі, обмеження волі та виправних робіт, а й арешту, громадських робіт і штрафу [8, 435].

На нашу думку, цей режим відбування покарання має знижувати кримінально-правову відповідальність особи до такого рівня, на якому превентивні цілі сягають свого максимуму, а елементи кари — мінімуму. Пробація на сучасному етапі розвитку пенальної політики держави не може розглядатися як альтернатива арешту та громадським роботам, враховуючи їх превентивний вплив. Але слід за-

значити, що пробація має стати альтернативою штрафу, якщо засуджений не має змоги сплатити останній, за умов покладення на нього судом обов'язку працевлаштуватися. Слід зазначити, що питання працевлаштування має бути не приватним питанням засуджених, а питанням загальнодержавного чи регіонального масштабу, вирішення якого можливе за умов спільності дій органів виконавчої влади різних рівнів, органів місцевого самоврядування за участю громадських та благодійних організацій.

Відповідно до цього пробація може бути альтернативою штрафу, виправних робіт, службових обмежень для військовослужбовців, обмеження волі, утримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців та позбавлення волі на певний строк.

Щодо альтернативи покаранню у вигляді позбавлення волі на певний строк, то пропонуємо застосовувати пробацію незалежно від тяжкості покарання. Частиною 1 ст. 75 передбачено застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням у разі призначення покарання у вигляді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, а також позбавлення волі на строк не більше п'яти років. Слід зазначити, що в Кримінальному кодексі Російської Федерації аналогом пробації — умовним засудженням — замінюється покарання у вигляді позбавлення волі строком до восьми років [13]. Визначивши такий порядок застосування пробації — як український, так і російський, — законодавці обмежили можливість її призначення за тяжкі злочини та взагалі позбавили права призначати її за особливо тяжкі злочини, що, на нашу думку, позбавляє покарання, до якого засуджена особа, заохочувальних рис.

Підбиваючи підсумок, необхідно зазначити, що на сучасному етапі розвитку пенальної політики української держави досягнення мети покарання, наскільки це можливо, має забезпечу-

ватися превентивними засобами, а не караючим впливом. Однак для цього як мінімум необхідно провести деякі законодавчі зміни.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Вісник Верховного Суду України*. — 1998. — № 1 (7). — С. 43–49.
2. *Вісник Верховного Суду України*. — 2000. — № 2 (18). — С. 24–32.
3. *Вісник Верховного Суду України*. — 2002. — № 4 (32). — С. 15–26.
4. *Зайцева Д. Г.* Криминопеналогические проблемы условного осуждения : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. «Уголовное право и криминология, уголовно-исполнительное право» / Д. Г. Зайцева. — Краснодар, 2004. — 18 с.
5. *Кара И. С.* Некоторые особенности института условного осуждения несовершеннолетних по УК РФ / И. С. Кара // *Человек : преступление и наказание*. — 2007. — № 3. — С. 110–114.
6. *Кашуба Ю. А., Суховеев А. С.* Условное осуждение как основная альтернатива применения иных видов уголовного наказания / Ю. А. Кашуба, А. С. Суховеев // *Юрист-правовед*. — 2005. — № 4 (15). — С. 41–46.
7. *Книженко О. О.* Деякі питання звільнення від відбування покарання випробуванням / О. О. Книженко // *Вісн. Ун-ту внутр. справ : Спецвипуск*. — 2002. — Вип. 19. — С. 19–24.
8. *Колб О.* Щодо деяких питань підвищення рівня спеціальної профілактики в місцях позбавлення волі / О. Г. Колб // *Вісник Львів. ун-ту. Серія юридична*. — 2004. — Вип. 39. — С. 432–437.
9. *Кримінальне право України : Загальна частина : підруч.* / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, Л. М. Кривоченко та ін. ; за ред. проф. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. — 3-тє вид., переробл. і допов. — К., 2007. — 496 с.
10. *Кулик О. Г.* Пробація / О. Г. Кулик // *Юридична енциклопедія : в 6 т.* — К., 2003. — Т. 5. — С. 146–147.
11. *Назимко Є. С.* Актуальні питання розвитку кримінально-правової та криминологічної галузей пенальної політики України : моногр. / Є. С. Назимко, І. Ю. Карпушева, О. В. Сасов / під ред. М. В. Палія. — Донецьк, 2010. — 342 с.
12. *Стан здійснення судочинства судами загальної юрисдикції в 2006 р.* (за даними судової статистики) // <http://www.scourt.gov.ua>
13. *Уголовный кодекс Российской Федерации* // <http://www.nalog.consultant.ru>
14. *Хавронюк М. І.* Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи : порівняльний аналіз, проблеми гармонізації : моногр. / М. І. Хавронюк. — К., 2006. — 1048 с.
15. *Хлистова Н. Б.* До питання про необхідність залучення спеціаліста-психолога до кримінального судочинства в контексті досягнення цілей покарання / Н. Б. Хлистова, Є. С. Назимко // *Проблеми реформування судової влади в Україні : матеріали міжвузівської науково-практичної конференції (27 квітня 2007 р.)*. — Сімферополь, 2007. — С. 149–151.

**Філонов В. П., Назимко Є. С.** Реформування інституту звільнення від відбування покарання з випробуванням у світлі сучасних тенденцій гуманізації пенальної політики України

**Анотація.** У статті розглядається сучасний стан і тенденції розвитку інституту звільнення від відбування покарання з випробуванням у світлі сучасних тенденцій гуманізації пенальної політики України. Аналізується зарубіжне законодавство, розкриваються перспективи подальших досліджень у цій сфері.

**Ключові слова:** звільнення від покарання, випробування, пенальна політика.

**Филонов В. П., Назимко Е. С.** Реформирование института освобождения от отбывания наказания с испытанием в свете современных тенденций гуманизации пенальной политики Украины

**Аннотация.** В статье рассматривается современное состояние и тенденции развития института освобождения от отбывания наказания с испытанием в свете современных тенденций гуманизации пенальной политики Украины. Анализируется зарубежное законодательство, указываются перспективы последующих исследований в этой сфере.

**Ключевые слова:** освобождение от наказания, испытание, пенальная политика.

**Filonov V. P., Nazymko E. S.** Reformation of institute of release from serving of punishment with a test in the light of modern tendencies of humanizing of penals policy of Ukraine.

**Annotation.** In the article the modern state and progress of institute of release trends is examined from serving of punishment with a test in the light of modern tendencies of humanizing of penals policy of Ukraine. A foreign legislation is analyzed. The prospects of subsequent researches are marked in this sphere.

**Key words:** release from punishment, test, penals policy.

## **ВИМОГИ СУЧАСНОЇ ПРАКТИКИ ЯК ПЕРЕДУМОВИ ДО ПЕРЕГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ЗАТРИМАННЯ ОСОБИ, ПІДОЗРЮВАНОЇ У СКОЄННІ ЗЛОЧИНУ**



**А. ЧЕРНОВА**

*кандидат юридичних наук,  
заступник начальника слідчого відділення  
ГУ МВС України  
в Дніпропетровській області*

**З**атримання особи, яка вчинила злочин, є відповідальним етапом у боротьбі зі злочинністю. Адже це дає змогу зупинити злочинну діяльність, запобігти втечі правопорушника, встановити його особу, забезпечити його присутність під час процесуальних дій та вирішити інші завдання кримінального судочинства. Цей інститут продиктований потребою практики і спрямований як на посилення протидії злочинності, швидке і повне розкриття злочинів, викриття і справедливе покарання винних осіб, так і на створення гарантій захисту прав і свобод людини.

Затримання суттєво обмежує конституційне право особи на особисту недоторканність, тому процесуальний механізм його застосування має включати можливість різноманітного тлумачення відповідних норм Кримінально-процесуального кодексу Украї-

ни (далі — КПК України) у правозастосовній практиці.

Згідно з вимогами ст. 29 Конституції України, ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основних свобод, а також згідно зі ст. 14 КПК України обмеження права особи на свободу й особисту недоторканність можливе лише в передбачених законом випадках за встановленою законом процедурою.

Аналіз слідчої та судової практики свідчить про те, що при провадженні дізнання і досудового слідства мають місце й факти незаконних затримань осіб та недодержання умов тримання їх під вартою, порушення матеріальних та процесуальних прав затриманих.

Як зазначає Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, найбільше порушень із застосуванням катувань відбувається під час затримання людини та проведення слідства [9].

Нагадаємо, що основними міжнародними актами, положення яких необхідно враховувати під час дослідження проблем обмеження прав та свобод людини при затриманні, є:

- Загальна декларація прав людини, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р., де у ст. 3 проголошено, що кожна людина має право на життя, свободу та особисту недоторканність, а у ст. 9 зазначено, що ніхто не може бути підданий безпідставному арешту, затриманню або видворенню [4];

- Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, прийнятий на XXI сесії Генеральної Асамблеї ООН 16 грудня 1966 р., в якому в ст. 9.1 проголошено: «Кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути піддано свавільному арешту чи триманню під вартою. Нікого не може бути позбавлено волі інакше, як на підставах і відповідно до такої процедури, які встановлено законом» [5];

- Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, прийнята в Римі 4 листопада 1950 р.

Перелічені вище основоположні принципи відображаються в рішеннях Європейського суду з прав людини, що був заснований згідно з Протоколом № 11 та ст. 19 Конвенції. Україна, згідно з п. 1 Закону «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17 липня 1997 р. № 455/97–ВР, визнала юрисдикцію Європейського суду з прав людини, що став унікальним міжнародним органом правосуддя, а сама Конвенція та протоколи до неї, відповідно до ст. 9 Конституції України, стали частиною національного законодавства.

Найпоширенішими в Україні правопорушеннями, на які посилаються заявники — громадяни України, звертаючись до Європейського суду, є: надмірна тривалість досудового слідства та судового провадження; порушення прав під час затримання та взяття під варту; смерть громадян у період затримання з різних причин (відмова в лікуванні, тортури тощо); нелюдські та недопустимі умови в місцях утримання затриманих та ув'язнених; застосування або погроза застосування щодо затриманих, арештованих та ув'язнених, побиття та катувань; незаконне та безпідставне позбавлення свободи й особистої недоторканності; позбавлення гарантій захисту; затримання, арешт, ув'язнення понад терміни, передбачені законом; бездоказове затримання осіб; неналежний розгляд скарг ув'язнених та взятих під варту осіб.

Здебільшого негативні факти з практики затримання підозрюваних свідчать як про недосконалість чинного законодавства з цих питань, так і про необхідність глибшого аналізу існуючих проблем правозастосовної діяльності, узагальнення накопиченого теоретичного та емпіричного матеріалу, обґрунтування проблеми затримання особи, яка вчинила злочин.

Глибшого вивчення потребують проблеми: визначення суті юридичних форм затримання осіб, які підозрюються у вчиненні злочину; з'ясування співвідношення кримінально-процесуального затримання підозрюваного з адміністративним затриманням особи та із затриманням на місці злочину; визначення процесуального статусу особи, затриманої на місці злочину; законодавчого визначення підстав та порядку затримання; визначення критеріїв допустимості використання результатів затримання на місці злочину в доказуванні.

Вирішення цих проблемних питань нерозривно пов'язане із забезпеченням конституційних прав і свобод людини при провадженні досудового слідства і застосуванні заходів примусу, створенням гарантій унеможливлення незаконних обмежень особистої свободи людини.

Ці практичні проблеми виникають, на нашу думку, у зв'язку з тим, що закон не досить чітко визначив сутність, зміст і процесуальну форму затримання підозрюваного.

Безсумнівно, що проблеми затримання мають теоретичний, законодавчий та практичний аспекти. Існуючі прогалини законодавчого регулювання затримання, що стали характерними для країн пострадянського простору, вже протягом досить довгого часу викликають бурхливі наукові дискусії серед учених України: В. Онопенка, В. Тертишника, В. Борисова, Л. Подкоритової [7, 17–19; 10, 90–94; 1, 3–160; 8, 11], та Росії — О. Гуляєва, О. Зайцева, Д. Мирського, Л. Франка, І. Гуткіна, І. Трунова, С. Шейфера [2, 17; 5, 294–296; 12; 3; 11; 13, 55–56].

Будь-яке затримання є примусовим заходом органів влади, пов'язаним з обмеженням особистої волі громадян. В окремих випадках затримання проводиться із застосуванням фізичної сили і супроводжується особистим обшуком.

Зупинимось на аналізі самих кримінально-процесуальних норм. Згідно з положеннями ст. 106 КПК України, орган дізнання може затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який може бути призначено покарання у вигляді позбавлення волі, лише за наявності однієї з визначених у законі підстав.

Стаття 149 КПК України називає затримання тимчасовим запобіжним заходом, а мотивом застосування такого

заходу законодавець вважає в конкретному випадку необхідність перешкодити особі ухилитись від розслідування, переховуючись від органів розслідування, або справити негативний вплив на його перебіг, виключивши можливість продовження злочинної діяльності, вчинення нових злочинів. А у статті 94 КПК України зазначається, що одним із приводів до порушення кримінальної справи є «повідомлення представників влади, громадськості або окремих громадян, які затримали підозрювану особу на місці вчинення злочину або з поличним».

Виникає запитання — що ж таке затримання? Чи це слідча дія, яка направлена на фіксацію підстав затримання та завершується доставкою підозрюваного до органу дізнання та слідчого; чи це запобіжний захід, що полягає у взятті підозрюваного під варту на короткий термін на підставі вже зафіксованих умов затримання; чи це комплексна процесуальна дія, яка охоплює і те й інше.

Про затримання йдеться і в ч. 3 ст. 29 Конституції України, де сказано, що у разі нагальної потреби запобігти злочині чи його припинити уповноважені на те законом органи можуть застосовувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом 72 годин має бути перевірена судом. Отже, тримання особи під вартою поза судовим контролем дозволяється виключно протягом 72-годинного строку.

Ми вважаємо, що в кримінально-процесуальному законі фактично названі два види кримінально-процесуальних дій, що йменуються затриманням. Це затримання як слідча дія, що провадиться для запобігання злочину та закріплення його слідів, і затримання як засіб процесуального примусу — запобіжний захід, який полягає у взятті



підозрюваного під варту на строк до 72 годин. Названі дії не завжди створюють нерозривну єдність і можуть мати самостійний характер. Існування двох видів затримання об'єктивно зумовлено тим, коли, в який проміжок часу та на якій стадії кримінального процесу виникає необхідність і підстави для затримання. В одних випадках підстава для затримання з'являється зненацька, а в інших необхідність затримання підозрюваного з'являється у процесі проведення слідчих дій за вже порушеною кримінальною справою.

Якщо проаналізувати зміст перелічених статей КПК України, то можна побачити, що в чинному КПК України законодавцем уже фактично закладено дві форми затримання: 1) затримання з поличним чи на місці злочину; 2) затримання підозрюваного — тимчасове взяття особи під варту, тобто тимчасовий запобіжний захід.

Проаналізовані нами проблеми практичної діяльності та норми кримінально-процесуального права України свідчать про те, що регламентація в законі затримання підозрюваного у скоєнні злочину лише як тимчасового запобіжного заходу не є досконалою і правильною, бо не забезпечує потреб практичних працівників.

Пропонуємо законодавчо визначити, що затримання осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, може здійснюватись у двох формах:

1) затримання на місці злочину чи з поличним — кримінально-процесуальна дія, яка може здійснюватись органом дізнання, слідчим чи прокурором з метою запобігання злочину, з'ясування причетності особи до вчиненого злочину, закріплення обставин вчинення злочину та його слідів;

2) тимчасове затримання підозрюваного — тимчасовий запобіжний захід, який полягає у взятті підозрюваного

під варту лише за наявності достатніх доказів вчинення ним злочину, за який згідно із законом може бути призначено покарання у вигляді позбавлення волі, та здійснюється з метою припинення злочинної діяльності й запобігання спробам сховатися від слідства, а також вчинення дій, спрямованих на перешкоджання встановленню об'єктивної істини у справі. Особа, підозрювана у вчиненні злочину, може бути тимчасово затримана (взята під варту) на строк не більше 72 годин.

Неодмінною умовою для проведення затримання на місці злочину або з поличним є невідкладність виконання цієї слідчої дії. За буквальним змістом ст. 106 КПК України, затримання, як і інші невідкладні слідчі дії, провадиться після порушення кримінальної справи.

Однак у практичній діяльності напевно чи можна вимагати, щоб затриманню на місці злочину або з поличним завжди передувало порушення кримінальної справи. Якщо особа захоплена при вчиненні злочину чи безпосередньо після його скоєння, коли на ній буде виявлено явні сліди злочину, насамперед виникає необхідність затримати цю особу, а вже потім вирішувати питання про порушення кримінальної справи, зрозуміло, якщо для цього є передбачені законом підстави.

Звідси висновок: у випадках, що не терплять зволікання, затримання з поличним або на місці злочину підозрюваного має бути дозволено законом до порушення кримінальної справи.

Чинний закон не дає відповіді на запитання, чи можливо затримати особу, яка готується до скоєння злочину.

Вважаємо, що затримання особи, яка готується до вчинення особливо тяжкого чи тяжкого злочину, є припустимим, коли під час безпосереднього

спостереження і технічного документування або зняття інформації з технічних каналів зв'язку в процесі оперативно-розшукової діяльності уповноважених на це органів отримано такі неспростовні фактичні дані, які самі по собі чи в сукупності з іншими даними дають підставу вважати, що особа готується до вчинення особливо тяжкого чи тяжкого злочину, і злочин буде доведено до кінця, або вказують на особу як на таку, що вчинила злочин. Варто звернути увагу і на те, що ст. 15 Кримінального кодексу України розуміє підготовку до злочину як підшукування або пристосування засобів і знаряддя, а також навмисне створення умов для злочину. За своїм характером ці діяння, які сприймаються слідчим як готування до злочину, повинні бути такими, що під час спостереження за ними не має залишатися сумнівів щодо намірів особи вчинити злочин.

Оскільки затримання на місці злочину чи з поличним не є ув'язненням особи, але обмежує свободу її пересування, адже за своїм змістом воно пов'язане з доставлянням особи до органу дізнання, слідства чи до іншого правоохоронного органу, то термін такого обмеження свободи має бути мінімально необхідний для вирішення питання про подальший розвиток кримінально-процесуальних правовідносин. Вважаємо, що закон має встановити термін примусового обмеження свободи пересування особи, який може бути дозволений при провадженні «затримання з поличним чи на місці злочину» в чотири години. Протягом цього терміну особу має бути або взято під варту, або надано їй можливість залишити правоохоронний орган.

Вважаємо, що протокол затримання з поличним чи на місці злочину має негайно реєструватись у документах

обліку заяв і повідомлень про злочини і є приводом до порушення кримінальної справи.

Ще раз наголосимо, що викладені у ст. 106 КПК України підстави неприпустимі для прийняття рішення про взяття підозрюваного під варту — поміщення його до ізолятора тимчасового тримання на строк до 72 годин. З одного боку, названі дії можна застосовувати тільки після порушення кримінальної справи, з другого — такі дії мають характер запобіжних заходів. Вони повинні застосовуватися лише до осіб, чия участь у вчиненні злочину достатньою мірою доведена. Тільки у разі наявності сукупності неспростовних доказів особа, яка підозрюється у вчиненні злочину, за який може бути призначено покарання у вигляді позбавлення волі, підлягає затриманню у значенні «взяття під варту».

Перелічені в ч. 1 ст. 106 КПК України підстави затримання можна розглядати тільки як підстави процесуальної дії — затримання на місці злочину або з поличним.

У законодавчому порядку необхідно закріпити правило, відповідно до якого тільки мотивовану, засновану на незаперечних доказах вчинення певною особою злочину постанову можна було б вважати єдиним кримінально-процесуальним документом, на підставі якого особу, котра вчинила суспільно небезпечне діяння, можна помістити до ізолятора тимчасового утримання. На користь необхідності складання постанови про проведення затримання поряд з іншими обставинами варто вказати на положення ст. 130 КПК України про те, що будь-яке рішення, прийняте особою, яка розслідує кримінальну справу, повинно мати характер постанови.

Строк затримання у значенні тимчасового запобіжного заходу має об-

числюватися з моменту фактичного ув'язнення особи, тобто взяття під варту. А строк затримання особи на місці злочину чи з поличним обчислюється з моменту фактичного її затримання.

Детальна регламентація двох форм затримання особи у кримінальному процесі поряд із більш чітким визначенням правового статусу та створен-

ням додаткових процесуальних гарантій прав і свобод затримуваних осіб, вважаємо, сприятиме усуненню прогалин чинного законодавства та вдосконаленню одного з важливих інститутів кримінально-процесуального права, окрім того, на нашу думку, створить оптимальну, логічну і зрозумілу процесуальну форму затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину.

### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Борисов В. І.* Затримання та взяття під варту в процесі дізнання та досудового слідства в Україні / В. І. Борисов, В. С. Зеленецький, О. Г. Шило. — Х., 2004. — 184 с.
2. *Гуляев А.* Заключение под стражу на предварительном следствии / А. Гуляев, О. Зайцев // Законность. — 2003. — № 4. — С. 17–22.
3. *Гуткин И. М.* Актуальные вопросы уголовно-процессуального задержания / И. М. Гуткин. — М., 1980. — 34 с.
4. *Загальна декларация прав людини* : прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р. // Офіційний вісник України. — 1998. — № 13.
5. *Мирский Д. Я.* Правовая природа задержания лиц, подозреваемых в совершении преступления // Труды Иркутского ун-та : статьи / Д. Я. Мирский. — Иркутск, 1969. — Вып. 8. — С. 294–298.
6. *Міжнародний пакт про громадянські та політичні права* : прийнятий на XXI сесії Генеральної Асамблеї ООН 16 грудня 1966 р., ратифікований Президією Верховної ради СРСР 18 вересня 1973 р. // Офіційний вісник України. — 1998. — № 13.
7. *Онопенко В.* Взяття під варту : необхідність чи виняток ? / В. Онопенко // Український юрист. — 2003. — № 1. — С. 17–21.
8. *Подкоритова Л. М.* Затримання осіб, які вчинили злочин, як обставина, що виключає злочинність вчинку : соціальні та кримінально-правові проблеми : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право, кримінологія» / Л. М. Подкоритова. — Х., 1999. — 28 с.
9. *Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні* : перша щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. — К., 2000. — 64 с.
10. *Тертышник В. М.* Задержание подозреваемого : основания производства, содержание и процессуальная форма // Вопросы укрепления социалистической законности и правопорядка, усиления охраны прав и законных интересов граждан : статьи / В. М. Тертышник, А. С. Тяпкин. — К., 1989. — С. 90–94.
11. *Трунов И. Л.* Меры пресечения в уголовном процессе / И. Л. Трунов, Л. К. Трунова. — СПб., 2003. — 356 с.
12. *Франк Л. В.* Задержание и арест подозреваемого в советском уголовном процессе / Л. В. Франк. — Душанбе, 1963. — 190 с.
13. *Шейфер С. А.* Доказательственное значение задержания подозреваемого / С. А. Шейфер // Соц. законность. — 1972. — № 3. — С. 55–58.

**Чернова А. К.** Вимоги сучасної практики як передумови до перегляду кримінально-процесуальної регламентації затримання особи, підозрюваної у скоєнні злочину

**Анотація.** Затримання є примусовим заходом органів влади, пов'язаним з обмеженням особистої волі громадян та конституційного права на особисту недоторканність, тому процесуальний механізм його застосування має виключати можливість різноманітного тлумачення відповідних норм Кримінально-процесуального кодексу у правозастосовній практиці. Проаналізовані практичні проблеми, що виникають у діяльності органів слідства та дізнання при затриманні особи, підозрюваної у скоєнні злочину та забезпеченні захисту її прав, виникають у зв'язку з тим, що закон не досить чітко визначив сутність, зміст і процесуальну форму затримання підозрюваного. Запропоновано авторське вирішення проблеми правової регламентації затримання.

**Ключові слова:** затримання, підозрюваний, процесуальна форма затримання, гарантії прав підозрюваного, запобіжний захід.

**Чернова А. К. Требования современной практики как предпосылки к пересмотру уголовно-процессуальной регламентации задержания лица, подозреваемого в совершении преступления**

**Аннотация.** Задержание является мерой принуждения органов власти и связано с ограничением личной свободы граждан и конституционного права на личную неприкосновенность, в связи с чем процессуальный механизм его применения должен исключать возможность неоднозначного толкования соответствующих норм Уголовно-процессуального кодекса в правоприменительной практике. Проанализированные практические проблемы, возникающие в деятельности органов следствия и дознания при задержании лица, подозреваемого в совершении преступления и обеспечении защиты его прав, возникают по той причине, что в законе не достаточно четко установлены суть, содержание и процессуальная форма задержания подозреваемого. Предложено авторское решение проблемы правовой регламентации задержания.

**Ключевые слова:** задержание, подозреваемый, процессуальная форма задержания, гарантии прав подозреваемого, мера пресечения.

**Chernova A. K. Requirements of modern practice how preconditions are to the revision of criminal-process regulation of detaining of a person suspected in committing a crime**

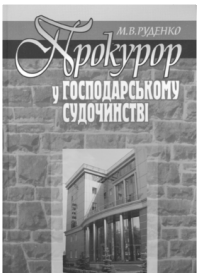
**Annotation.** Detention is a coercive measure of government body and related with the limitation of the personal liberty of citizens and constitutional right on person inviolability, in this connection the judicial mechanism of its application must eliminate possibility of ambiguous interpretation of the proper norms of the Criminal-process law code in the practice on enforcement of law. The analysed practical problems, arising up in activity of organs of investigation and inquisition at detention of a person suspected in committing a crime and providing of defence of his rights; arise up on that reason, that in a law are not enough expressly defined essence, content and procedural form of detention of a suspect. Author problem solving of legal regulation of detention is proposed.

**Key words:** detention, suspect, process form of detention, rights guaranties of a suspect, stopping measure.

Видавничий Дім «Ін Юре» пропонує:

**Клочков В. Г.**

**Прокурор у господарському судочинстві : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. — К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2005. — 64 с.**



У посібнику розглянуто сутність, значення, завдання, мету, підстави та порядок обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту органом дізнання та досудового слідства, здійснення контролю за законністю обрання цього запобіжного заходу, додержанням строків тримання під вартою на досудових стадіях процесу.

Видання розраховане на працівників органів дізнання та досудового слідства, прокурорів, слухачів Академії прокуратури України при Генеральній прокуратурі України, студентів, аспірантів і викладачів вищих юридичних навчальних закладів, юристів.

**Замовляйте видання за телефонами:**

**0(44) 537-51-20, 537-51-21**

**або електронною поштою**

**sales@inyure.kiev.ua**

**http://shop.inyure.kiev.ua**

## ТЕРОРИЗМ ЯК ОЗНАКА СОЦІАЛЬНО-ПСИХОЛОГІЧНОЇ КРИЗИ СУСПІЛЬСТВА



**В. КАНЦІР**

*кандидат юридичних наук, доцент,  
декан юридичного факультету  
(Львівська комерційна академія)*

Суттєвою умовою виникнення тероризму є руйнування традиційного суспільства та формування суспільства модернізованого, такого, що орієнтується на нові цінності, наприклад, на безумовну цінність матеріальних благ. Тероризм виникає тоді, коли на зміну традиційному світогляду приходять передумови, які для певної частини населення пояснюють обґрунтованість терористичної діяльності.

Проблематикою тероризму у вітчизняній науці займаються такі вчені: В. Ліпкан, Д. Никифорчук, М. Руденко, Б. Канцелярук, В. Гребцов, О. Сушко, Г. Токаревський та ін.

Різноманітні аспекти міжнародного тероризму стали предметом дослідження закордонних науковців: Б. Дженкіса, Р. Бейснера, Д. Белла, Р. Хантера, Г. Анґейера, М. Гласіуса, М. Келдора, С. Ґука, Дж. Спенієра, Р. Кагана, Р. Родмена, А. Гарфінкла, Дж. Торопа, В. Подгореца, Д. Пайпса, С. Хантінгтона, С. Купчана, І. Валлерстайна, К. Хіршмана, А. Конте, П. Девіса та ін.

© В. Канцір, 2010

Мета статті полягає у дослідженні сучасного міжнародного тероризму з точки зору соціальної психології. Новим є те, що розглянуто проблему тероризму як одну із ситуацій соціального конфлікту. Іншими словами, проаналізовано негативне явище тероризму як способу дії в умовах, коли відсутні альтернативні настанови на взаємодію з опонентом.

Загальновідомо, що тероризм виступає джерелом та наслідком конфліктів і кризових ситуацій у суспільстві. Він є одним із домінуючих способів вирішення конфлікту в сучасному світі. Але однією з характеристик будь-якого насильства виступає ефект ескалації, тобто коли кожна агресивна дія призводить до відповідної дії чи відплати, причому ефект має більшу силу, ніж первинний факт агресії. Цікавою особливістю тероризму є кумулятивний ефект або зосередження уваги на актах терору.

Конфлікт — це зіткнення протилежних цілей, позицій, думок, поглядів опонентів чи суб'єктів взаємодії.

Конфлікт у психології розглядається в рамках різних шкіл та вчень, залежно від наукової основи. Згідно з біхевіористською (поведінковою) психологічною концепцією, під конфліктом розуміється усвідомлене протистояння індивідів чи груп із протилежними інтересами з метою реалізації власного інтересу за рахунок інтересів інших людей [1]. А, скажімо, соціально-психологічний напрям під конфліктом розуміє аномальний, деформований стан відчуття настанов та відносин усередині соціальних груп. На нашу думку, обидві концепції бачення конфлікту комплексно відображають стан, який склався у сучасному суспільстві, де тероризм виступає лакмусовим папірцем, що відображає соціальний пріоритет способу вирішення конфліктів.

Таким чином, через механізм конфлікту маємо можливість розглянути, що таке феномен тероризму. Цей підхід є адекватним щодо соціально-психологічних методів вивчення явища тероризму, оскільки в основі тероризму завжди покладено протистояння, відстоювання таких позицій, від яких особистість не може відмовитися, наприклад, національних чи етнічних, світоглядних переконань [2, 476].

Тероризм є своєрідним індикатором кризових процесів. Це — аварійний канал зворотного зв'язку між суспільством і владою, між окремою частиною суспільства і суспільством загалом. Він свідчить про неблагополуччя у певній зоні соціального простору [3, 30].

Аналізуючи різновиди міжнародного тероризму в розділі «Тероризм і міжнародна політика», Л. Бонанате, на відміну від інших авторів, не поділяє політики тероризму, що здійснюється у воєнний і мирний час. Хоча це досить дискусійна теза, однак, на його

думку, період воєнних дій є найочевиднішим проявом тероризму на міжнародному рівні [4].

Більшість закордонних авторів, включаючи у свою схему міжнародний тероризм, як правило, виокремлюють три його види: внутрішньодержавний, транснаціональний і міжнародний. При цьому основна розбіжність між міжнародним і транснаціональним тероризмом полягає в тому, що перший здійснюється державою, а другий — групою осіб, в окремих випадках окремими приватними особами [5, 267–361].

Не заперечуючи проти врахування національного та регіонального факторів при здійсненні аналізу тероризму, видається недоречним висувати їх як основоположні при виробленні типологізації тероризму. Так, «латино-американський» тероризм, який Л. Бонанате до того ж класифікує як «революційний», містить широкий спектр: від політики державного тероризму в Чилі та інших диктаторських режимів до окремих терористичних акцій, що застосовувалися під час приходу до влади прогресивних на той час режимів, наприклад, на Кубі та в Нікарагуа. Подібний підхід не відображає сутності питання, оскільки не враховує соціальної спрямованості тероризму, а також динаміки його розвитку (наприклад, у межах одного регіону навіть за кілька десятиліть тероризм суттєво змінюється).

Тероризм як явище історично видозмінюється залежно від конкретної історичної епохи та набуває рис та особливостей, властивих кожному етапу розвитку людства. Основна особливість нашої епохи — наявність ядерної зброї, що не могло не відбитися на такому явищі, як тероризм. Виникла низка нових видів тероризму — ядерний, технологічний, економічний тощо.

Однак видається, що розгляд подібних різновидів тероризму як самостійних видів не зовсім обґрунтований, оскільки всі вони можуть перебувати на озброєнні різноманітних сил і слугувати різним цілям.

Так, ядерний тероризм, з одного боку, перетворився на глобальну проблему, оскільки виступає потенційною загрозою для життя кожної людини і з огляду на це може бути віднесений до підвидів міжнародного державного тероризму, так само, як і економічний та деякі інші подібні різновиди тероризму.

З другого боку, ядерний тероризм може передбачати спробу застосування ядерної зброї для своїх цілей будь-якою локальною групою або окремою особою, і у зв'язку з цим він належить до категорії групового або індивідуального тероризму [6, 46].

У цілому видається, що при підході до питання про критерії вироблення типології тероризму необхідно керуватися основним завданням дослідження цієї проблеми — пошуком оптимальних шляхів і засобів для викорінення тероризму з життя міжнародного співтовариства, одним із необхідних елементів якого є розробка системи превентивно-каральних заходів щодо боротьби з тероризмом. Для цього, на нашу думку, було б доцільним максимально спростувати основну схему розмежування як попередню умову терористичних акцій, що здійснюються у воєнний і мирний час, оскільки вони підпадають під різні норми національного та міжнародного права, і, взявши за основу критерій рушійної сили, виокремити в тероризмі два види: державний — терористичні акції здійснюються державою або за її підтримки; індивідуально-груповий — терористичні акції здійснюються приватними особами, групами або організаціями приватних осіб, які не користуються

підтримкою держави. Він не обмежується антиетатичною спрямованістю, оскільки містить як лівий, так і правий тероризм, а також тероризм національно-етнічний, конфесійний та інші модифікації. Така постановка питання може застосовуватися й у випадку з міжнародним тероризмом.

Не виключено, що правомірна постановка питання про міжнародний державний тероризм можлива у випадку прямого втручання однієї країни у справи іншої, коли має місце ситуація неадекватності військово-економічних потенціалів, тобто прямий тиск, диктат і залякування. Хоча, швидше за все, подібна ситуація може бути класифікована як агресія з елементами терору.

Видається, що в сучасних умовах форма «суто внутрішнього державного тероризму» умовна і відносна, адже нині політика внутрішнього державного тероризму проводиться вже не тільки в ім'я інтересів національного державно-монополістичного капіталу, скільки відображає інтереси міжнародного капіталу, зокрема транснаціональних монополій. Економічна, екологічна взаємозалежність сучасного світу в епоху ядерного паритету перетворила «внутрішній» державний тероризм на загрозу міжнародному миру і стабільності, деструктивний фактор не лише місцевого, регіонального, а й міжнародного масштабу.

Тому особливої значущості набуває проблема відповідальності кожної держави за вчинені її органами (чи під державним «патронатом») терористичні акти. На сьогодні Комісія міжнародного права ООН займається опрацюванням цього питання в контексті проекту Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства.

Будь-яке насильство породжує відповідь. Відповідно до цієї аксіоми державний тероризм пов'язаний з інши-

ми формами тероризму. Так званий стихійний тероризм тісно пов'язаний із тероризмом державним, а досить часто інспірується ним або навіть є його таємною формою. Однак разом із тим видається, що державний і «стихійний» тероризм — суттєво різні явища. Традиційно «стихійний» тероризм (іншими словами — індивідуально-груповий) прийнято поділяти на лівий і правий. Протягом останнього десятиліття відбувається бурхливе зростання цих видів тероризму як у кількісному вимірі, так і з точки зору його географічного розповсюдження.

Поза сумнівом, між лівим і правим тероризмом існує значна спорідненість, і не лише практичного характеру. Спільним для лівих і правих терористів є їх деструктивізм та випадки кадрового переплетення правих і лівих угруповань. Усе це дає підстави окремим авторам говорити про ідентичність лівого і правого тероризму. Однак видається, що подібна постановка питання є не зовсім слушною. Якщо правий тероризм намагається закріпити державну владу в найконсервативнішому її варіанті, то лівий тероризм — дестабілізувати державну владу, зруйнувати існуючу систему. Окрім того, ідейно-політичні установки правого тероризму зрозумілі й недвозначні. Випадково потрапити до лав правих терористів просто неможливо. Лівому ж тероризму апріорі властива подвійність та езуїтизм. Декларовані лівим тероризмом цілі та завдання суперечать реальним результатам діяльності його прихильників. Шкода, що наноситься лівим тероризмом світовому демократичному руху, поглиблюється ще й тим, що досить часто його прихильники претендують на причетність до національно-визвольного руху країн «третього світу».

Сучасний тероризм — це певним чином усталена ситуація (політична, соціальна, психологічна, технологічна тощо), «накладена» на конкретні ідеї та ідеологеми. Він є однією з іпостасей духу нашої доби у формі особливого різновиду насильства. Він — точка перетину ситуації та ідеї.

Тероризм може поділятися на кілька різновидів залежно від того, яка саме меншість є суб'єктом терористичного акту. Виокремимо такі категорії.

**Ідеологічний тероризм.** Він здійснюється представниками міноритарних політичних ідеологій, які перебувають через ті чи інші причини поза межами офіційної чи легітимної політики. Природно, ці міноритарні ідеології передаються від суспільства до суспільства, і те, що в одній країні є підпільним і маргінальним, в іншій може вільно існувати в парламентському вияві, мати державно-владні риси. Однак не всі ідеологи, поставлені поза закон, теоретично можуть викликати терор, якщо в них не залишиться іншого способу впливу на соціально-політичну реальність. Тільки ті ідеології зумовлюють терор, в основі яких покладена фундаментальна і догматизована концепція щодо сутнісної й абсолютної нелегітимності того ладу, всередині якого перебувають представники альтернативної політичної сили. Отже, до кількісного аспекту (міноритарність) додається якісний, що полягає в радикальній відмові від визнання легітимності існуючого ладу і логічному виправданні недотримання його норм. Приклади такого тероризму — діяльність росіян-народників, французьких анархістів, німецьких консерваторів, більшовиків, фашистів, теракти неофашистів в Італії наприкінці 70-х років ХХ ст., Червоних бригад і фракції Червоної армії у ФРН тощо [7, 29–33].



**Етнічний тероризм.** Це різновид тероризму, суб'єктом якого є не ідеологічна, а національна, етнічна громада. Йдеться про міноритарну етнічну групу, включену до складу мажоритарної групи, яка відмовляє меншості у певних правах, найчастіше у праві на етнополітичне самовизначення. У цьому випадку розмежування відбувається за етнічною ознакою. Етнічні меншості розглядають тероризм як єдиний шлях заявити про свої вимоги в умовах, коли повноправна політична участь у визначенні своєї долі іншим способом неможлива. Ми знову стикаємося з певним маніхейством і расизмом, оскільки теракт здійснюється щодо представників демонізованої мажоритарної нації, винесених за межі етнічного самоутвердження. У деяких випадках етнотероризм може мати расовий характер, тобто бути тотожним прямому біологічному расизму. Найяскравіші приклади етнотероризму — баски (*ETA*), сицилійські сепаратисти, ірландці, курди, карабахські вірмени та чеченці [8, 75–79].

**Релігійний тероризм.** Тут суб'єктом терору і революції є релігійна меншість чи активний авангард мажоритарної релігії, що підпала під відчуження та ворожий вплив «маріонеткової» влади. У цьому випадку революційний «расизм» має теологічне забарвлення, антропологічне приниження «невірних» представників іншої релігії. Особливим видом релігійного тероризму є тероризм ортодоксальних релігій, сект тощо. Тут антропологічний дуалізм може доходити до найбільш крайніх формулювань: члени секти ототожнюються, наприклад, з «обраними», «врятованими», а всі інші — з «проклятими». Насильство в такому випадку в очах сектантів виправдане. Класичними зразками такого підходу є сіоністський тероризм у

Палестині та сучасний ісламський тероризм. Крім того, деякі вибухи гоміцидального і суїцидального сектантства на кшталт «Храму Народів» пастора Д. Джонса [9, 18–24].

**Кримінальний тероризм.** Досить рідкісне явище, що, як правило, є інструментом більш загального ідеологічного ланцюга. На відміну від простого бандитизму, кримінальний тероризм теоретично має висувати глобальніші вимоги, ніж банальна нелегітимна нажива. Найчастіше такий тероризм супроводжується вимогами частково політичного характеру: надання засобів пересування для того, щоб залишити певну зону, звільнення ув'язнених тощо. Як і в інших випадках тероризму, кримінальний терор прагне кинути виклик усій соціально-політичній і правовій системі, а не лише «урвати» незаконними засобами індивідуальний куш. Уважний розгляд сутності тероризму свідчить, що кримінальний терор може бути справжнім лише в тому випадку, коли злочинна організація має характер досить ідеологізованої та структурованої спільноти, що припускає наявність у ній елементів, які належать трьом зазначеним терористичним групам. Тобто кримінальний тероризм можливий у тому випадку, якщо злочинне угруповання має виражений ідеологічний, етнічний чи релігійний характер. Тоді навіть суто матеріальні вимоги терористів, висунуті владі, мають прагматичний характер і покликані бути лише однією з ланок у цілому ланцюзі підривних революційних дій. До розряду такого напівкримінального тероризму належать: діяльність анархістських грабіжників, етнічних мафій США (єврейської, сицилійської та китайської), захоплення банків деякими лівими екстремістами тощо [10, 37–41].

**Індивідуальний терор.** Це особливе явище, відмінною рисою якого є та обставина, що його суб'єкт — не спільнота, а окрема особа. Варто окреслити відмінність між терактом, здійсненим одноособово, але з мотивів, перелічених у попередніх пунктах («одинак — революціонер», «одинак — націоналіст», «одинак — релігійний фанатик», «одинак — злочинець»), та індивідуальним терором, що зумовлений винятково особистим, суб'єктивним станом людини, незалежно від її ідеологічної орієнтації. Індивідуальним тероризмом слід вважати насильство, здійснюване особою щодо інших членів суспільства, як вияв екзистенційного, суб'єктивного протесту, не обґрунтованого раціонально та ідеологічно. Індивідуальний терор найчастіше пов'язаний із психічною травмою, яка або передувє йому, або відбувається в момент теракту. Показово, що спонтанний терор, як правило, є властивістю ліберального суспільства, де протистояння системі часто майже неможливе через дезінтеграцію органічних колективів, що визначає якість цього суспільства. Тому акти індивідуального і невмотивованого тероризму розповсюджені в США [11].

Підсумовуючи викладене, можемо стверджувати, що тероризм виявляє

себе на будь-яких рівнях, починаючи із широкомасштабних насильницьких акцій на міжнародній арені та закінчуючи спонтанними терористичними діями окремих суб'єктів. У цій ситуації гостро постає питання про організацію адекватної протидії терористичним проявам. Як показує світовий досвід, тероризм особливо гостро виявляється в тих регіонах і в ті періоди, де і коли загострюються суперечності в соціально-політичній сфері, відбувається руйнування суспільних відносин, державного устрою, відсутня стабільність. Тероризм з'являється, коли суспільство переживає глибоку кризу, насамперед кризу ідеології та державно-правової системи. У такому суспільстві з'являються різні опозиційні групи: політичні, соціальні, національні, релігійні, для яких законність стає сумнівною. Якщо такі групи дійдуть висновку, що не можуть домогтися своїх цілей законним шляхом, вони можуть спробувати досягти бажаного через насильство, тобто тероризм. При цьому моральним виправданням убивств опозиція, зрозуміло, вважатиме високу значущість і чистоту своїх цілей.

#### ВИКОРИСТАНИ МАТЕРІАЛИ

1. Авдеев Ю. И. Терроризм как социально-политическое явление / Ю. И. Авдеев // Современный терроризм : состояние и перспективы. — М., 2000. — 375 с.
2. Асперникус Хорст. Народоубийство / Асперникус Хорст // Лем С. Библиотека XXI века. — М., 2003. — 602 с.
3. *Terrorism : Theory and practice* / ed. Alexander Y. Boulder : Westview press, 1979. — 280 p. — P. 30.
4. Bonanate L. Dimension del teroismo politico. Aspetti interne internazionali, politiche geuridici, F. Angeli, Milano. — 1989. — S. 99–179.
5. Jonson Ch. Perspectives on Terrorism / Ch. Jonson // The Terrorism Reader / Laquer W. L. : Wildwood, 1978. — P. 267–361.
6. *Terrorism and National Liberation : Proceedings of the International conference on the questions on terrorism* / Н. Köchler. — N. Y., 1988. — 318 p.
7. Буртний К. П. Многоликость терроризма : новые книги о глобальном вызове мира / К. П. Буртний // Безопасность Евразии. — 2002. — № 3. — С. 29–33.
8. Виноградов В. М. Терроризм : психологический портрет / В. М. Виноградов // Терроризм. Правовые аспекты борьбы. Нормативные и международные правовые акты с комментариями. Научные статьи. — М., 2005. — С. 75–79.
9. Борисов А. М. Государство и религия : аспект вопроса государственной безопасности / А. М. Борисов // Право и безопасность. — 2003. — № 3–4 (8–9). — С. 18–24.

10. Дремін В. Н. Террористическая деятельность организованных преступных групп / В. Н. Дремін // Весы Фемиды. — 1998. — № 2. — С. 37–41.
11. Кожушко Е. П. Современный терроризм : анализ основных направлений / Е. П. Кожушко ; под общ. ред. А. Е. Тараса. — Минск, 2000. — 486 с.

**Канцир В. С. Тероризм як ознака соціально-психологічної кризи суспільства**

**Анотація.** У статті розкрито явище тероризму як однієї із ситуацій соціального конфлікту; розглянуто поняття тероризму як способу дії в умовах відсутності альтернативи на взаємодію з опонентом. Виділено категорії тероризму залежно від того, яка саме меншість є суб'єктом терористичного акту.

**Ключові слова:** тероризм, міжнародний тероризм, суб'єкти тероризму, конфліктна ситуація, механізми конфлікту.

**Канцир В. С. Тероризм как признак социально-психологического кризиса общества**

**Аннотация.** В статье раскрыто явление терроризма как одной из ситуаций социального конфликта; рассмотрено понятие терроризма как способа действий в условиях отсутствия альтернативы на взаимодействие с оппонентом. Выделены категории терроризма в зависимости от того, какое именно меньшинство выступает субъектом террористического акта.

**Ключевые слова:** терроризм, международный терроризм, субъекты терроризма, конфликтная ситуация, механизмы конфликта.

**Kanthir V. S. Terrorism as sign socially-psychological crisis of society**

**Annotation.** In this article had been uncovering the phenomena of terrorism, as a situation of social conflict; has been consider a subject of terrorism, as a method of action in condition absences alternative to interaction with opponent. Had been categories of terrorism; in dependence on what minority is a subject of terroristic act.

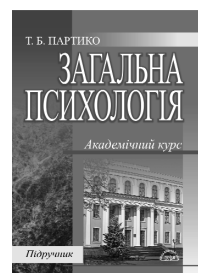
**Key words:** terrorism, international terrorism, subject of terrorism, conflict situation, mechanism of conflict.

Видавничий Дім «Ін Юре» пропонує:

**Партико Т. Б. Загальна психологія : підруч. для студ. вищ. навч. закл. — К., 2008. — 416 с.**

У підручнику висвітлено головні феномени, властивості та закономірності психіки людини. Показано місце психології в системі сучасних наук, описано методи сучасної психології, природу та сутність психіки людини. Проаналізовано головні засади персонології, описано індивідуально-типологічні характеристики людини та особливості її перебування в соціумі. Розглянуто феноменологію пізнавальних та емоційно-вольових процесів людини.

Розраховано на студентів вищих навчальних закладів, слухачів факультетів післядипломної освіти неспсихологічного профілю, магістрів, аспірантів і викладачів.



**Замовляйте видання за телефонами:**

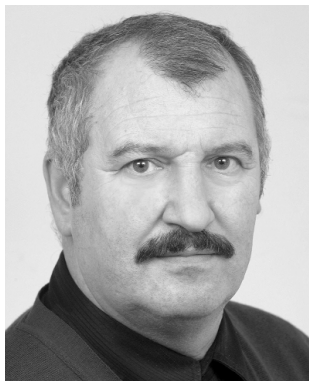
**0 (44) 537-51-20, 537-51-21**

**або електронною поштою:**

**sales@inyure.kiev.ua**

**http://shop.inyure.kiev.ua**

# ПРО РОЗМЕЖУВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ПОСАДОВИХ ТА СЛУЖБОВИХ ОСІБ У СФЕРІ ЗЕМЕЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН



## **О. СВИТЛИЧНИЙ**

*кандидат юридичних наук,  
старший викладач кафедри аграрного,  
земельного та екологічного права  
ім. академіка В. З. Ярчука  
(Національний університет біоресурсів  
і природокористування України)*

Враховуючи, що специфіка земельних відносин визначається тим, що земля посідає домінуюче місце серед інших природних компонентів, адміністративна відповідальність, як особливий вид юридичної відповідальності, є важливою правовою гарантією у сфері охорони і раціонального використання земельних ресурсів. Адміністративні правовідносини поєднують відносини держави, як основного гравця земельних відносин, з іншими суб'єктами земельних правовідносин, визначених ст. 2 Земельного кодексу України, якими є громадяни, юридичні особи, органи місцевого самоврядування та органи державної влади [1].

Певний вплив на адміністративні правовідносини у сфері земельного права відбувається з боку посадових і службових осіб. Зміст цих правовідносин становлять суб'єктивні права та обов'язки сторін, що будуються на владних повноваженнях, якими держава наділяє останніх. Обсяг цих повноважень визначено у відповідних нормативно-правових актах.

Питання дослідження суб'єктивного складу адміністративних правовідносин у сфері земельних відносин, особливо в контексті розмежування юридичної відповідальності посадових та службових осіб, є досить суперечливим як з наукової, так і з практичної точок зору, що, у свою чергу, впливає на стан охорони і раціональне використання земельних ресурсів.

Враховуючи, що державний контроль за використанням та охороною земель здійснюють різні органи виконавчої влади з певною ієрархічною структурою та напрямками контрольної діяльності, а також органи місцевого самоврядування, яким законом делеговано повноваження щодо здійснення державного контролю за використанням та охороною земель, науковий погляд на зазначені питання має практичне значення для розвитку земельних правовідносин.

Владні суб'єкти — посадові та службові особи мають велике значення у сфері земельних правовідносин, оскільки їх правовий статус відіграє важливу роль у системі уповноважених органів, які відповідно до законодавст-

ва здійснюють організаційно-правову діяльність щодо забезпечення раціонального використання земельних ресурсів та їх охорони.

На жаль, порушення у сфері земельного законодавства мають системний характер. Органи місцевої влади та органи місцевого самоврядування продовжують приймати незаконні рішення щодо надання у власність та оренду земельних ділянок. Незаконно змінюється цільове призначення земель, вилучаються особливо цінні землі, землі сільськогосподарського та лісогосподарського призначення. Ці та інші правопорушення неможливі без протиправної діяльності суб'єктів владних повноважень.

Наприклад, у МВС України за 2008 р. до адміністративної відповідальності було притягнуто 253 посадовців, уповноважених на виконання функцій держави у сфері земельних правовідносин. Прокурорами опротестовано понад 5,4 тис. незаконних актів щодо земельних питань. За документами прокурорського реагування до відповідальності притягнуто 3,3 тис. службових осіб, з яких 322 – посадовці органів державного контролю [2].

На сьогодні три центральних органи виконавчої влади: Міністерство охорони навколишнього природного середовища України, Державний комітет України із земельних ресурсів та Міністерство аграрної політики України, в межах компетенції, беруть участь у здійсненні державного контролю за використанням та охороною земель, а тому адміністративна відповідальність посадових та службових осіб органів державної влади є гарантією побудови системи правових взаємовідносин у сфері земельного законодавства.

Досліджуючи питання притягнення до адміністративної відповідаль-

ності посадових та службових осіб, необхідно докладніше розглянути їх правовий статус.

У чинному Кодексі України про адміністративні порушення (далі – КпАП) [3] відсутнє визначення посадової та службової особи, що, на нашу думку, не сприяє правозастосовній діяльності, оскільки саме посадові особи, за фактично вчинені ними неправомірні діяння у сфері охорони земельного законодавства, ухиляються від притягнення їх до адміністративної відповідальності. На жаль, цьому сприяє недосконале чинне законодавство.

Наприклад, у ст. 35 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» зазначено, що державному контролю підлягають використання й охорона земель, у ст. 68 цього ж Закону зазначено, що відповідальність за порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища несуть не тільки посадові особи, але й спеціалісти [4].

Частиною 5 ст. 9 «Положення про Державну інспекцію з контролю за використанням і охороною земель» встановлено, що головні та провідні спеціалісти, які безпосередньо здійснюють державний контроль за використанням та охороною земель, є одночасно державними інспекторами з контролю за використанням та охороною земель [5].

Як бачимо, чинним законодавством з охорони земель встановлено широкий перелік суб'єктів владних повноважень щодо здійснення ними владних управлінських функцій у сфері земельних правовідносин.

Визначення поняття «посадова особа» дається у ст. 2 Закону України «Про державну службу», згідно з якою посадовими особами вважаються керівники та заступники керівників дер-

жавних органів та їх апарату, інші державні службовці, на яких законами або іншими нормативно-правовими актами покладено здійснення організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій [6]. Норми, закріплені у статтях 1–2 Закону України «Про державну службу», визначають загальне коло державних службовців, яких умовно можна поділити на дві категорії: державні службовці та посадові особи. Крім того, поняття «посадова особа» у зазначеному Законі значно ширше за поняття «службова особа» і певною мірою охоплює поняття «службова особа», але водночас поняття «посадова особа» стосується лише посадових осіб державних органів, що значно звужує межу застосування заходів юридичної відповідальності до посадових осіб різних форм власності.

Визначення поняття «службова особа» зазначено у примітці до ст. 364 Кримінального кодексу України і за своїм смисловим наповненням є значно ширшим за поняття «посадова особа», так як охоплює коло осіб, які обіймають певні посади на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форм власності.

Службовими особами є особи, які постійно чи тимчасово здійснюють функції представників влади, а також обіймають постійно чи тимчасово на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або виконують такі обов'язки за спеціальним повноваженням [7]. Тобто головним елементом, який визначає статус посадової та службової особи, є його правосуб'єктність.

Н. Армаш під поняттям «правосуб'єктності керівника органу виконавчої влади» розуміє здатність керівника

виступати суб'єктом правовідносин від імені органу виконавчої влади у різних галузях права. Правосуб'єктність керівника органу виконавчої влади виникає з моменту призначення його на цю посаду і закінчується зі звільненням особи з посади керівника органу виконавчої влади [8, 7].

Отже, головним елементом, який визначає статус посадової та службової особи, є його правосуб'єктність, яка виникає після настання юридичних фактів. Так, наприклад, відповідно до Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» від 7 червня 2001 р. посадова особа місцевого самоврядування, яка вперше приймається на службу в органи місцевого самоврядування, вважається такою, що вступила на посаду, з моменту складення присяги [9]. Таким чином, особа, яка відмовилася від складення присяги, вважається такою, що не вступила на посаду, а рішення про її призначення, обрання чи затвердження вважається таким, що втратило юридичну силу.

При цьому необхідно звернути увагу, що юридична особа здатна мати цивільні права та обов'язки (цивільна правоздатність), яка може бути обмежена лише за рішенням суду і може здійснювати окремі види діяльності після одержання спеціального дозволу (ліцензії) [10, 45–46], а тому правосуб'єктність посадових осіб керівників органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування і посадових осіб підприємств, установ і організацій залежно від форми власності буде різною.

Важливим елементом змісту адміністративно-правового статусу посадової особи (службової особи) органу виконавчої влади є його посада, яка залежить від:

- ступеня відповідних службових повноважень (організаційно-пра-

вового рівня органу, в якому працює посадова особа);

- правового становища посадової особи (обсяг і характер компетенції на конкретній посаді);
- покладених прав і обов'язків;
- юридичної відповідальності (обов'язок нести відповідальність за власні дії, посадова особа, на відміну від службової особи, несе відповідальність і за дії своїх підлеглих).

Крім того, адміністративне правопорушення — це факт реальної дійсності і відображає істотні властивості реальних явищ, що становлять склад адміністративного правопорушення.

Адміністративна відповідальність за порушення у сфері земельного законодавства полягає у захисті прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових та службових осіб при здійсненні ними владних управлінських функцій, зокрема на виконання делегованих повноважень.

Роблячи правовий аналіз адміністративної відповідальності у сфері охорони земель, необхідно зазначити, що важливим питання є не тільки відмежування адміністративних правопорушень від кримінальних, цивільно-правових і дисциплінарних, але й виявлення нормативно-правових норм застосування адміністративної відповідальності до посадових та службових осіб, які передбачені не тільки в КпАП, але і в інших нормативно-правових актах, які регулюють сферу земельних правовідносин.

Відповідно до чинного законодавства підставою для притягнення до адміністративної відповідальності посадової та/або службової особи є вчинення особою адміністративного проступку, що містить склад адміні-

стративного проступку, а також застосування адміністративних стягнень.

Основним нормативним актом, який передбачає адміністративну відповідальність посадових осіб у сфері земельних відносин, є КпАП, а також окремі нормативно-правові акти з охорони земельного законодавства. Так, у ст. 68 Закону України «Про землеустрій» зазначено, що особи, винні в порушенні законодавства у сфері землеустрою, несуть відповідальність згідно із законом. Отже, посадові особи фактично підлягають адміністративній відповідальності за порушення земельного законодавства [11].

Необхідно зазначити, що Земельним кодексом України, на відміну від КпАП, не передбачена відповідальність посадових і службових осіб за порушення земельного законодавства.

У контексті подальшого дослідження притягнення посадової особи до адміністративної відповідальності за порушення земельного законодавства необхідним є визначення правової норми, що передбачає склад правопорушення.

Згідно зі ст. 14 КпАП посадові особи підлягають адміністративній відповідальності за адміністративні правопорушення, пов'язані з недодержанням установлених правил у сфері охорони порядку управління, державного і громадського порядку, природи, здоров'я населення та інших правил, забезпечення виконання яких входить до їх службових обов'язків.

Аналіз КпАП дає підстави зазначити, що адміністративна відповідальність посадової особи визначена за порушення земельного законодавства у статтях 52–55, 96–97 цього Кодексу.

Крім того, у разі застосування заходів дисциплінарної, цивільно-правової, адміністративної або кримінальної відповідальності до винної посадо-

вої особи, це не звільняє її від відшкодування шкоди в повному обсязі, за подіяної земельним ресурсам.

Таким чином, можна зазначити, що посадові особи несуть адміністративну відповідальність не тільки за власні дії, за які передбачена відповідальність, а також несуть відповідальність за дії своїх підлеглих. Наприклад, у разі незабезпечення підлеглими державного контролю за використанням та охороною земель.

Законодавець, встановлюючи адміністративну відповідальність посадових і службових осіб за порушення земельного законодавства, реалізує правовий порядок, здійснюючи не тільки охорону і захист земель, а й захист і відновлення порушених прав юридичних та фізичних осіб, права яких були порушені суб'єктами владних повноважень.

При цьому слід констатувати, що юридична відповідальність посадової та службової особи перебуває у прямій залежності від тих прав і обов'язків, які покладені на неї.

Визначення оптимального обсягу відповідальності за кожним державним службовцем має балансуватися обсягом повноважень і засобів для успішної реалізації, покладених на нього функціональних обов'язків, що за умови якісного контролю за цими вимогами унеможливить порушення законодавства [12, 10].

Враховуючи, що порушення у сфері земельних відносин стають все більше навмисними і зухвалими, є об'єктивна необхідність у разі притягнення посадової та/або службової особи до адміністративної відповідальності за порушення земельного законодавства, додатково в КпАП встановити правову норму, згідно з якою така особа має бути відсторонена від займаної посади.

Враховуючи, що чинний КпАП не містить визначення посадової та службової особи, що негативно впливає на регулювання у сфері земельних правовідносин, на нашу думку, необхідно внести до КпАП визначення посадової та службової особи.

Під посадовою особою необхідно розуміти фізичну особу, яка постійно або тимчасово виконує обов'язки укладеними в установленому законом порядку, що пов'язані з виконанням обов'язків керівника, заступника керівника в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, підприємств, установ і організацій незалежно від форм власності, а також інші особи, які з огляду на свої посадові (службові) обов'язки відповідають за виконання вимог, встановлених законами та іншими нормативно-правовими актами, і які входять до виконуваних ними трудових (службових) обов'язків або на підставі спеціально їм наданих повноважень.

Крім того, для розмежування основних елементів, що характеризують посадову особу, необхідно зазначити, що посадова особа може виступати представником не тільки органів державної влади та місцевого самоврядування, а також підприємств, установ і організацій незалежно від форм власності, тоді як службова особа, на нашу думку, маючи відповідні службові повноваження, повинна виступати суб'єктом правовідносин тільки від імені органу виконавчої влади та органу місцевого самоврядування.

Водночас суб'єктом владних повноважень може бути тільки орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, зокрема на виконання делегованих повноважень



[13]. Ці суб'єкти є виразниками державних і суспільних інтересів, носіями публічної влади.

Отже, посадова та службова особи, що здійснюють свою діяльність у сфері земельних правовідносин як суб'єкти публічного управління, є обов'язковими учасниками публічно-правових відносин, мають особливий правовий статус, наділений владними повноваженнями згідно з законодавством.

Для усунення правової колізії у визначенні понять «посадової особи» та «службової особи», на нашу думку, необхідно на законодавчому рівні визначити поняття «службова особа».

Службова особа — це фізична особа, яка постійно або тимчасово виконує функції представника влади, органу місцевого самоврядування, пов'язану з виконанням організаційно-розпорядчими або адміністративно-господарськими функціями чи

обов'язками, покладеною на нею в установленому законом порядку правомочним органом та/або правомочною службовою особою.

Запропонована дефініція поняття відокремлення зазначених суб'єктів надалі дасть можливість, у разі застосування до них заходів юридичної відповідальності, чітко відрізнити посадову від службової особи, що сприятиме дотриманню верховенства права, доцільності, обґрунтованості та справедливості покарання, зокрема у такій важливій сфері, як охорона і захист земель.

Подальше дослідження порушених питань, врахування та використання запропонованих нами пропозицій, на нашу думку, матиме позитивні наслідки для вирішення проблемних питань щодо забезпечення і реалізації державної політики у сфері земельного законодавства.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Земельний кодекс України* від 25 жовтня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 3–4. — Ст. 27.
2. *Закон і бізнес*. — 2008. — № 48. — 29 лист. — 5 груд.
3. *Кодекс України про адміністративні правопорушення* від 7 грудня 1984 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. — 1984. — № 51. — Ст. 1122.
4. *Про охорону навколишнього природного середовища* : Закон України від 25 червня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 41. — Ст. 546.
5. *Положення про Державну інспекцію з контролю за використанням і охороною земель* : затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 25 грудня 2002 р. № 1958 // zakon.rada.gov.ua
6. *Про державну службу* : Закон України від 16 грудня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 52. — Ст. 490.
7. *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України* / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. — 3-тє вид. — К., 2003. — 1056 с.
8. *Армаш Н. О.* Адміністративно-правовий статус керівників органів виконавчої влади : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.7 / НАН України ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корещького. — К., 2004. — 17 с.
9. *Про службу в органах місцевого самоврядування* : Закон України від 7 червня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 33. — Ст. 175.
10. *Господарське законодавство* : навч. посіб. / В. І. Курило, О. П. Світличний. — К., 2009. — 360 с.
11. *Про землеустрій* : Закон України від 22 травня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 36. — Ст. 282.
12. *Старцев О. В.* Адміністративно-правове регулювання відповідальності посадових осіб органів виконавчої влади : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.7 / Нац. акад. держ. податкової служби України. — Ірпінь, 2004. — 22 с.
13. *Кодекс адміністративного судочинства України* від 6 липня 2005 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 35–36, 37. — Ст. 446.

Світличний О. П. Про розмежування адміністративної відповідальності посадових та службових осіб у сфері земельних правовідносин

**Анотація.** У статті розглядаються питання розмежування адміністративної відповідальності посадових та службових осіб у сфері земельних правовідносин.

**Ключові слова:** адміністративна відповідальність, посадові та службові особи, порушення земельного законодавства, земельні правовідносини.

Светличный А. П. О разграничении административной ответственности должностных и служебных лиц в сфере земельных правоотношений

**Аннотация.** В статье рассматриваются вопросы разграничения административной ответственности должностных и служебных лиц в сфере земельных правоотношений.

**Ключевые слова:** административная ответственность, должностные и служебные лица, нарушения земельного законодательства, земельные правоотношения.

Svitylchnyy O. P. About delimitation of officials' and officers' administrative responsibility in the sphere of land legal relationship.

**Annotation.** In the article there is considered the matter of delimitation of officials' and officers' administrative responsibility in the sphere of land legal relationship.

**Key words:** administrative responsibility, officials and officers, violation of land legislation, land legal relationship

Вийшов друком збірник:

Судова практика Верховного Суду України у справах про адміністративні правопорушення / за заг. ред. П. П. Пилипчука. — К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. — 328 с.



У збірнику вміщено роз'яснення Пленуму Верховного Суду України, що стосуються розгляду судами загальної юрисдикції справ про адміністративні правопорушення, відповідні аналітичні та статистичні матеріали, а також докладно висвітлюється практика Верховного Суду України за 2001–2005 рр. з перегляду рішень у справах цієї категорії.

Наведені у збірнику матеріали будуть корисними для суддів, працівників апаратів судів, правоохоронних органів, адвокатів, науковців, викладачів і студентів юридичних ВНЗ та факультетів, а також громадян, яких цікавлять питання адміністративної відповідальності.

**Замовляйте видання за телефонами:**

**0 (44) 537-51-20, 537-51-21**

**або електронною поштою**

**sales@inyure.kiev.ua**

**http://shop.inyure.kiev.ua**

## ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ КОНЦЕПТУАЛЬНИХ ПОЛОЖЕНЬ ПОСТАВКИ НА ТЕРИТОРІЇ УКРАЇНИ В ХХ СТОЛІТТІ



**Т. БЕСЕДИНА**  
*аспірант кафедри правового регулювання економіки  
(Київський національний економічний університет)*

Договір поставки — один із найбільш широко застосовуваних у підприємницькій діяльності договорів [10, 610]. На сьогодні основними нормативно-правовими актами, які регулюють відносини поставки в Україні, є Господарський кодекс України (далі — ГК України) та Цивільний кодекс України (далі — ЦК України), які були прийняті в 2003 р. Але відносини поставки виникли значно раніше, тому постає питання про розвиток законодавства, яке історично регулювало зазначені відносини. Не випадково кажуть: щоб мати майбутнє — необхідно знати минуле.

Метою статті є аналіз еволюції правового регулювання відносин поставки на території України, систематизація етапів становлення цього законодавства.

На думку автора, науковці не приділяють достатньої уваги розвитку договору поставки. Окремі аспекти проблеми еволюції поставки досліджували такі науковці: О. Беяневич, М. Брагінський, В. Вітрянський, С. Езерська,

Н. Клейн, Л. Шор, Є. Харитонова, О. Калітенко та ін.

У дореволюційному цивільному праві існували три споріднених договори: поставки, купівлі-продажу і запродажу. Тобто поставка виокремлювалася як самостійний вид цивільного договору. Це був договір, за яким одна сторона зобов'язувалася доставити іншій яку-небудь річ за відомою ціну до відомого терміну. Відмінність між договорами поставки і купівлі-продажу полягала у різниці в часі між моментом укладання і виконання договору [6, 107].

Причому деякі вчені, зокрема Г. Шершеневич, вказували на те, що зазначені вище договори є досить схожими і їх виокремлення в самостійні види не є логічним. Також слід звернути увагу на те, що в зарубіжних країнах такого розподілу не було [4, 98–99].

Вже при підготовці V книги Цивільного положення, яка була внесена на розгляд Державної Думи в 1913 р., російські цивілісти розглядали до-

говір поставки як один із різновидів договору купівлі-продажу [4, 99].

Поставка товарів для державних потреб у той час регулювалася Положенням про казенні підряди і поставки. Такі договори могли бути укладені лише з використанням торгів або закритих повідомлень [4, 113–114].

Цивільний кодекс 1922 р. вже не містив положень про договір поставки. Але в процесі подальшого розвитку соціалістичного строю поставка знову стає самостійним договором, який характеризується плановим характером. Цікавим є й те, що продукція, яка становила предмет договору поставки, передавалася в оперативне управління, а не у власність [4, 99; 6, 107–108]. Зазначене положення було зумовлене тим, що майже все майно в період з лютого 1919 р. по листопад 1920 р. було націоналізовано, тобто належало державі.

Про існування договору поставки від самого початку заснування Радянського Союзу можна дійти висновку, зважаючи на існування таких актів: Закон «Про державні підряди і поставки» 1923 р.; постанова РНК СРСР «Про прирівняння реєстрації на біржі договорів поставки, які укладаються державними органами, до нотаріально засвідчених» від 25 листопада 1924 р.; постанова ЦВК та РНК СРСР «Про звільнення від нотаріального засвідчення і реєстрації на біржі договорів підряду і купівлі-продажу (зокрема постачання), що укладаються органами Народного комісаріату по військових і морських справах, особливих відділів і військ Об'єднаного Державного Політичного Управління, а рівно військ конвойної варті СРСР з державними підприємствами, кооперативними організаціями і приватними особами» від 4 грудня 1925 р. (потрібно звернути увагу, що навіть з

назви постанови можна дійти висновку, що договір поставки не виокремлюють у самостійний вид).

Отже, договір поставки в період з 1924 по 1925 рр. характеризується такими ознаками: предметом поставки є речі, визначені родовими ознаками (на сьогодні предметом договору поставки можуть бути і речі, визначені індивідуальними ознаками (ч. 1 ст. 266 ГК України); постачальник зобов'язаний доставити речі; між укладенням договору і його виконанням з боку постачальника повинен минути певний строк.

У 1931 р. виходить постанова РНК СРСР «Про відповідальне зберігання покупцем неоплачених товарів» (регулює лише відносини з приводу збереження покупцем неоплачених товарів, отриманих від постачальника).

На думку автора, необхідно звернути увагу й на нормативно-правове регулювання розрахунків при поставках товарів. Ще 30 січня 1930 р. ЦВК та РНК СРСР була прийнята постанова «Про кредитну реформу», яка встановлювала пряме банківське кредитування. Іншим організаціям заборонялося видавати кредити, завдатки та аванси. А 14 січня 1931 р. РНК СРСР була прийнята постанова «Про заходи поліпшення практики кредитної реформи», якою Державному банку була надана можливість сплачувати рахунки підприємств-постачальників у межах наданого покупцю ліміту лише за наявності згоди покупця (акцент рахунку) або за наявності доручення (акредитиву). Відповідно ж до постанови РНК СРСР «Про зміни в системі кредитування, укріплення кредитної роботи та забезпечення господарського розрахунку в усіх господарських органах» від 20 березня 1931 р. у договорах поставки має бути зазначена форма розрахунків між покупцем і по-

стачальником, відповідно до якої Державний банк виконував їх доручення у формі акценту, акредитиву чи особливого рахунку [9, 9–11].

Таким чином, ще з 30-х років договір поставки почав застосовуватися як важливий засіб укріплення господарського розрахунку, виконання планів виробництва та поставки продукції [9, 11].

З 60-х років основними актами, які регулювали відносини поставки, були Основи цивільного законодавства СРСР і союзних республік 1961 р. та Цивільний кодекс СРСР 1964 р., норми яких встановлювали, що договір поставки є не лише плановим, а й регульованим (неплановим) [4, 99–100].

За часів, коли Україна входила до Радянського Союзу як УРСР, основним актом, який регулював відносини поставки, був Цивільний кодекс УРСР 1963 р. (далі – ЦК УРСР). Основний акцент робився на планових поставках і лише відповідно до ч. 2 ст. 245 ЦК УРСР договір поставки може укладатися і на власний розсуд сторін.

У статті 245 ЦК УРСР наголошувалося, що сторонами договору поставки можуть бути лише організації (юридичні особи), бо в період панування планово-адміністративної системи, коли приймався ЦК УРСР, діяльність приватних осіб у сферах матеріально-технічного постачання та оптової торгівлі заборонялася. Нині функції як постачальника, так і покупця можуть виконувати й фізичні особи, зареєстровані як підприємці (ч. 2 ст. 55 та ч. 3 ст. 265 ГК України).

Відповідно до ЦК УРСР договір поставки був самостійним договором поряд із договором купівлі-продажу, міни, дарування тощо. Основною причиною його виділення в окремий вид була плановість економіки. На той час

всі підприємства працювали на основі затверджених планів, в яких встановлювався обсяг виробництва. Але для досягнення зазначених обсягів необхідна сировина та комплектуючі вироби, які поставлялися іншими суб'єктами господарювання. З огляду на те, що обсяг виробництва був наперед встановлений, то й обсяг сировини відомий. Тому укладалися договори поставки, за якими товари, сировина, комплектуючі вироби поставлялися зі встановленою періодичністю, постійно. Саме з цієї причини, на нашу думку, договір поставки набув такого поширення, став незамінним поряд з іншими договорами.

Державне планування економічного і соціального розвитку УРСР здійснював Державний плановий комітет УРСР відповідно до ст. 1 Положення про Державний плановий комітет УРСР, затвердженого постановою Ради Міністрів УРСР від 16 листопада 1982 р. № 552. А забезпечення виконання державного плану роздрібного товарообороту та інших планових завдань з торгівлі відповідно до ст. 2 Положення про Міністерство торгівлі УРСР, затверджене постановою Ради Міністрів УРСР від 8 липня 1969 р. № 404, покладалося на Міністерство торгівлі УРСР. Серед планових документів можна назвати, наприклад, Постанову Ради Міністрів УРСР «Про Державний план економічного і соціального розвитку УРСР на 1986 рік» від 22 листопада 1985 р. № 420.

Отже, відмінність із сучасним правовим регулюванням договору поставки полягає в тому, що відповідно до ч. 1 ст. 245 ЦК УРСР поставка здійснюється згідно з обов'язковим для обох організацій плановим актом розподілу продукції.

Регулювання відносин поставки здійснювалося й інструкціями про по-

рядок приймання продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за кількістю та якістю, затвердженими постановами Державного арбітражу при Раді Міністрів СРСР відповідно від 15 червня 1965 р. № П-6 та від 25 червня 1966 р. № П-7. Зазначені інструкції є чинними й на сьогодні. Цікавим є й той факт, що останні зміни в них вносилися лише в 1975 р.

У період з 1960 по 1980 рр. було прийнято ряд постанов Державного арбітражу при Раді Міністрів СРСР, які регулювали відносини поставки окремих видів товарів (втратили чинність згідно з постановою Державного арбітражу при Раді Міністрів СРСР від 3 листопада 1988 р.): «Про затвердження особливих умов поставки руд та флюсів чорній металургії» від 25 квітня 1960 р. № ОУ-49, «Про затвердження особливих умов поставки шерстяної сировини» від 9 червня 1960 р. № ОУ-52, «Про затвердження особливих умов поставки скляної тари, електроскла та інших виробів зі скла» від 6 серпня 1960 р. № ОУ-55 та ін.

На той час поставка продукції та товарів для експорту регулювалася Умовами поставки для експорту, які були затверджені Радою Міністрів СРСР від 14 січня 1960 р. Постачальниками товарів були організації чи підприємства, на які загальнодержавськими чи республіканськими функціями покладено ці повноваження, а замовниками – зовнішньоторгові об'єднання, а також кооперативні та інші організації, які у встановленому порядку могли здійснювати зовнішньоторгові операції [5, 8–9].

Відносини ж імпорту регулювалися Умовами виконання всесоюзними зовнішньоторговими об'єднаннями замовлень радянських організацій на імпорт товарів, затвердженими поста-

новою Радою Міністрів СРСР від 8 липня 1969 р. № 530. Причому Положення про поставки продукції та товарів на ці відносини не розповсюджувалися. Як замовники виступали радянські організації, що отримали дозвіл на імпорт товарів. Договірні відносини між замовником та виконавцем оформлювалися шляхом видачі письмового доручення на імпорт та письмового підтвердження про прийняття замовлення до виконання [5, 9–10].

У 1969 р. було прийнято Положення про поставки продукції та товарів.

16 квітня 1975 р. Державним комітетом з матеріально-технічного забезпечення СРСР за домовленістю з Державним арбітражем СРСР було затверджено Положення про оптову торгівлю продукцією виробничо-технічного призначення № 30. На практиці це Положення застосовувалося при розподілі продукції через Державний комітет СРСР та відповідні державні комітети союзних республік [5, 11].

Відповідно до Рішення XXV з'їзду партії та наступних Пленумів КПРС було прийнято ряд постанов ЦК КПРС та Ради Міністрів СРСР (1977–1979 рр.): «Про розвиток в 1976–1980-х роках виробництва товарів масового споживання та про засоби покращання їх якості», «Про засоби з подальшого розвитку торгівлі», «Про засоби з підвищення виробництва товарів для дітей, покращання їх якості та покращання торгівлі цими товарами» тощо. Однією з важливих умов виконання цих програм було покращання договірних зв'язків між торгівлею та промисловістю [1, 3].

Водночас у промисловості почала використовуватися Комплексна система управління якістю товарів, яка сприяла вирішенню завдання підвищення якості товарів народного споживання [1, 35].

10 лютого 1981 р. постановою Ради Міністрів СРСР (№ 161) було затверджено Положення про поставки товарів народного споживання (з 1983 р. – Положення про поставки товарів), яке замінило Положення від 1969 р. та Положення про поставку продукції виробничо-технічного призначення. Норми положень були направлені на підвищення ролі договору поставки та відповідальності за невиконання планових завдань та договірних зобов'язань. Вони передбачали, що поставка товарів здійснюється за договорами. Прикріплення постачальника до покупця здійснювалося, як правило, на строк дії п'ятирічного плану. На той час до товарів, які розподілялися у плановому порядку, належали основні продовольчі та непродовольчі товари, які займали більш ніж 85 % обсягу ринку [3, 3–5].

Пункт 7 Положення про поставку продукції встановлював два види відносин поставки: прямі довгострокові (постачальник є виробником товару, а покупець – кінцевим споживачем (проста структура)) і довгострокові (між виробником і кінцевим споживачем є посередник (складна структура)). Така класифікація відносин поставки існує й на сьогодні (ч. 1 ст. 264 ГК України).

Ще одним джерелом регулювання відносин поставки були стандарти. У СРСР діяли державні, галузеві, республіканські та стандарти підприємств. Для додержання вимог стандартів ЦК КПРС та Рада Міністрів СРСР прийняли постанову «Про підвищення ролі стандартів у покращанні якості продукції, що випускається» від 10 листопада 1970 р. № 937, відповідно до якої у випадку реалізації товарів, які виготовляються з відступленням від стандартів та технічних вимог, вся сума, отримана внаслідок продажів, вилучається

до державного бюджету і продукція не включається до звіту про виконання плану продажів [3, 59, 67].

Відповідно до наказу Міністерства торгівлі СРСР «Про органи, які здійснюють прикріплення покупця до постачальника для укладення договорів на поставку товарів, які розподіляються в плановому порядку» від 6 квітня 1982 р. № 58 прикріплення здійснювалося на ярмарках.

Отже, поставка здійснювалася за договорами поставки (якщо одна зі сторін наполягає на укладенні договору) або на основі планових актів (сповіщень про прикріплення чи нарядів на поставки), які видавалися на підставі п. 17 Положення про поставку товарів. Бездоговірна поставка продукції розцінювалася як порушення державної дисципліни [5, 14].

Основною метою економічного і соціального розвитку СРСР на 1981–1985 рр. і на період до 1990 р., яка була затверджена ХХVI з'їздом КПРС, було посилення взаємної матеріальної відповідальності підприємств та інших організацій за несвоєчасне та неякісне виконання планових завдань і зобов'язань з поставок.

На ХХVII з'їзді КПРС зазначалося, що в останні роки покращилося виконання договірних зобов'язань з поставок продукції. Реалізуючи умови, встановлені на цьому з'їзді, ЦК КПРС та Рада Міністрів СРСР прийняли ряд важливих нормативно-правових актів: «Про засоби для підвищення якості продукції» від 12 травня 1986 р., «Про підвищення відповідальності об'єднань, підприємств та організацій за виконання договорів поставки продукції та товарів» від 5 червня 1986 р., «Про покращання планування, економічного стимулювання та вдосконалення управління виробництвом товарів народного споживан-

ня в легкій промисловості» від 24 квітня 1986 р. [7, 4].

У 1987 р. відповідно до постанови Ради Міністрів УРСР «Про створення Українського госпрозрахункового зовнішньоторгового об'єднання при Раді Міністрів УРСР» від 3 вересня 1987 р. № 300 було створено Українське госпрозрахункове зовнішньоторгове об'єднання, яке діяло на основі Положення, затвердженого постановою Ради Міністрів УРСР від 24 листопада 1987 р. № 380. Відповідно до ст. 1 Положення зазначене об'єднання було республіканською зовнішньоторговою організацією, яка здійснювала експортні та імпорتنі операції з номенклатури товарів і послуг підприємств республіканського і місцевого підпорядкування. А відповідно до ч. 1 ст. 8 йому надавалося право укладати в межах своєї компетенції угоди в СРСР та за кордоном.

Надалі основним нормативно-правовим актом, який регулював відносини поставки, була постанова Ради Міністрів СРСР «Про затвердження Положення про поставку продукції виробничо-технічного призначення, Положення про поставку товарів народного споживання і основних умов регулювання договірних відносин при здійсненні експортно-імпорتنих операцій» від 25 липня 1988 р. № 888. У преамбулі постанови встановлюється, що під час переходу підприємств на повний господарський розрахунок, самофінансування і самоврядування необхідно підвищити роль господарських договорів. Отже, акцент уже переходить (але поки що лише на папері) з відносин, заснованих відповідно до планового акта розподілу продукції, на договірні відносини. Ця постанова є чинною і на сьогодні.

У 1989 р. Г. Кулініна та А. Чирков вказували на те, що головною метою підприємства є всіляке задоволення

суспільних потреб народного господарства та громадян у його продукції при мінімальних витратах. Тобто виконання зобов'язань з поставки продукції згідно з укладеними договорами мало велике значення для перебудови економіки. Це один з основних критеріїв оцінки діяльності підприємств. При 100 %-ому виконанні державних замовлень (були обов'язковими для включення у плани) підприємства мали пільги при відрахуваннях від прибутку в бюджет [8, 5–6].

Отже, можна дійти висновку, що основними ознаками договорів поставки за часів Радянського Союзу були плановість, довгостроковість, системність та обов'язковість.

У процесі становлення відносин поставки на території України можна виокремити такі етапи законодавчого врегулювання:

1) дореволюційний період (характеризується виділенням договору поставки як самостійного договору);

2) період від початку появи планово-господарських зобов'язань до 1938 р. (характеризується поглядом на господарський договір як на інститут господарського права [2, 8]);

3) 1938–1956 рр. (розпочинається з Народи з питань науки радянської держави і права у 1938 р., на якій відмінили концепцію інституту господарського права. Також було закладено дуалістичний підхід до правового забезпечення регулювання економіки з позиції цивільного та адміністративного права. У цей час визнавалося, що в межах єдиної системи цивільно-правового договору відмінності існують, але їх ступінь не достатній для розмежування єдиного інституту на ряд самостійних інститутів [2, 11–12]);

4) з 1956 р. і до кінця 80-х років (відновлюється господарсько-правова концепція);



5) з початку 90-х років і по 2003 р. (починає розвиватися ринкова економіка);

6) з 2003 р. і донині.

Отже, можна сказати, що до прийняття ЦК України та ГК України в 2003 р. при правовому регулюванні відносин поставки акцент робився на плановому характері поставки. Але починаючи з 90-х років, у зв'язку з розвитком ринкових відносин, таке

положення не відповідало реальному стану речей. На сьогодні українське законодавство передбачає можливість укладання договору поставки на умовах вільного волевиявлення сторін чи на засадах державного замовлення. Але останньому приділяється набагато менше уваги, ніж за часів Радянського Союзу, коли вільної підприємницької діяльності не існувало.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Багиров А. Я. Поставка товаров : экономика и организация. — М., 1980. — 112 с.
2. Беляевич О. А. Господарський договір та способи його укладання : навч. посіб. — К., 2002. — 279 с.
3. Болдырев Ю. Н. Поставка товаров народного потребления. — М., 1984. — 144 с.
4. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право : в 2 т. — М., 2004. — Т. 2. Договоры о передаче имущества. — 800 с.
5. Езерская С. И., Клейн Н. И., Шор Л. М. Комментарий к положению про поставку продукции и товаров. — М., 1984. — 384 с.
6. Зверева О. В. Правова регламентація торговельної діяльності : навч. посіб. — К., 2006. — 144 с.
7. Крылова З. Г. Ответственность по договору поставки. — М., 1987. — 112 с.
8. Кулинина Г. В., Чирков А. П. Анализ выполнения обязательств по поставкам продукции. — М., 1989. — 108 с.
9. Либерман Ф. Х. Расчетная дисциплина при поставках. — М., 1974. — 200 с.
10. Цивільний кодекс України : комент. / за заг. ред. Є. О. Харитоновна, О. М. Калітенко. — Одесса, 2004. — 1112 с.

*Рекомендовано до друку кафедрою правового регулювання економіки Київського національного університету.*

#### Беседина Т. І. Правове регулювання концептуальних положень поставки на території України в ХХ столітті

**Анотація.** У статті розглянуто процес становлення відносин поставки (зокрема нормативно-правове регулювання умов договору (контракту) поставки в зовнішньоекономічній діяльності), проаналізовано основні нормативно-правові акти, які регулюють зазначені відносини, та охарактеризовано етапи розвитку відносин поставки на території України в ХХ ст.

**Ключові слова:** договір (контракт) поставки, зовнішньоекономічна діяльність, еволюція, нормативно-правовий акт, державне регулювання.

#### Беседина Т. И. Правовое регулирование концептуальных положений поставки на территории Украины в ХХ веке

**Аннотация.** В статье рассмотрен процесс становления отношений поставки (в особенности нормативно-правовое регулирование условий договора (контракта) поставки во внешнеэкономической деятельности), проанализированы основные нормативно-правовые акты, регулирующие указанные отношения, и охарактеризованы этапы развития отношений поставки на территории Украины в ХХ веке.

**Ключевые слова:** договор (контракт) поставки, внешнеэкономическая деятельность, эволюция, нормативно-правовой акт, государственное регулирование.

#### Besedina T. I. Legal regulation of conceptual statutes of delivery on the territory of Ukraine in the twentieth century

**Annotation.** In the article the process of supply relations' establishment especially normative regulation in the term of the agreement (supervision) of supply in external economic activity in Ukraine in the 20th century is considered. Besides, the main normative acts that regulate the following relations are analyzed. Moreover, stages of the development of delivery relations on the territory of Ukraine in the 20th century are characterized.

**Key words:** agreement (contract) of supply, foreign trade, evolution, legal act, state regulation.

# НОТАРІАЛЬНО-ПРАВОВІ ВІДНОСИНИ: СУТНІСТЬ, ІСТОРІЯ ФОРМУВАННЯ, ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ



**Л. ДАНЮК**  
*здобувач*  
*(Інститут законодавства*  
*Верховної Ради України)*

З апровадження демократичних засад до перетворень у суспільно-політичному житті України визначає необхідність трансформації основних інститутів захисту прав, свобод і законних інтересів осіб (фізичних та юридичних). Одним із них є нотаріат як інститут позасудового превентивного захисту, який своєю діяльністю має сприяти досягненню завдань правосуддя, запобігаючи виникненню судових спорів [1, 7]. Однак реалізація такого призначення діяльності нотаріусів ускладнена не лише існуванням чисельних вад чинного законодавства, що призводить до недостатньої ефективності їх правозастосовної діяльності, а й неоднозначним сприйняттям у правовій доктрині змісту правового становища нотаріусів. Так, наголошено, що найважливішою рисою нотаріальної діяльності є її публічно-правовий характер, оскільки публічна сила і якість безспірності прав, фактів та документів забезпечується наділенням нотаріуса державно-владними повноваженнями [1, 9]. Однак думка про публічно-правовий характер нотаріальної діяльності не є єдиною. В. Черниш доводив, що но-

© Л. Данюк, 2010

таріат в Україні має подвійну природу, а орієнтиром правової політики щодо нотаріату є його приватноправова природа [2, 9].

У сучасній правовій доктрині існують також різні погляди щодо структури нотаріально-правових відносин, розвитку нотаріальної науки. Зокрема, В. Черниш, визначаючи місце інституту нотаріату в приватноправовій системі, зазначає, що ця система, поряд із необхідною їй складовою — інститутом нотаріату, — містить також цивільне матеріальне право в широкому значенні, цивільне реєстраційне право, цивільне процесуальне та цивільне виконавче право [2, 9]. С. Фурса на рівні правової доктрини обґрунтовувала необхідність запровадження нотаріального процесу як підгалузі нотаріальної науки, що є відносно самостійною сукупністю інформації про процедуру вчинення нотаріальних проваджень і відносини, які складаються у нотаріальному процесі, умови його вчинення та властиві йому принципи [3, 10]. Вчена доводила також положення про нові функції, які властиві нотаріату України, а саме: правозастосовна, праворегулятивна, пра-

вофіксуюча, а також обґрунтовувала висновок про те, що нотаріуси можуть діяти у межах аналогії із законом або правом, але лише тоді, коли виконують правоохоронну функцію [4, 6].

Отже, відсутність єдиної думки серед учених щодо правової природи нотаріату, існування вад чинного законодавства визначили необхідність звернення до проблеми сутності нотаріально-правових відносин. Актуальність дослідження у такому напрямі пов'язана з необхідністю доктринального обґрунтування напрямів подальшої оптимізації управління нотаріатом та їх упровадженням у чинне законодавство.

Для характеристики нотаріально-правових відносин слід звернутись насамперед до здобутків з теорії права, які присвячені визначенню сутності та структури правовідношення. Загальнотеоретичні положення мають бути наповнені конкретним змістом, задля формування якого необхідно звернутись до правової доктрини та чинного законодавства.

Категорія «правовідношення» є базовою у теорії права. С. Алексєєв визначає її зміст як індивідуалізований суспільний зв'язок між особами, що виникає на основі норм права, характеризується наявністю суб'єктивних юридичних прав та обов'язків і підтримується (гарантується) примусовою силою держави [5, 328]. Майже такий зміст категорії «правовідношення» надано іншими вченими. Так, у підручнику із загальної теорії держави і права, підготовленому в 2009 р. за загальною редакцією М. Цвіка та О. Петришина, наведено визначення правовідносин як суспільних відносин, які є юридичним виявом фактичних суспільних відносин, де одна сторона на основі правових норм вимагає від іншої сторони виконання певних дій або утримання від них, а друга сторона

має виконати ці вимоги, що охороняються державою [6, 335]. Дещо вужче за змістом поняття правовідносин надано у Великому енциклопедичному юридичному словнику, підготовленому за редакцією академіка НАН України Ю. Шемшученка. Зокрема, зазначено, що правовідносини — це суспільні відносини, що виникають на основі норм права, учасники яких є носіями суб'єктивних прав та юридичних обов'язків. Однак перелік ознак містить ті, які виділяються іншими вченими. Отже, ознаками правовідносин визначено: виникнення на підставі норм права; наділення сторін суб'єктивними правами і відповідними юридичними обов'язками; відображення правового зв'язку сторін (уповноваженої та зобов'язаної); притаманність ідеологічного і вольового характеру; забезпечення у необхідних випадках державним примусом [7, 694].

Спираючись на цю теоретичну модель, можна здійснити загальну характеристику нотаріальних відносин з позицій їх відповідності ознакам правовідносин.

На першому місці серед ознак правовідносин виділено ознаку виникнення на підставі норм права. С. Алексєєв наголошував на детермінованості правовідносин матеріальними умовами життя суспільства. Вчений зазначав, що характеристика юридичних норм як основи правовідносин призводить до виявлення ключових економічних факторів [5, 328]. У такому контексті аналіз відповідності відносин у сфері нотаріату щодо ознаки виникнення на підставі норм права доцільно проводити в історичному аспекті. Саме цей аспект дає змогу вказати на зв'язок матеріальної складової суспільного відношення з тенденціями виникнення та становлення нотаріально-правових відносин.

Аналіз історії виникнення та формування нотаріату свідчить про безпосередній зв'язок його зародків із необхідністю фіксації волі суб'єктів певного правовідношення, як правило, щодо здійснення операцій майнового характеру. Такий підхід був покладений в основу теоретичного аналізу історії виникнення нотаріату практично усіма вченими. Різниця полягала у виділенні періоду часу виникнення нотаріату, що, як зазначалось В. Комаровим та В. Баранковою, було зумовлено недостатнім урахуванням його призначення — як інституту, що забезпечує охорону й захист прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб шляхом вчинення нотаріальних дій від імені держави [1, 8]. Через недостатнє врахування цього призначення впливає і широке розуміння вченими сутності нотаріальної діяльності. Хоча слід наголосити, що саме таке призначення інституту нотаріату формувалось поступово, ґрунтуючись на тенденціях економічного розвитку держав. Так, спочатку було достатньо надавати послуги щодо фіксації угод у певній формі, а згодом — уже було необхідно забезпечувати безспірність зафіксованого у спосіб, зокрема, який стосується процедур відправлення правосуддя чи легітимації роботи з населенням. В. Черниш говорив також і про зв'язок виникнення нотаріату з делегуванням приватним особам деяких публічних функцій [2, 12]. Подальша тенденція становлення нотаріату характеризувалася поступовим його організаційним формуванням в окрему структуру та закріпленням статусу, зокрема і порядку обрання чи призначення певних осіб нотаріусами, в окремому нормативному акті.

Аналіз розвитку нотаріату в його історичному аспекті свідчить про доцільність періодизації нормативного

закріплення нотаріальних відносин за ознакою меж їх охоплення правовою нормою. За цією ознакою виокремлені такі періоди:

а) первинний, коли було визначено вимогу фіксації окремих фактів і надання їм статусу офіційних, а також встановлено осіб, які наділені правом та обов'язком здійснювати таку фіксацію. Цим періодом охоплено часи існування Іудеї, Греції, Стародавнього Риму, германських народів, Вавилону;

б) епоха Середньовіччя, яка характеризується поступовим організаційним формуванням нотаріату в окрему структуру та закріпленням її статусу, зокрема й порядку обрання чи призначення певних осіб нотаріусами;

в) проміжний, який характеризується трансформацією нотаріальних відносин залежно від економічного та політичного розвитку держави. Цей період найтриваліший;

г) еволюційний, коли формується доктринальна модель нотаріату і здійснюються спроби її впровадження у законодавство.

Зазвичай виділяють два типи нотаріальних систем, які відрізняються залежно від певної ролі та значення нотаріату у сфері реалізації прав, що визнаються тією чи іншою державою. До першого типу належать нотаріальні органи англосаксонських країн (Англія, США тощо). Їх компетенція поширюється на посвідчення документів і підписів, а конфліктні ситуації з приводу виконання угод вирішуються у судовому порядку. Другий тип нотаріальних систем становлять органи країн латинського нотаріату [8, 33–34]. Характерними особливостями статусу нотаріуса у країнах латинського нотаріату є: а) нотаріус є посадовою особою, наділеною державною владою, і водночас спеціалістом вільної юридичної професії; б) нотаріус наділяється повноваженнями держави, що

надає йому якість посадової особи, а його діяльності — публічний, офіційний характер; в) призначення на посаду здійснюється, як правило, міністром юстиції. Суб'єктом організації та контролю нотаріальної діяльності є держава, яка вирішує питання розташування нотаріальних офісів — їх кількості, місцезнаходження, утворення, скасування, реєстрації, а також контролю не лише щодо розташування офісів, а й самої нотаріальної діяльності з позицій якості надання нотаріальних послуг. Плата за вчинення нотаріальних дій як принцип латинського нотаріату фіксується державою. Основне правило, відповідно до якого визначається її розмір, полягає у компенсації різниці між вартістю оформлення документів, що приносять великий прибуток, і так званих нерентабельних документів [8, 35, 38].

Якщо порівняти зазначені положення, які характеризують латинський нотаріат, зі специфікою врегулювання нотаріату в Україні, можна зазначити про необхідність подальшого вдосконалення правового регулювання відносин у сфері нотаріату з метою запровадження основ латинського нотаріату. Зокрема, зазначене стосується таких ключових питань.

По-перше, необхідності звуження кола органів, посадових осіб, уповноважених вчиняти нотаріальні дії. Так, Законом України «Про нотаріат» передбачено право вчинення нотаріальних дій державними та приватними нотаріусами, а також уповноваженими на це посадовими особами органів місцевого самоврядування, консульськими установами, дипломатичними представництвами, посадовими особами Збройних сил України, установ виконання покарань (статті 1, 40).

По-друге, закріплення вказівки про те, що нотаріус уповноважений державою вчиняти нотаріальні дії [8, 36].

Наслідок закріплення цієї вимоги у законі — забезпечення публічно-правового характеру вчинення нотаріальних дій, що відповідає моделі латинського нотаріату.

По-третє, встановлення вимоги призначення на посаду приватного нотаріуса органами юстиції. Статтею 24 Закону України «Про нотаріат» передбачено реєстрацію приватної нотаріальної діяльності та розташування робочого місця (контори) приватного нотаріуса у межах визначеного для нього нотаріального округу. Наслідки здійснення процедур призначення на посаду і реєстрації різні. Призначатися на посаду може особа за умови наявності посад. У здійсненні процедур реєстрації не може бути відмовлено, якщо претендентом дотримано усі реєстраційні умови [8, 36]. Крім того, із поширенням застосування процедур призначення на посаду на приватних нотаріусів буде забезпечено відповідність публічно-правового характеру діяльності нотаріуса, що властиво латинському нотаріату.

Пропозиція щодо уповноваження державою нотаріуса вчиняти нотаріальні дії та призначення на посаду приватного нотаріуса органами юстиції вже була висловлена вченими і їй слід підтримати.

По-четверте, наближення правового режиму оплати за вчинення нотаріальних дій до засад такої плати як принципу латинського нотаріату. Законом України «Про нотаріат» [9] передбачено принципово різні основи визначення режиму оплати за вчинення нотаріальних дій. Державні нотаріуси за вчинення нотаріальних дій справляють державне мито у розмірах, встановлених законодавством (ст. 19 Закону України «Про нотаріат»). Приватні ж нотаріуси за вчинення нотаріальних дій справляють плату,

розмір якої визначається за домовленістю між нотаріусом та громадянином або юридичною особою. Оплата додаткових послуг правового характеру, що надаються приватними нотаріусами і не належать до вчинюваної нотаріальної дії, провадиться за домовленістю сторін (ст. 31 Закону України «Про нотаріат»). Обмеження розміру плати наведено у підзаконному акті — Указі Президента України «Про впорядкування справляння плати за вчинення нотаріальних дій» від 10 липня 1998 р. [10]. Так, встановлено, що розмір плати, яка справляється за вчинення нотаріальних дій приватними нотаріусами, не може бути меншим від розміру ставок державного мита, яке справляється державними нотаріусами за аналогічні нотаріальні дії. Що стосується режиму оплати вчинення нотаріальних дій іншими особами (посадовими особами місцевого самоврядування, Збройних сил України, установ виконання покарань), то він у Законі України «Про нотаріат» не визначений.

Отже, проведений аналіз довів існування зв'язку між матеріальною складовою суспільного відношення та тенденціями виникнення і становлення нотаріально-правових відносин. Такий зв'язок позначився на періодизації нормативного закріплення нотаріальних відносин за ознакою меж їх охоплення правовою нормою. Було виокремлено чотири періоди: первинний, епоха Середньовіччя, проміжний та еволюційний. Еволюційний період, зокрема в Україні, стосується розробки та впровадження у законодавство засад латинського нотаріату.

Наступною ознакою правовідносин є ознака охорони державою та забезпечення заходами державного впливу аж до примусу [11, 525]. Слід зазначити, що у різних країнах проблема охорони

державою та застосування заходів державного впливу у сфері нотаріальних відносин вирішувалась по-різному. Зокрема, у країнах Латинської Америки нотаріуси відповідали за вчинювані ними нотаріальні дії всім майном у випадку завданої шкоди [12]. У Франції всі нотаріуси несуть солідарну відповідальність за професійні помилки. Вони є членами місцевої або регіональної спілки нотаріусів чи нотаріальної палати. Ці організації регулюють діяльність нотаріусів [13]. Законом України «Про нотаріат» передбачено банкетну норму щодо врегулювання відповідальності державного нотаріуса. Статтею 21 цього Закону визначено, що шкода, заподіяна особі внаслідок незаконних або недбалих дій державного нотаріуса, відшкодовується в порядку, передбаченому законодавством України. Щодо відповідальності приватного нотаріуса, то ст. 27 зазначеного Закону встановлено, що шкода, заподіяна особі внаслідок незаконних дій або недбалості приватного нотаріуса, відшкодовується в повному розмірі. Щодо відповідальності інших посадових осіб, яким надано право вчиняти нотаріальні дії, то Законом України «Про нотаріат» відповідних норм не визначено.

З метою подолання існуючих прогалин доцільною є розробка пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання відповідальності суб'єктів вчинення нотаріальних дій. У зв'язку з цим слід зауважити, що жоден із зареєстрованих у Верховній Раді України законопроектів, які стосуються новелізації нотаріального законодавства, не торкається питання відповідальності суб'єктів вчинення нотаріальних дій. Зазначене стосується проектів законів «Про внесення змін до Закону України «Про нотаріат»: від 26 грудня 2007 р. № 1286, від

23 січня 2008 р. № 1286-1, від 24 січня 2008 р. № 1425, від 31 січня 2008 р. № 1286-2, від 11 лютого 2008 р. № 1425-1. Усі зазначені проекти законів спрямовані на врегулювання здебільшого організаційних засад нотаріальної діяльності [1, 10].

Ґрунтуючись на проведеному вище аналізі історії становлення нотаріату з позицій визначення тенденцій закріплення нотаріальних відносин нормою права, а також існуючому в правовій доктрині підході щодо комплексного характеру врегулювання зазначених відносин, сформульовано поняття нотаріально-правових відносин.

Нотаріально-правовими відносинами названі суспільні відносини у сфері організації нотаріальної діяльності та вчинення нотаріальних дій, а також

контролю зазначеної діяльності та законності вчинення нотаріальних дій, урегульовані нормами різних галузей права, забезпечувані державним примусом вольові відносини, які виражаються у конкретному зв'язку між державою та суб'єктами вчинення нотаріальних дій з приводу організації та контролю їх діяльності, а також між суб'єктами вчинення нотаріальних дій та зобов'язаними суб'єктами. У структурі нотаріально-правових відносин можна виокремити дві групи: а) відносини між державою і суб'єктом вчинення нотаріальних дій з приводу організації та контролю його діяльності; б) відносини між суб'єктами вчинення нотаріальних дій та зобов'язаними суб'єктами.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Комаров В. В., Баранкова В. В.* Нотаріат : перспективи унормування, законодавство, судова практика. — Х., 2008. — 536 с.
2. *Черниш В. М.* Цивільно-правові засади розвитку нотаріату в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 — цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. — К., 2003. — 199 с.
3. *Фурса С. Я.* Теоретичні основи нотаріального процесу в Україні : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03 — цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. — К., 2003. — 426 с.
4. *Фурса С. Я.* Теоретичні основи нотаріального процесу в Україні : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03 — цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. — К., 2003. — 42 с.
5. *Алексеев С. С.* Общая теория права : учеб. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2008. — 576 с.
6. *Загальна теорія держави і права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина.* — Х., 2009. — 58 с.
7. *Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. Ю. С. Шемшученка.* — К., 2007. — 992 с.
8. *Нотаріат в Україні : підруч. / за ред. В. В. Комарова.* — К., 2006. — 320 с.
9. Про нотаріат : Закон України від 2 вересня 1993 р. № 3425-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 39. — Ст. 383.
10. *Про впорядкування справляння плати за вчинення нотаріальних дій : Указ Президента України від 10 липня 1998 р. № 762/98 // Офіційний вісник України.* — 1998. — № 28. — С. 2.
11. *Скакун О. Ф.* Теорія держави і права (енциклопедичний курс) : підруч. — Х., 2006. — 776 с.
12. *Хабалова Н. Г.* Нотариат в Российской Федерации // [http://www.referat.ru/refs\\_new/14579/ref\\_part\\_0.shtml](http://www.referat.ru/refs_new/14579/ref_part_0.shtml)
13. *Історія виникнення нотаріата // http://new-format.com.ua/ru/2009/09/istoriya-vynyknennya-notariatuystoryya-voznynkovenyya-notaryata/*

**Данюк Л. В.** Нотаріально-правові відносини: сутність, історія формування, перспективи розвитку

**Анотація.** На підставі аналізу відповідності відносин у сфері нотаріату ознакам правовідносин та історії розвитку нотаріату виділено періоди нормативного закріплення нотаріальних відносин, визначено поняття та структуру зазначених відносин, а також сформульовано пропозиції щодо вдосконалення правового регулювання з метою запровадження основ латинського нотаріату.

**Ключові слова:** нотаріально-правові відносини, латинський нотаріат, суб'єкт вчинення нотаріальних дій, організація, контроль, відповідальність.

**Данюк Л. В. Нотариально-правовые отношения: сущность, история формирования, перспективы развития**

**Аннотация.** На основании анализа соответствия отношений в сфере нотариата признакам правоотношений, истории развития нотариата произведена периодизация нормативного урегулирования, определены понятие и структура нотариальных отношений, сформулированы предложения по совершенствованию правового регулирования в целях формирования законодательных основ латинского нотариата.

**Ключевые слова:** нотариально-правовые отношения, латинский нотариат, субъект осуществления нотариальных действий, организация, контроль, ответственность.

**Danyuk L. V. Notarially-legal relations: the essence, the history of the formation, development prospects**

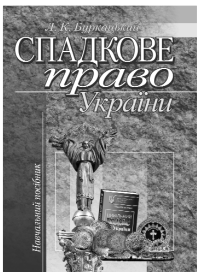
**Annotation.** On the basis of the analysis of compliance of the relations developed in the sphere of notary to the features of legal relations and the history of the notary development the author periodized the stages of the normative regulations of notary relations, defined the meaning and structure of the above relations, and made some offers for upgrading of legal regulations for the purpose of laying down the legislative foundation for the Latin notary.

**Key words:** notarially-legal relations, Latin notary, subject of performing notary acts, organization, control, responsibility.

Вийшов друком навчальний посібник:

**Буркацький Л. К.**

**Спадкове право України : теорія, коментарі, практика, зразки заяв : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. — К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2008. — 384 с.**



У цій книзі глибоко аналізуються акти спадкового права України, починаючи з першоджерел від доби київських полян і могутньої Русі-України до новітньої історії української держави.

Подаються науково-практичні коментарі спадкового законодавства України із урахуванням застосування у судовій і нотаріальній практиці, а також наводяться зразки позовних та інших документів.

Посібник розрахований на адвокатів, нотаріусів, суддів, студентів і викладачів вищих навчальних закладів юридичних факультетів, а також тих, хто цікавиться українським спадковим правом.

**Замовляйте видання за телефонами:**

**0(44) 537-51-20, 537-51-21**

**або електронною поштою**

**sales@inyure.kiev.ua**

**http://shop.inyure.kiev.ua**



# ІСТОРИОГРАФІЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОБІГУ ВЕКСЕЛЯ



**Г. КОЖЕМА**

*здобувач кафедри економіко-правових дисциплін  
(Київський національний університет  
внутрішніх справ)*

Економічні реформи, які проводяться в Україні з початку 90-х років ХХ ст., спрямовані на зміну адміністративно-командних відносин ринковими, зумовили широке поширення вексельних розрахунків у господарському обороті. Такому поширенню векселів неабиякою мірою сприяє наявність специфічного, закріпленого, в основному, міжнародно-правовими нормами законодавства, що встановлює досить сприятливі правила обігу цього виду цінних паперів. Багатовікова історія розвитку інституту векселя в Україні переконує у його надзвичайній цінності та ефективності як засобу здійснення господарських розрахунків. Тому дослідження правового регулювання вексельних відносин у ретроспективі дає змогу визначити його особливості на окремих етапах соціально-економічного розвитку, що може бути корисним при удосконаленні чинного законодавства у зазначеній сфері.

В юридичній науці проблемам вивчення поняття «вексель», його особливостей і місця серед інших видів цінних паперів було присвячено значну кількість наукових праць. Серед дослідників, які всебічно аналізували вексель, слід назвати С. Бараца,

С. Бервено, В. Грачова, Д. Іванова, Є. Крашеніннікова, Д. Мейєра, П. Цитовича, Г. Шершеневича, В. Яроцького та ін. Водночас питання про історію розвитку правового регулювання вексельного обігу майже не вивчалось.

Окремий розділ, пов'язаний із короткою історією вексельного обігу, знаходимо у дисертаційному дослідженні М. Шарапова [12]. Вчений розглядає становлення вексельних відносин у Росії та за кордоном, підкреслює важливу роль запозичення російським законодавством правових норм із нормативних джерел інших країн. Зародження інституту векселя автор пов'язує із середньовічною Італією. З такою думкою варто погодитися. Хоча, як буде показано нижче, праобрази вексельних відносин можна було зустріти ще за часів Київської Русі.

Фундаментальним дослідженням історії вексельного обігу є праця С. Мошенського «Еволюція векселя» [5]. Науковець висвітлює становлення інституту векселя від часів Київської Русі до наших днів, простежує особливості вексельного обігу, законодавче регулювання вексельних відносин у різних історичних умовах. При цьому періодизація історичного становлення законодавчого регулювання вексель-

них відносин пов'язана з окремими етапами становлення української державності (Київська Русь, Московська Держава, Російська імперія тощо), а не із розвитком векселя як особливого засобу господарських розрахунків.

Тому метою запропонованої статті є аналіз становлення та розвитку правового регулювання вексельного обігу, уточнення періодизації зазначених процесів, виокремлення особливостей законодавчого закріплення вексельних відносин у конкретних історичних умовах.

Поява вексельних операцій як інструменту господарських розрахунків у Київській Русі була викликана потребами торгівлі. Розвиток договірних відносин вимагав розвитку грошової системи, але Давня Русь своїх монет не мала [3, 40]. Це вимагало пошуків альтернативних засобів грошового обігу. Одним із таких засобів були кредитні угоди, які відігравали помітну роль у розвитку торгівлі в київській період, особливо зовнішньої. У чинному законодавстві значне місце посідали договори позики і відсотки за користування ними. Відповідно до положень «Руської Правди» відсоток залежав від терміну позики. «Місячна» ставка, яка була максимальною, дозволялась для коротких кредитів на термін не більше чотирьох місяців; для позик від чотирьох місяців до одного року встановлювалась ставка «в третину року»; для більш тривалих займів законною була «річна» ставка, яка була мінімальною [9, 39].

Іншою формою кредитних відносин було лихварство. У «Руській Правді» передбачалась можливість брати в позику кошти не тільки через дружні стосунки, а й під невеликі відсотки, величина яких була зумовлена тільки необхідністю розширення торговельної чи виробничої діяль-

ності. На початку XII ст. за користування позикою купці сплачували 50 % на рік, причому лихварі брали цей відсоток з року в рік, незважаючи на те, що після двохкратного стягнення позика була практично повернута. В. Мономах заборонив стягувати лихву більше трьох разів, встановивши тим самим максимальний прибуток лихварів у 150 %. Але в подальшому відсоток досягав 100 на рік.

У результаті монголо-татарського завоювання значного поширення набув такий борговий документ, як кабала. Як правило, позики оформлялися за допомогою позикової кабали чи її скороченого варіанту — «позикової пам'яті». Цю функцію могли виконувати також закладна і «служива» кабала. Закладна оформляла заставу земель, угідь, інших об'єктів власності на час погашення боргу і відсотків по ньому, а в кабалі «служивий» фіксувався відрізок боргу службою у кредитора. На відміну від них, позикова кабала і позикова пам'ять фіксували угоду по позиці й обумовлювали виплату по ній відсотків грошима або продуктами [2, 13].

Таким чином, особливості господарського обороту в Київській Русі сформували власні умови, практику та ділові традиції вексельного обігу. Тут варто погодитися із П. Цитовичем, який називає чотири основні передумови виникнення вексельного обігу: «Незручності й небезпеки середньовічних шляхів сполучення — така перша потреба, для якої знадобився вексель. Не без впливу залишилася і ще одна обставина — надходження зборів папської десятини... Третя потреба, третя умова — стан монетної справи в середні віки... Нарешті, четверта потреба — роль і особлива організація ярмарків у середні віки» [10, 21].

Обіг векселів як виду цінних паперів починається з кінця XVII ст.

В указах від 31 серпня 1697 р. і 29 серпня 1698 р. йдеться про заборону використання переводних листів (векселів) при оплаті митних платежів. В Указі від 3 жовтня 1711 р. містився припис архангельському віце-губернатору: доставляти з кожною поштою в канцелярію Урядового Сенату відомості про підвищення і пониження курсу векселів — «вексель нині в місті почому ходить» [13, 33].

16 травня 1729 р. було опубліковано вексельний Статут, який, безперечно, мав іноземне, німецьке походження, на що вказує подвійний текст цього законодавчого акта — російський і німецький. Автор Статуту опирався при його створенні на законодавство германських держав і Шведський вексельний статут 1671 р. Причини видання Статуту зазначені в його тексті: статут складено і видано через те, що в європейських країнах не перевозять гроші з одного міста в інше, а здійснюють їх переказ за допомогою особливих листів, які називаються векселями і приймаються так само, як готівкові гроші, а в разі несплати на винну особу накладається штраф у вигляді відсотків.

Вексельний статут 1729 р. складається із трьох частин: перша глава регулює «справжні купецькі векселі», друга — «векселі на казенні гроші», а третя містить форми векселів з тлумаченням. Форми векселів мали важливе значення, оскільки точне дотримання їх було обов'язковим при усуненні різних спорів [13, 34]. Проте, незважаючи на детальне регулювання вексельних відносин, Статут 1729 р. не відображав усієї багатоманітності господарської практики та не міг повністю забезпечити упорядкування вексельного обігу. Значна частина тексту Статуту присвячувалася переказному векселю, тоді як більш поширеним в

економічному обороті був простий вексель. Він мав міцну основу в господарському житті та замінив кабалу. Зважаючи на це, виникла думка про те, що вексель не що інше, як своєрідний позиковий лист, призначений тільки для «осіб торгового звання і заняття» [11, 48]. Тому Вексельний статут 1729 р. упродовж усього періоду свого існування здебільшого мав декларативний характер.

Новий Вексельний статут було введено в дію 25 червня 1832 р. У вступі до нього було пояснено причину зміни вексельного законодавства: «Вексельне право складає одну із головних сил, що діють в торгівлі, і благоустрій її та успіхи нерозривно сполучені із твердістю цього права» [13, 33]. Новий Статут частково зберіг колишні основи регулювання вексельного обігу, частково ж залучився до французького типу правового регулювання, що панував у той час. У душі останнього він вимагав називати валюту векселя, передаваність обумовлювалася наказом, вексельні заперечення не були суворо відокремлені від позавексельних. Як видно, було зроблено спробу поєднати німецьке і французьке законодавства, хоча П. Цитович вважав, що статут 1832 р. виражав ідеї не французького, а саме німецького вексельного права [11, 49]. А. Осіпов, критикуючи статут 1832 р. за поєднання окремих положень західноєвропейських вексельних законів із місцевими традиціями, висловлював думку, що надалі в розробці нових вексельних законів доцільно було б повністю запозичити норми німецького вексельного права, оскільки практика вексельних операцій у Росії й Німеччині мало відрізнялася [7, 21–22].

Як відзначає С. Мошенський, важливою рисою Статуту 1832 р. було те, що вже у ст. 1 чітко визначено рівноправність простого й переказного век-

селів, на що попередній Статут 1729 р. лише натякав, визначаючи кількість учасників вексельного зобов'язання, яких передбачалося чотири або три, зазначаючи, що в деяких векселях може бути й менша кількість учасників. У новому Статуті було знято неоднозначні положення Статуту 1729 р. щодо індосаменту, акцепту, копій векселя тощо [5, 349–350]. Отже, норми Статуту 1832 р., так само, як і положення Статуту 1729 р., були відірвані від тогочасних потреб господарського життя, становили механічне перенесення норм європейського законодавства на вітчизняний ґрунт.

Істотні зміни у зміст Статуту 1832 р. вніс закон від 3 грудня 1862 р., яким вексельна дієздатність, що раніше поширювалася лише на клас купців, була розширена до меж загальної цивільної дієздатності, за винятком осіб духовного стану всіх віросповідань, нижчих військових чинів, селян, що не мали нерухомої власності і торговельних свідоцтв, заміжніх жінок без згоди чоловіків та незаміжніх дівчат без згоди батьків. Розширення вексельної дієздатності здійснювалося в загальному руслі буржуазних реформ, але, як і більшість інших реформ, воно виявилось проведеним досить непослідовно, у результаті чого вексельна дієздатність не збігалася із загальною цивільною дієздатністю. Головна причина незавершеності вексельної реформи у цей період полягала в тому, що вексельне право значно випереджало інші галузі права в частині сприйняття нових ідей, які генерувалися на основі потреб капіталістичного ринку.

Вже у 40-х роках було порушено питання про перегляд Вексельного статуту 1832 р., що було пов'язано із виданням у Німеччині нового вексельного законодавства. З того часу було

складено декілька вексельних проєктів (1860, 1880, 1884, 1895), підготовлених за явного німецького впливу. Лише 27 травня 1902 р. було затверджено новий Статут про векселі, що вступив у дію з 1 січня 1903 р. У ньому, на відміну від статуту 1832 р., який не розмежовував норми про простий і перевідний векселі, спочатку викладалися правила про вексель простий, потім про перевідний, причому в цій частині закон містив бланкетні норми і формулював лише правила, які стосувалися лише останнього. Слід зауважити, що ця система була прямо протилежною прийнятій Німецьким статутом, оскільки на відміну від Заходу в Росії і на рубежі XIX–XX ст. переважне значення мав простий вексель [4, 6]. Усередині імперії перевідний вексель практично не зустрічався, в найбільших торговельних центрах він обертався лише у сфері міжнародної торгівлі.

Вексельний статут 1902 р. складався із 126 статей; до нього додавалися зразки векселів і різного роду написи на них. Перші дві статті, які містили вступ, були присвячені поділу векселів на прості та перевідні і вексельній правоздатності. Статут мав два розділи. Істотні зміни були введені новим Статутом у порядок здійснення протесту. Ці статті вважалися у Статуті 1832 р. найменш вдалими. Це були лише уривчасті вказівки, розкидані по різних частинах закону. Новий Статут вніс корективи за зразком Англійського вексельного статуту, значно полегшивши роботу нотаріуса при здійсненні протесту векселів (статті 67–72, ст. 111). Серйозним поліпшенням були також детальніші й точніші положення щодо поручителів і посередників [6]. Були і відступи від колишнього вексельного законодавства. Одним із найбільш серйозних

стало введення в новий Статут положення про наслідки відмови у прийнятті векселя. Замість системи забезпечення, що існувала раніше і була прийнята в Німецькому вексельному статуті, Статут 1902 р. прийняв систему дострокового задоволення.

Як видно, суперництво концепцій «національного» і «німецького» векселя завершилося компромісним кроком у розвитку вексельного права, яке на початку ХХ ст. наблизилося до уніфікованого міжнародного векселя. Розвиток вексельної системи, відображаючи ламання колишньої станової структури російського суспільства, сприяв швидшому залученню до сфери комерції різних соціальних прошарків, що не належали до привілейованого купецького стану. Проте пережитки станової структури суспільства не дали змогу повністю вжити окремі феодальні обмеження у вексельному обігу.

Після Жовтневої революції 1917 р. Вексельний статут 1902 р. втратив силу. Вексельний обіг у країні було знищено «за відсутністю необхідності», як вважали ідеологи більшовизму. І лише з переходом до нової економічної політики, з розвитком торговельного обороту, підприємства (насамперед державні) знов гостро відчували необхідність вексельного обігу, використання векселя як специфічного розрахункового засобу. Це спричинило прийняття у 1922 р. Положення про векселі, яке поширилося і на територію України [8, 29]. До джерел вексельного законодавства 30-х років належать також Постанова РНК СРСР «Про обов'язкове написання векселів на вексельному папері» від 24 липня 1923 р., Постанова РНК СРСР від 31 липня 1923 р. Цією Постановою в текст статей Положення про векселі були внесені зміни, що стосувалися

вонцях банковими білетами Державного Банку». Крім того, необхідно вказати на Постанову ВУЦВК від 26 червня 1929 р., яка стосувалася вексельного обігу на території України.

Приєднання СРСР у 1936 р. до Женевських вексельних конвенцій мало значення лише для зовнішньоторговельних операцій, учасниками яких від імені Української РСР, як правило, виступали державні органи. З цього моменту законодавче регулювання вексельного обігу почало здійснюватися на підставі Положення про перевідний і простий вексель, затвердженого постановою ЦВК і РНК СРСР від 7 серпня 1937 р.

Таким чином, хоча формально вексельний обіг і не заборонявся, проте умов для його нормального функціонування не існувало.

З початку 90-х років векселі знову починають широко використовуватися в господарському обігу. Це було пов'язано із спробами подолати кризу неплатежів державних підприємств та врегулювати процедуру зменшення взаємної заборгованості. У цей час було прийнято нормативно-правові акти, які прямо чи опосередковано здійснювали регулювання вексельного обігу. У Правилах виготовлення і використання вексельних бланків, затверджених постановою Кабінету Міністрів України та Національного банку України від 10 вересня 1992 р., передбачені суттєві особливості використання Положення про переказний та простий вексель. Указ Президента «Про випуск та обіг векселів для покриття взаємної заборгованості суб'єктів підприємницької діяльності України» від 14 вересня 1994 р. передбачив проведення взаємозаліків між господарюючими суб'єктами з метою забезпечення умов для подолання платіжної кризи та підвищення майнової

відповідальності. Значним кроком у подоланні суперечностей правового регулювання вексельного обігу стало прийняття Закону України «Про обіг векселів в Україні» від 5 квітня 2001 р. Відповідно до ст. 1 законодавство України про обіг векселів складається із Женевської конвенції 1930 р., якою запроваджено Уніфікований закон про переказні векселі та прості векселі, з урахуванням застережень, обумовлених додатком II до цієї Конвенції, та із Женевської конвенції 1930 р. про врегулювання деяких колізій законів про переказні векселі та прості векселі, Женевської конвенції 1930 р. про гербовий збір стосовно переказних векселів і простих векселів, Закону України «Про цінні папери і фондову біржу», Закону України «Про приєднання України до Женевської конвенції 1930 року, якою запроваджено Уніфікований закон про переказні векселі та прості векселі», Закону України «Про приєднання України до Женевської конвенції 1930 року про врегулювання деяких колізій законів про переказні векселі та прості векселі», Закону України «Про приєднання України до Женевської конвенції 1930 року про гербовий збір стосовно переказних векселів і простих векселів», цього Закону та інших прийнятих згідно з ними актів законодавства України [1].

На сьогодні правове поле вексельного обігу охоплює понад 30 спеціальних нормативно-правових актів, які безпосередньо стосуються зазначеної сфери господарської діяльності.

Незважаючи на суперечності чинного законодавства, векселі залишаються дієвим фінансовим інструментом, який широко використовується підприємствами, слугують для збільшення обігових коштів суб'єктів господарювання або ж, за умов нестачі

обігових коштів, є своєрідним засобом взаємного кредитування. Їх використання в основному здійснюється у межах кредитно-розрахункових операцій. Останнім часом досить популярною стає концепція «бездокументарного» векселя, що знаходитиме своє застосування й на практиці. Подальший розвиток правового опосередкування вексельного обігу матиме характер уніфікації і буде спрямований на обертання векселя у форму електронного документа, що пояснюється підвищенням ролі інформаційної складової у сучасному світі.

Отже, у своєму історичному розвитку правове регулювання вексельного обігу проходить такі етапи:

*I етап (до кінця XVII ст.).* Формування передумов для виникнення вексельного обігу: існуюча система грошового обігу не відповідала активному розвитку торгівлі, поглибленню міжгосподарських відносин. Кредитні відносини на Русі істотно відрізнялися від західноєвропейських, що зумовило використання відмінних від векселів боргових документів;

*II етап (кінець XVII ст. – 30-ті роки XX ст.).* Становлення й активне використання векселя в господарському обороті. Модернізація вексельного законодавства була завершена на початку XX ст., вексельне право стало адекватно відповідати потребам торговельного обороту;

*III етап (30-ті роки XX ст. – 90-ті роки XX ст.).* Через монополію державної власності на засоби виробництва, адміністративно-планову економіку використання векселя в господарському обороті було обмежене. В основному він застосовувався у сфері зовнішньоекономічних відносин. Проте аналіз законодавства свідчить про відсутність прямої заборони вексельного обігу і дає змогу говорити про

його збереження та визнання на території України;

*IV етап (з 90-х років ХХ ст.).* Зростання ролі векселя у фінансових розрахунках: повномасштабний вексельний обіг істотно обмежує діяльність

тіньового сектору економіки, у господарському обігу виникають нові типи векселів, розширюється коло зобов'язаних осіб за векселем, на основі векселя трансформуються інші види цінних паперів.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Про обіг векселів в Україні : Закон України від 5 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 24. — Ст. 128.
2. Бугров А. Ссудные операции русских монастырей в XIV—XVII веках // Вестник Банка России. — 2004. — № 18. — С. 13—14.
3. Ионичев Н. П. Внешние экономические связи России (IX — начало XX века). — М., 2001. — 399 с.
4. Каминка А. И. Устав о векселях, Закон 27 мая 1902 года с разъяснениями по законодательным мотивам, решениям Гражданского кассационного департамента и его отделений, Судебного департамента и II Общего собрания Правительствующего Сената и германских судов. — СПб., 1913. — 429 с.
5. Мошенський С. З. Еволюція векселя. — К., 2005. — 432 с.
6. Нолькен А. М. Высочайше утвержденный 27 мая 1902 года Устав о векселях (Собр. узак. № 62, ст. 622) : практическое руководство. — 2-е изд., пересмотр. и существ. доп. — СПб., 1903. — 283 с.
7. Осипов А. М. Вексель в его прошедшем и настоящем. — Казань, 1873. — 24 с.
8. Пахомов Д. С. Возникновение и развитие векселя и законодательства о векселях : от средних веков до наших дней // История государства и права. — 2001. — № 4. — С. 26—30.
9. Рыбаков Б. А. Киевская Русь и русские княжества XII—XIII вв. — М., 1982. — 589 с.
10. Цитович П. К истории векселя (Рецензия на историко-юридическое исследование И. Табашникова «Прошлое векселя»). — К., 1893. — 29 с.
11. Цитович П. П. Труды по торговому и вексельному праву : курс вексельного права : в 2 т. — М., 2005. — Т. 2. — 346 с.
12. Шаранов М. С. Правовое регулирование вексельного обращения в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2003. — 24 с.
13. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. — М., 2003. — Т. 3. Вексельное право; Морское право. — 412 с.

*Рекомендовано до друку кафедрою економіко-правових дисциплін Київського національного університету внутрішніх справ.*

#### Кожема Г. Ю. Історіографія правового регулювання обігу векселя

**Анотація.** У статті проаналізовано становлення та розвиток правового регулювання вексельного обігу, виокремлено особливості законодавчого закріплення вексельних відносин у конкретних історичних умовах. Особливості господарського обороту в Київській Русі. Історичні передумови появи Вексельного статуту та його зміни у процесі розвитку господарських відносин. Етапи історичного розвитку правового регулювання вексельного обігу.

**Ключові слова:** вексель, цінний папір, Вексельний статут, вексельний обіг, розрахунки.

#### Кожема А. Ю. Историография правового регулирования вексельного оборота

**Аннотация.** В статье проанализованы становление и развитие правового регулирования вексельного оборота, выделены особенности законодательного закрепления вексельных отношений в конкретных исторических условиях. Особенности хозяйственного оборота в Киевской Руси. Исторические предпосылки появления Вексельного устава и его изменение в процессе развития хозяйственных отношений. Этапы исторического развития правового регулирования вексельного оборота.

**Ключевые слова:** вексель, ценная бумага, Вексельный устав, вексельный оборот, расчеты.

#### Kozhema A. Yu. Historiography of legal regulation of a turnover of the bill

**Annotations.** The analysis of formation and development of legal regulation of a bill turnover, specification of a periodization of the given processes, allocation of the legislative fastening features of bill relations in particular historical conditions.

Economic turnover features in the Kiev Russia.

Historical preconditions of occurrence of the Bill Charter and its change in development of economic relations. Stages of historical development of legal regulation of a bill turnover.

**Key words:** the bill, security, the Bill Charter, bill turnover, payments.

# ПОНЯТТЯ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ, ЇХ ЗМІСТ І КЛАСИФІКАЦІЯ



**Я. КОНЮШЕНКО**

*викладач*

*кафедри кримінально-правових дисциплін*

*та профілактики злочинів*

*(Академія управління МВС)*

Серед основоположних категорій кримінального процесу докази посідають чільне місце. З метою єдиного підходу до розуміння змісту доказів у кримінально-процесуальному провадженні чинним законодавством передбачено легальну дефініцію цього поняття.

Відповідно до ст. 65 Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК України) доказами у кримінальній справі визнаються всі фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку орган дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, винність особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи.

Наведена дефініція, на перший погляд, відповідає завданням кримінального судочинства, його керівним засадам, що мають забезпечувати досягнення об'єктивної істини, прийняття законних і обґрунтованих рішень органами досудового розслідування і судової влади.

Утім, науковці-процесуалісти (Р. Белкін, С. Галунський, Р. Домбровський,

В. Дорохов, І. Лузгін, Б. Матюшкін, М. Михеєнко, С. Нікітін, М. Погорецький, М. Чельцов, М. Салтєвський, С. Стахівський, А. Хмир та ін.) небезпідставно вважають її недосконалою, полемізуючи протягом не одного десятиріччя на сторінках юридичних видань.

Тому цілком справедливою, на наше переконання, є думка Є. Долі, що докази, як фундаментальну кримінально-процесуальну категорію, необхідно ще більш глибоко дослідити, науково обґрунтувати і поставити на чолі базових понять кримінального процесу [1, 54–55]. Саме цим зумовлено доцільність і актуальність наступного аналізу в цій статті окресленої проблеми з внесенням пропозицій щодо можливих шляхів її вирішення. Отже, однією з головних причин тривалої полеміки вітчизняних і зарубіжних авторів є різне тлумачення ними визначеного законодавцем поняття доказів «фактичними даними».

М. Чельцов та інші відомі вчені обрали безкомпромісну позицію, яку відстоюють вже багато років, що під доказами слід розуміти не фактичні дані, а саме виключно тільки факти, до



оперування якими і зводиться процес доказування, саме вони не можуть бути сумнівними чи недоброякісними: вони або існують, або ні [2, 137; 3, 23–24]. Інші процесуалісти вбачають під фактичними даними не тільки факти, а й відомості про них [4, 118; 5, 101], решта — лише відомості про факти [6, 80; 7, 22].

Досконалість тієї чи іншої позиції авторів можна виявити, насамперед, звернувшись до етимологічного тлумачення змісту застосованої термінології.

Етимологічним значенням поняття «відомості», наприклад, є «повідомлення, вісті про кого-, що-небудь; певні факти, дані про кого-, що-небудь, інформація; знання в якій-небудь галузі» тощо [8, 315].

«Факти», за тлумачним словником української мови, — це «дійсна, не вигадана подія, дійсне явище; реальність, дійсність; те, що сталося, відбувалося насправді; те, що є матеріалом для певних висновків і відповідає об'єктивній дійсності; те, що об'єктивно існує, справді, безперечно, безсумнівно» [9, 667].

Під терміном «дані» тлумачаться «відомості, що необхідні для будь-якого висновку, рішення» [10, 207].

Аналіз наведеної термінології дає, на нашу думку, цілком зрозумілу безальтернативність використання поняття «відомості». І саме відомості про факти, як ми вважаємо, мав на увазі законодавець, визначаючи у ст. 65 КПК України докази «фактичними даними».

Як справедливо підкреслює з цього приводу С. Стахівський, факти — це явища дійсності, які, як правило, належать до минулого і є недопустимими для безпосереднього сприйняття слідчим або судом; для того, щоб факт був використаний при доказуванні, він

має бути пізнаний, тобто відображений свідомістю людини [11, 124].

Слід також навести на користь цієї позиції ще ряд аргументів. Як відомо, згідно з ч. 2 ст. 3 КПК України, при провадженні у кримінальній справі застосовується кримінально-процесуальний закон, який діє відповідно під час дізнання, досудового слідства або судового розгляду справи. Але ж у будь-якому разі він має зворотню силу, тобто процесуальні правовідносини, що виникають при його застосуванні, завжди спрямовані й «повертають» нас до події, яка мала місце у часі, що минув, до встановлення і з'ясування обставин цієї події, досягнення щодо неї об'єктивної істини. Це — по-перше.

По-друге, державний орган чи посадова особа, уповноважені на кримінально-процесуальне провадження, за своєю правовою сутністю і призначенням об'єктивно не можуть, не мають права оперувати фактами, — в іншому разі вони втрачають право бути суб'єктами, які «рухають» кримінальне судочинство, ведуть дізнання, досудове слідство чи судове засідання, і підлягають відводу (статті 54, 60 КПК України).

Отже, якщо фактичні дані розуміти як факти, то є абсолютно безглуздим вимагати від слідчого чи суду безпосереднього дослідження доказів у кримінальній справі. Ні той, ні інший не можуть оперувати фактами, а лише відомостями (знаннями) про ці факти, саме ці відомості про факти допомагають слідчому (суду) встановити модель події, яка мала місце в минулому [12, 146].

В аспекті проблеми, що розглядається, не можна не помітити, що наведена у ст. 65 КПК України дефініція «доказів» стосується лише доказів у «кримінальних справах». Аналогічну

термінологію мають також назва і зміст ст. 64 КПК України щодо предмета доказування при провадженні досудового слідства, дізнання і розгляді кримінальної справи в суді.

У той же час раніше нами вже наводилися аргументи на користь панівної в юридичній літературі позиції, що кримінально-процесуальне доказування відбувається значно раніше — на початковому етапі кримінального процесу — у стадії порушення кримінальної справи [13, 325]. Тому видається, що редакція ст. 65, а також назва і зміст ст. 64 КПК України потребують відповідного уточнення вказівкою на докази і доказування «в кримінальному судочинстві».

Водночас вважаємо наступним упущенням законодавця, який не передбачив у ст. 65 КПК України серед суб'єктів доказування прокурора, який власне здійснює процесуальне керівництво усього процесу досудового провадження в цілому.

З огляду на викладене, пропонується наступна редакція ч. 1 ст. 65 КПК України: «Докази — це будь-які відомості про факти, отримані в установленому законом порядку органами дізнання, досудового слідства, прокуратури й суду для підтвердження чи спростування події злочину, з'ясування, відтворення та доведення обставин, що мають значення для встановлення істини та зумовлюють прийняття ними законних і обґрунтованих рішень».

Не менш дискусійною у теорії кримінального процесу проблемою є систематизація і класифікація доказів, тобто приведення їх у порядок, зумовлений правильним, планомірним розташуванням та взаємним зв'язком [14, 207], розподіл на групи за спеціальними ознаками і властивостями [15, 258].

Система доказів у кримінальному судочинстві об'єднує у своїй структурі

групи доказів, взаємопов'язані між собою відповідно до структури предмета доказування обставин, що підлягають становленню для відтворення істинної картини суспільно небезпечної події, яка відбулася.

Систематизація доказів дає змогу поступово, повно, всебічно і об'єктивно відтворити всі обставини, які мають значення і є складовими предмета доказування.

Дослідженню тих чи інших елементів, або ж частини усїєї системи доказів, визначенню особливостей їх отримання, перевірки і оцінки, належного використання тощо сприяє їх класифікація, в основу якої можуть бути покладені різні підходи чи визначені ознаки.

Загальноновизнаною і сприйнятою більшістю процесуалістів є класифікація доказів на обвинувальні й виправдувальні, первинні та похідні, прямі й побічні [16, 149; 17, 52; 18, 121].

Але ж поряд існує ряд інших поглядів і підходів учених. М. Алексєєв, В. Бож'єв і М. Чельцов принаймі додають до зазначених трьох ще одну групу доказів: особисті та речові — відповідно до механізму їх формування [19, 96; 20, 10].

У свою чергу, В. Дорохов пропонує класифікувати докази не на три — чотири, а на шість груп:

1) особисті й речові (залежно від видів фактичних даних, механізму їх формування і використання);

2) за видами джерел (залежно від процесуальних способів їх отримання і відповідно до специфіки тих чи інших видів фактичних даних): показання свідків, потерпілих, підозрюваних, обвинувачених, висновки експертів, речові докази, протоколи слідчих і судових дій, інші документи;

3) за характером зв'язку предмета з подією злочину (об'єкт посягання, знаряддя злочину та ін.);

4) первинні й похідні (залежно від наявності чи відсутності джерел доказової інформації);

5) прямі (одноступеневі) й побічні (багатоступеневі) — залежно від структури обґрунтування обставин, що підлягають доказуванню;

6) обвинувальні та виправдувальні (відповідно до тези доказування, його спрямованості) [21, 257–258].

Водночас категорично проти поділу доказів на особисті й речові виступають, зокрема, М. Видря і М. Строгович. Вони вважають, що такий підхід протиставляє речові докази показанням свідків, потерпілих, підозрюваних і обвинувачених [22, 311; 23, 19].

У свою чергу, не погоджуючись з їх думкою, О. Хмиров небезпідставно наголошує, що при поділі доказів на речові й особисті йдеться не про протиставлення доказів, а про визначення очевидних відмінностей між повідомленнями про факти, які виходять від людей, — і матеріальними предметами, що вимагають іншого процесуального режиму їх збирання і закріплення [24, 69].

На шість груп поділяє докази у кримінальному процесі і В. Гмирко, але на відміну від В. Дорохова кладе в основу класифікації інші критерії. На його думку, докази необхідно розподілити на: 1) первинні й похідні; 2) особисті й речові; 3) належні й неналежні; 4) достовірні та недостовірні; 5) допустимі й недопустимі; 6) підготовчого та юрисдикційного провадження [25, 40–43].

Частково погоджуючись із запропонованою класифікацією, С. Стахівський ставить під сумнів обґрунтованість існування останніх чотирьох груп. Він вважає, що навряд чи доцільно й доречно класти в основу класифікації доказів критерії їх оцінки (належність, допустимість, достовірність тощо).

Позиція С. Стахівського, як ми вважаємо, є слушною і заслуговує на підтримку.

Доречно також зауважити, що серед наукових висновків і пропозицій щодо класифікації доказів, можна зустріти і досить неординарні підходи. Р. Белкін, наприклад, самостійною групою вбачає докази істинності й докази неправдивості. Він обґрунтовує свою позицію тим, що наука логіка вважає доказами лише ті тези, що мають на меті встановлення істинності, докази неправдивості тези — іменує спростуванням. Тобто доказування істинності будь-якої обставини може відбуватися шляхом спростування тих чи інших протилежних обставин. Тому метод спростування може застосовуватись лише коли достовірно відомі всі обставини, які підлягають спростуванню, а отже, практично цей метод майже ніколи не може бути застосованим при доказуванні, оскільки слідчий неспроможний об'єктивно виключити наявність усіх інших, не передбачених ним можливостей [26, 26].

На нашу думку, відомий російський учений особисто наголосив на безперспективності своєї позиції як для науки, так і для практики кримінального процесу.

Можна було б і далі аналізувати погляди на поняття та класифікацію доказів і їх обґрунтування, які існують чи пропонувалися в літературі, зокрема й далеких часів, починаючи з XVIII–XIX ст. [27, 133–134], або дореволюційними юристами Росії [28, 1004; 29, 7–8; 30, 174]. Але ж слід мати на увазі, що будь-які підходи до класифікації, визначення її критеріїв, віднесення доказів до тих чи інших видів і груп мають досить умовний характер і залежать від конкретних обставин, встановлення і доказування яких відбувається. Один і той самий

доказ може бути віднесений залежно від них до тієї чи іншої їх різновидності, і жодний науковець чи практик ніколи не визначає раз і назавжди конкретний доказ лише в одній єдиній їх групі.

Тим не менш, приваблюють погляди вчених-процесуалістів, які в основу класифікації і розподілу доказів на групи обирають такі важливі критерії, як джерела їх отримання, механізм формування, відношення до предмета доказування або обставин, що підлягають встановленню, тощо.

Тому нам уявляється найбільш вдалою і раціональною класифікація доказів, запропонована С. Стахівським, який розподіляє їх на чотири самостійні групи:

1. За джерелом одержаних відомостей: а) первинні докази; б) похідні докази.

2. По відношенню до предмета обвинувачення: а) обвинувальні докази; б) виправдувальні докази.

3. По відношенню до обставин, що підлягають доказуванню: а) прямі докази; б) побічні докази.

4. За механізмом формування і носієм додаткової інформації: а) особисті докази; б) докази, що містяться в об'єктах матеріального світу (предмети і документи) [31, 132–133].

Наведений варіант класифікації є оптимальним і має не тільки наукове, а й велике практичне значення, є зрозумілим і доступним для будь-якого фахівця правоохоронної сфери, досить зручним і ефективним у використанні.

Так, первинні докази — це відомості про факти, отримані з першоджерел (показання очевидця, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого; відомості, що містяться в оригіналі документів).

Похідні — це докази, отримані не з першоджерела, а «з інших рук» (копія

оригіналу документа, свідчення особи, яка має відомості від очевидця, потерпілого чи опосередковано зі слів підозрюваного, обвинуваченого).

Обвинувальні докази — докази, які придатні для викриття особи у скоєнні злочину, підтверджують чи встановлюють обвинувачення або вказують на обставини, що обтяжують покарання.

Виправдувальні — докази, що спростовують звинувачення (як повністю, так і частково), вказують на наявність обставин, які пом'якшують покарання.

Прямі докази — це відомості про факти, які за своїм змістом однозначно спростовують чи підтверджують ту чи іншу обставину, що підлягає доказуванню.

Побічні — докази, які неоднозначно підтверджують або спростовують існування обставин, які належить довести у процесі й завдяки кримінально-процесуальному доказуванню.

Особисті — докази, що одержуються від людей (показання свідка, потерпілого).

Практична значущість розподілу доказів на первинні й похідні, наприклад, полягає у правильному визначенні оптимальних шляхів їх перевірки, отримання доказів з більш надійних джерел.

Поділ доказів на обвинувальні й виправдувальні впливає на висунення версій, складання плану розслідування злочину, відіграє важливу роль при винесенні рішення про притягнення особи як обвинуваченого, про закриття кримінальної справи, при складанні обвинувального висновку та ін.

Практичне значення поділу доказів на особисті (від людей) і такі, що містяться в об'єктах матеріального світу (предметах і документах) полягає в тому, що доказова інформація може надходити органам розслідування як від людей, які здатні по-різному

сприймати, оцінювати й відтворювати обставини, що ними спостерігались, так і від предметів і документів, їх форми, змісту тощо.

Класифікація доказів на прямі й побічні дає змогу уникнути слідчих та судових помилок. При цьому слід мати на увазі, що непрямий (побічний) доказ вказує на неточний факт чи фак-

ти, тому не меншого значення він набуватиме лише в органічній єдності з іншими доказами обставин, що потребується встановити й довести. Як справедливо зазначають відомі процесуалісти, прямі докази щодо певної обставини (події) допускають лише єдине тлумачення, а побічні — декілька [11, 57].

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Доля Е. А.* Проблема начала в теории уголовного процесса (постановка вопроса) // Государство и право. — 1996. — № 10. — С. 54–63.
2. *Чельцов М. А.* Советский уголовный процесс. — М., 1951. — 510 с.
3. *Каз Ц. М.* Доказательства в советском уголовном процессе. — Саратов, 1960. — 106 с.
4. *Лукашевич В. З.* О понятии доказательств в советском уголовном процессе // Правоведение. — 1963. — № 1. — С. 118–124.
5. *Горский Г. Ф., Кокорев Л. Д., Элькин П. С.* Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. — Воронеж, 1978. — 303 с.
6. *Михеенко М. М.* Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. — К., 1984. — 134 с.
7. *Карнеева Л. М.* Доказательства в советском уголовном процессе. — Волгоград, 1988. — 65 с.
8. *Новий тлумачний словник української мови.* — К., 2004. — Т. 1. — 927 с.
9. *Новий тлумачний словник української мови.* — К., 2001. — Т. 4. — 941 с.
10. *Великий тлумачний словник української мови.* — К., 2001. — 1400 с.
11. *Стахівський С. М.* Теорія і практика кримінально-процесуального доказування : моногр. — К., 2005. — 272 с.
12. *Стахівський С. М.* Кримінально-процесуальні засоби доказування : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.09. — К., 2005. — 396 с.
13. *Підюков П. П., Конюшенко Я. Ю., Устименко Б. М.* Удосконалення процедури початку кримінального судочинства в контексті реформування чинного кримінально-процесуального законодавства як складової частини судово-правової реформи в Україні // Засади кримінального судочинства та їх реалізація в законотворчій і правозастосовній діяльності : тези науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті професора А. Я. Дубинського (м. Київ, 3 квітня 2009 р.). — К., 2009. — 832 с.
14. *Новий тлумачний словник української мови.* — К., 2001. — Т. 4. — 941 с.
15. *Новий тлумачний словник української мови.* — К., 2001. — Т. 2. — 911 с.
16. *Кримінальний процес України : підруч. / за ред. Ю. М. Грошевого, В. М. Хотенця.* — Х., 2000. — 494 с.
17. *Трусов А. И.* Основы теории судебных доказательств. — М., 1960. — 176 с.
18. *Арсеньев В. Д.* Вопросы общей теории судебных доказательств в советском уголовном процессе. — М., 1964. — 180 с.
19. *Алексеев С. С., Божьев В. П.* Обсуждение спорных вопросов теории доказательств в советском уголовном процессе // Соц. законность. — 1965. — С. 95–98.
20. *Чельцов М. А.* Советский уголовный процесс. — М., 1962. — 503 с.
21. *Теория доказательств в советском уголовном процессе.* — М., 1973. — 735 с.
22. *Строгович М. С.* Материальная истина и судебные доказательства. — М., 1955. — 383 с.
23. *Выдря М. М.* Вещественные доказательства в советском уголовном процессе. — М., 1955. — 118 с.
24. *Хмыров А. А.* Косвенные доказательства. — М., 1979. — 183 с.
25. *Гмирко В. П.* Кримінально-процесуальні докази : поняття, структура, характеристика, класифікація. — Дніпропетровськ, 2002. — 63 с.
26. *Белкин Р. С.* Собираение, исследование и оценка доказательств. — М., 1966. — 295 с.
27. *Владимиров Л. В.* Учение об уголовных доказательствах. — Тула, 2000. — 464 с.
28. *Владимиров Л. Е.* Учение о доказательствах. Части : общая и особенная. — СПб., 1910. — 400 с.
29. *Спасович В. Д.* О теории судебного-уголовных доказательств в связи с судоустройством и судопроизводством. — СПб., 1861. — 432 с.
30. *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. — СПб., 1999. — Т. 2. — 573 с.

*Рекомендовано до друку кафедрою кримінально-правових дисциплін та профілактики злочинів Академії управління МВС.*

Конюшенко Я. Ю. Поняття доказів у кримінально-процесуальному провадженні, їх зміст і класифікація

**Анотація.** У статті розглянуто наукові підходи до розуміння поняття й змісту доказів, їх сутності у кримінальному процесі. Автором запропоновано більш досконале викладення в законі дефініції доказів, яка б, на його думку, точніше віддзеркалювала сутність цієї фундаментальної кримінально-процесуальної категорії. На підставі системного аналізу існуючих поглядів автор пропонує, оптимальний варіант класифікації доказів, визначає її наукові та практичні переваги.

**Ключові слова:** докази, факти, фактичні дані, відомості, доказування, класифікація доказів.

Конюшенко Я. Ю. Понятие доказательств в уголовно-процессуальном производстве, их содержание и классификация

**Аннотация.** В статье анализируются научные подходы к уяснению понятия и содержания доказательств, их сущности в уголовном процессе. Автором предлагается более усовершенствованная формулировка в законе дефиниции доказательств, которая бы, по его мнению, точнее отображала сущность этой фундаментальной уголовно-процессуальной категории. На основании системного анализа существующих взглядов автор предлагает оптимальный вариант классификации доказательств, определяет ее научные и практические преимущества.

**Ключевые слова:** доказательства, факты, фактические данные, сведения, доказывание, классификация доказательств.

Konyshenko Ya. Yu. The notion of «evidence» in criminal proceedings, their content and classification

**Annotation.** In the article the scientific approaches for the understanding the meaning and concept of evidence and its essence in the criminal process. The author proposed more detailed meaning of the evidence in the law definition, that can show more exactly the concept of its fundamental criminal procedure category. On the base of the system analyses of existing approaches the author shows optimal variant of classification of evidences, indicate its scientific and practical advantages.

**Key words:** evidence, facts, factual material, knowledge, the process of validation, the classification of evidence.

Вийшов друком навчальний посібник:

Нор В. Т.

Кримінальний процес України : практикум : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / В. Т. Нор, Н. Р. Бобечко, В. П. Бойко та ін. / за ред. В. Т. Нора. — К., 2007. — 232 с.



Навчальний посібник побудований відповідно до навчальної програми з курсу «Кримінально-процесуальне право України», який вивчається студентами вищих юридичних навчальних закладів України, зокрема на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка, та з урахуванням положень Болонської декларації, до якої приєдналася Україна. Він охоплює плани практичних занять, контрольні запитання, нормативні матеріали та додаткову спеціальну літературу, задоволення якої дає можливість успішно опанувати програму курсу.

Для студентів та викладачів вищих навчальних закладів. Він буде також корисним для практичних працівників правоохоронних органів та суддів.

**Замовляйте видання за телефонами:**

0(44) 537-51-20, 537-51-21

або електронною поштою

sales@inyure.kiev.ua

http://shop.inyure.kiev.ua

## СУСПІЛЬНА НЕБЕЗПЕКА РОЗБОЮ



**В. КАЗМІРЕНКО**

*ад'юнкт*

*кафедри юридичної психології*

*(Київський національний університет  
внутрішніх справ)*

Згідно з приписами кримінального права суб'єкт може нести відповідальність тільки за вчинене ним злочинне діяння. Але ця аксіома не усуває проблеми співвідношення об'єктивного і суб'єктивного, тобто діяння та особистість, злочини та їх виконавці. Зазвичай правники або заперечують домінуючу роль особистісних факторів, або ж навпаки перебільшують її значення. В останньому випадку на перший план висувається особистість злочинця, а його діяння видаються за симптом злочинної особистості. Однак поставити на перше місце злочинця, вважаючи злочин симптомом особи, — означає проголосити цю особу злочинцем задовго до вчинення нею злочину [1, 3]. Поставивши на перше місце діяння суб'єкта, а на друге — його самого, ми маємо визначити і межі впливу характерних особливостей особи злочинця на ступінь суспільної небезпеки злочину і на покарання, тобто на розмір санкцій та індивідуалізацію покарання.

Суспільна небезпека кожного злочину в кримінальному праві визначається насамперед важливістю об'єкта злочину, тобто тих суспільних відносин, на які спрямовано злочинне посягання. Однак поряд із об'єктом злочинного посягання ступінь суспільної небезпеки конкретного зло-

чину визначається також тяжкістю завданих збитків, способом дій, обстановкою, в якій було вчинено злочин, ознаками, що характеризують суб'єктивний бік вчиненого злочину, властивостями суб'єкта злочину [2, 197].

Вважається, що характер і ступінь суспільної небезпеки особи, які існували під час вчинення злочину, знаходять в останньому більш або менш адекватне відображення, але вони не мають безпосереднього відношення до призначення покарання і враховуються лише при визначенні такого компонента суспільної небезпеки злочину, як суб'єктивна спрямованість злочинних дій. При призначенні покарання суд цікавить тільки та суспільна небезпека, що існує до моменту винесення вироку.

Слід зазначити, що сутність суспільної небезпеки полягає не просто у можливості, а в реальній можливості вчинення нового злочину, і не будь-якого, а лише подібного до попереднього за своїм генезисом (кримінологічною природою). З огляду на це, можна стверджувати, що під суспільною небезпекою (антисуспільною спрямованістю) особи винного слід розуміти існуючу до моменту винесення вироку реальну можливість вчинення ним нового злочину, подібного до попереднього за своїм генезисом.

Для встановлення й оцінки суспільної небезпеки як певного стану, що дає змогу прогнозувати майбутню поведінку, необхідно звернутись до тих факторів, які генетично пов'язані з виникненням і зміною цього стану. Серед цих факторів слід насамперед назвати суб'єктивні причини злочинної поведінки, тобто сукупність негативних (криміногенних) особистісних властивостей, які самі по собі (за наявності поведінкової антисуспільної установки) здатні детермінувати вчинення суспільно небезпечних діянь визначеного кримінологічного виду [3, 158].

Серед соціальних властивостей особистості, що визначають зміст поведінки, поряд із спрямованістю і ціннісними орієнтаціями, важливу роль відіграє соціальна установка. Власне кажучи, установкою є специфічний стан психіки, що виявляється у стійкій тенденції до повторення звичних форм поведінки (стереотипності). Сукупність стійких (фіксованих) установок і є базисом орієнтованої у визначеному напрямі діяльності суб'єкта, зокрема не тільки соціально корисної, а й антигромадської. Через несприятливе моральне формування особистості й саму злочинну діяльність особа може втратити здатність до правильного вибору поведінки, що буде свідчити про антисуспільну установку, що сформувалася. У таких випадках антисуспільні погляди, навички і звички проєктуються безпосередньо на дії, які характерні, зокрема, для злочинців-рецидивістів і осіб, які займаються злочинною діяльністю тривалий час. Ці особи відрізняються готовністю до вибірковості поведінки в антисуспільному напрямі. А. Сахаров [4, 65–66] правильно зазначає, що «теорія установки допомагає краще зрозуміти і пояснити багато вчинків,

зокрема і ті нерідкі випадки, коли особа вчиняє посягання, не замислюючись про соціальну сутність і наслідки своїх дій, як для інших людей, так і для самого винного, а також, навіщо і чому вона це робить».

Соціальна установка відображається в мотивах вчинків і поведінці особистості загалом. Зовні однакові вчинки можуть бути здійснені з різних мотивів, виражаючи різні установки, тоді як зовні різні й навіть протилежні вчинки в різних ситуаціях можуть бути вираженням тих самих особистісних властивостей і якостей. Через об'єктивні та суб'єктивні причини людина іноді може опинитися в умовах відчуження чи ізоляції від нормальних зв'язків і відносин, що супроводжується деформацією моральної свідомості та зазвичай передуює ставанню на злочинний шлях.

Оскільки особистість правопорушника за своїми біологічними і психічними властивостями не відрізняється від особистості звичайної людини й узагалі характеризується лише специфікою негативної спрямованості, її структура відповідає структурі особистості в цілому. Навряд чи є необхідність вводити в цю структуру окремі обставини, що характеризують суспільну небезпеку.

Для розкриття умов морального формування особистості й мотивації злочинної поведінки має значення проникнення у сферу так званої передкримінальності. Вивчення поведінки суб'єкта не тільки в момент, а й до здійснення злочину додатково характеризує ступінь його суспільної небезпеки, створює можливість простежити зміни особистісних властивостей і мотивації поведінки, які призводять до вчинення злочину, дійти обґрунтованого висновку, що злочин для конкретної особистості є випадковим явищем,



яке суперечить її суспільно корисній спрямованості.

Якщо стверджувати, що на вибір способу вчинення злочину справляє вплив сукупність знань, умінь, навичок особи, то не можна не врахувати й інших ознак особи — статі, віку, освіти, інтересів, потреб, інтелекту, емоційних, вольових, характерологічних та інших властивостей. Правильно буде вважати, що сукупність, структура багатьох особистісних властивостей злочинця, взятих як разом, так і окремо, відіграє суттєву роль у виборі правопорушником способу вчинення злочину. Зовнішні та внутрішні фактори тісно пов'язані між собою. Тому існує й зворотній зв'язок, оскільки злочинець, зважаючи на певні прийоми, знання, уміння, інтереси, якими він володіє, обирає об'єкт злочину і предмет посягання, а також спосіб вчинення злочину. Серед злочинів проти власності найвищу соціальну небезпеку становлять корисливо-насильницькі діяння, особливо — розбій.

Суспільна небезпека розбою визначається, по-перше, характером безпосередніх об'єктів посягання, якими є власність, а також здоров'я потерпілого, по-друге, подвійною мотивацією злочину — корисливою і насильницькою.

Визначальною ознакою розбою є прагнення злочинця одержати матеріальну вигоду шляхом насильства над особистістю (жертвою), що розуміється як неправомірне застосування сили, примусовий, тобто вчинений проти волі іншої особи, вплив на неї. Ця складна ситуація створює низку проблем для кваліфікації розбійних нападів [5, 32]

Однією з кваліфікуючих обставин розбою є вчинення його із проникненням у житло потерпілих або інше приміщення чи сховище. Ця обстави-

на не впливає на кваліфікацію злочину, однак має враховуватися при призначенні покарання в межах санкції, тому що відкритий характер проникнення свідчить про більшу зухвалість і стійкість злочинних намірів винного, а отже, і про його більшу суспільну небезпеку. З урахуванням підвищеної суспільної небезпеки розбою і з метою посилення охорони особи законодавець конструює склад цього злочину як усічений і не випадково пов'язує момент закінчення злочину не із заволодінням майна шляхом насильства, а з більш ранньою стадією — діями, спрямованими на заволодіння майном, тобто з моменту здійснення нападу, навіть якщо при цьому злочинець не зміг заволодіти майном.

Вчинення такого роду злочинів свідчить про високу ступінь суспільної небезпеки злочинця, в якого настільки велике бажання збагатитися за чийсь рахунок, що він для досягнення цієї мети не зупиняється перед вчиненням насилля над особами, у володінні або під охороною яких знаходиться майно. Та обставина, що основний критерій небезпечності розкрадань власності — розмір завданого збитку — в цьому випадку нібито відходить на другий план, є виправданою внаслідок дуже високої суспільної небезпеки способу заволодіння майном при розбої. Необхідно також враховувати, що при розбої умисел винного не конкретизований і розмір викраденого, у переважній більшості випадків, залежить не від бажання злочинця, а від того, яка кількість майна фактично була у віданні або під охороною особи, котра зазнала нападу.

Суспільна небезпека різних категорій злочинців відрізняється за своїм характером та ступенем. Характер суспільної небезпеки особи злочинця (тобто якісна характеристика суспіль-

ної небезпеки) визначається характером тієї шкоди, яку особа може нанести суспільству, тобто тим суспільним інтересам, що можуть бути нею порушені. Характер суспільної небезпеки залежить від її антисоціальної або асоціальної установки, а також обстановки, в якій особа перебуває, та характеру її діяльності.

Ступінь суспільної небезпеки особи злочинця (тобто кількісна характеристика) визначається, по-перше, тяжкістю шкоди, яку він може заподіяти, і, по-друге, імовірністю її заподіяння, тобто імовірністю вчинення нового злочину. Хоча існує точка зору, що особа злочинця не може впливати на наявність і ступінь суспільної небезпеки злочинного діяння [6, 67].

Властивості, що визначають предметний зміст суспільної небезпеки особи та імовірність вчинення нею злочину, є загальними для суспільної небезпеки особи злочинця й особи, яка ще не вчинила злочину, але готова для злочинної поведінки. Однак суспільна небезпека особи, яка вже вчинила злочин, має суттєві особливості [7, 177], а саме:

- вчинений особою злочин призводить до змін не лише у зовнішньому світі, а й у свідомості самого винного. Перед вчиненням злочину у свідомості особи часто відбувається боротьба мотивів і це може дуже глибоко зачіпати особистість. Якщо ці суперечності знаходять своє вирішення у вчиненні злочину, то це закріплюється у свідомості як антисуспільне ставлення, надаючи йому більшого ступеня сталості й сили. Це дозволяє особі наступного разу в аналогічній ситуації вчинити злочин із меншими ваганнями або взагалі без боротьби мотивів. Крім того, особа набуває досвіду вчинення злочину, який також відкладається в її свідомості. Тобто в

результаті вчинення злочинів у свідомості людини виникають певні «остаточні» явища, накопичення яких за умови вчинення нових злочинів призводить до утворення звички задовольняти свої потреби злочинним шляхом;

- злочинець виявляє вольову готовність до вчинення антисоціальних дій, якої при реальному здійсненні злочинної діяльності може виявитися недостатньо; але якщо це вже сталося, за загальним правилом, особа стає більш жорстокою, ніж раніше.

Суспільна небезпека злочинного діяння виражає реально існуючі якості антисуспільної поведінки, є об'єктивною властивістю дій визначеного роду, що заподіюють із досить високим ступенем імовірності збиток інтересам суспільства. Вона існує в дійсності незалежно від волі та свідомості правотворців і правозастосовників, і тому необхідно правильно встановити існування, характер і ступінь цієї небезпеки. Законодавець формалізує і забороняє під страхом покарання, тобто робить протиправними у кримінально-правовому сенсі, лише ті діяння, що об'єктивно суспільно небезпечні, шкідливі. Саме суспільна небезпека діяння є соціальною і матеріальною підставою для розгляду питання про необхідність обґрунтованості надання діянню статусу протиправного з усіма юридичними наслідками, що випливають звідси. Об'єктивні ж і суб'єктивні ознаки злочину лише тією чи іншою мірою відображають чинник існування суспільної небезпеки діяння, виражають його [8, 14].

На думку Н. Таганцева [9, 513–514], ознака небезпеки відіграє значну роль у кримінальному праві. Небезпека з її безпосереднім відношенням до конкретних правоохоронних інтересів є визначеним моментом

шкідливості діяльності, що розвивається, вона має існувати об'єктивно, незалежно від усвідомлення існування такої небезпеки з боку того, хто спричинив її, оскільки це має значення для встановлення вини.

Суспільно небезпечна дія має дві взаємозалежні ознаки. З одного боку, будь-яка злочинна дія є втіленням злочинної волі особи, її вини (суб'єктивна суспільна небезпека), а з другого боку — така дія стає причиною суспільно шкідливих змін в охоронюваних кримінальним законодавством суспільних відносинах (об'єктивна суспільна небезпека). В усіх випадках злочинний наслідок — це результат, породжений суспільно небезпечною, злочинною дією суб'єкта. Злочинні наслідки можуть мати матеріальний характер або бути нематеріальними. Цю властивість злочинних наслідків А. Трайнін охарактеризував так: «Наслідками мають бути визнані не тільки зміни, що відбуваються у сфері зовнішньої фізичної природи, а й факти, які належать до сфери політичної, психічної, моральної. При посяганні на життя і здоров'я, розкраданні майна суспільно шкідливі наслідки мають матеріальний характер» [10, 43].

Наслідки подібного виду за своєю природою пов'язані зі зміною суспільних відносин, що містять у собі предмет зовнішнього, фізичного світу, чи з усуненням із визначеної соціальної сфери відомої кількості цінностей. Тому шкода цього виду може бути конкретно виміряна. Злочинні наслідки матеріального характеру найчастіше виникають при посяганнях на об'єкт шляхом впливу на суб'єктів відносин чи предмети злочину. До таких наслідків належать: шкода здоров'ю, позбавлення життя, майнова шкода. Наслідки нематеріального характеру, оскільки збиток заподіюється у сферах політичній, психічній і мо-

ральній, не можуть бути виражені в дискретних величинах, а тому цей збиток не може бути точно підрахований. Однак, незважаючи на це, нематеріальні зміни не втрачають якостей злочинного наслідку. Нематеріальні наслідки мають місце в тому випадку, коли шкода заподіюється немайновим інтересам особистості, а саме честі та достоїнству людини, її політичним, трудовим та іншим немайновим правам [11, 45].

Таким чином, з юридичної точки зору суспільна небезпека діяння є найважливішою властивістю злочину, що й зумовлює необхідність його кримінально-правової заборони; категорія «суспільна небезпека» існує нерозривно від поведінки, вчинків, дії людини та їх результатів, оскільки вона є їх якісною властивістю.

На нашу думку, суспільна небезпека діяння визначається насамперед його об'єктивними ознаками — наслідками, що вже настали або можуть настати, способом вчинення діяння, обстановкою його вчинення. Властивості особистості злочинця можуть впливати на суспільну небезпеку діяння лише настільки, наскільки вони відобразились в об'єктивних ознаках діяння (наприклад, жорстокість особи у способі вчинення розбою) або в його суб'єктивній стороні. Сама ж по собі позитивна або негативна характеристика особи не може зменшувати чи збільшувати ступеня суспільної небезпеки вчиненого злочину. Залежно від різного поєднання в конкретних реальних умовах, ступінь достовірності критеріїв встановлення суспільної небезпеки особи злочинця може бути різним. Однак узяті ізольовано, вони можуть слугувати достатніми критеріями для істинності висновку, зробленого на їх основі, оскільки:

1) антисуспільні вчинки зазвичай виражають таку суспільну небезпеку

особи, яка виявляється в дисциплінарних, адміністративних чи інших правопорушеннях і не досягає того ступеня суспільної небезпеки, що породжує злочинну поведінку;

2) вчинення суспільно-корисних дій також не завжди виражає справжнє ставлення людини до суспільних цінностей. Зазвичай така поведінка характерна для свідомих громадян, але нерідко реалізується й особами, готовими до вчинення злочину;

3) висловлювання особи також не завжди відображають її дійсне відношення до людей, колег, власності. Свідома людина під впливом настрою, що склався в певній ситуації, або несправедливості стосовно неї може допустити такі висловлювання, які суперечать її поглядам і вчинкам;

4) схвалення особою антисуспільної діяльності інших громадян зовсім не обов'язково має означати, що вона сама здатна вчинити суспільно небезпечні діяння, оскільки для цього повинна мати відповідні вольові якості. Якщо особа ними не володіє, імовір-

ність вчинення нею злочину незначна або взагалі відсутня.

Показником суспільної небезпеки є поведінка злочинця, насамперед вчинений ним злочин. При цьому суспільна небезпека особи злочинця корениться у притаманних йому негативних якостях і полягає в реальній можливості вчинення цією особою злочину. Таким чином, особу злочинця слід розглядати як узагальнений соціальний тип, що характеризується загальними соціальними ознаками, основною з яких є його суспільна небезпека. При розгляді суспільної небезпеки злочину йдеться також про шкоду, яку злочин заподіює чи може заподіяти інтересам суспільства. Соціальна сутність злочинного діяння полягає в тому, як воно впливає на навколишні події, явища й, у результаті, на суспільні відносини. Діяння може викликати порушення цих відносин чи зруйнувати їх. Саме в можливості заподіяння шкоди суспільним відносинам, які охороняються законом, і полягає основна небезпека злочинного діяння.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Ковалев М. И. Об общественной опасности деяния и личности преступника // Проблемы совершенствования уголовного законодательства на современном этапе. Межвузовский сборник трудов. — Свердловськ, 1985. — С. 3
2. Кригер Г. А. Ответственность за хищение государственного и общественного имущества по советскому уголовному праву. — М., 1957. — С. 197.
3. Велиев С. А. Личность виновного и ее исследование при назначении наказания / С. А. Велиев // Известия вузов. Правоведение. — 2002. — № 4. — С. 158.
4. Сахаров А. Б. Учение о личности преступника // Советское государство и право. — 1968. — № 9. — С. 65–66.
5. Галимов И. Х. Ответственность за разбой : вопросы теории и практики // Российский следователь. — 2003. — № 10. — С. 32.
6. Кузнецова Н. Ф. Преступление и преступность. — М., 1969. — С. 67.
7. Филлимонов В. Д. Общественная опасность личности преступника. — Томск, 1970. — С. 177.
8. Лупарев Д. А. Общественная опасность как объективное свойство преступных последствий // Российский следователь. — 2007. — № 5. — С. 14.
9. Таганцев Н. С. Російське карне право. — Тула, 2001. — Т. 1. — С. 513–514.
10. Трайнин А. Н. Общее учение о составе преступления. — М., 1972. — С. 43.
11. Михлин А. С. Понятие и виды последствий преступления. — М., 1986. — С. 45.

*Рекомендовано до друку кафедрою юридичної психології Київського національного університету внутрішніх справ.*

**Казміренко В. О. Суспільна небезпека розбою**

**Анотація.** Стаття присвячена аналізу такої кримінальної ознаки злочину як суспільна небезпека. Адже відсутність цієї ознаки свідчить про відсутність складу злочину і виключає кримінальну відповідальність.

**Ключові слова:** суспільна небезпека, розбій, соціальна установка, характер і ступінь суспільної небезпеки.

**Казмиренко В. А. Общественная опасность разбоя**

**Аннотация.** Статья посвящена анализу такого криминального признака преступления как общественная опасность. Ведь отсутствие этого признака свидетельствует об отсутствии состава преступления и исключает уголовную ответственность.

**Ключевые слова:** общественная опасность, разбой, социальная установка, характер и степень общественной опасности.

**Kazmirenko V. O. Public danger of robbery**

**Annotation.** The article is devoted the analysis of such criminal sign of crime as a public danger. In fact absence of this sign testifies to absence of corpus delict and eliminates criminal responsibility.

**Key words:** public danger, robbery, social setting, character and degree of public danger.

Вийшов друком збірник:

**Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах : офіц. вид. / Верхов. Суд України ; відп. ред. П. П. Пилипчук. — К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2008. — 608 с.**

До збірника включено витяги із судових рішень з питань кримінального права та процесу, які були розглянуті Верховним Судом України в 2007 р. у касаційному порядку та в порядку виключного провадження.

Видання містить також роз'яснення Пленуму Верховного Суду України, узагальнення судової практики, статистичні коментарі, тематичні довідкові матеріали, рішення Європейського суду з прав людини у справах проти України. Наводиться також систематичний покажчик опублікованих раніше матеріалів в інших офіційних виданнях Верховного Суду України.



**Замовляйте видання за телефонами:**

**0(44) 537-51-20, 537-51-21**

**або електронною поштою**

**sales@inyure.kiev.ua**

**http://shop.inyure.kiev.ua**

# СОЦІАЛЬНО-ЕКОНОМІЧНІ ФАКТОРИ, ЩО ДЕТЕРМІНУЮТЬ ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ НА КУОРТАХ ПІВДЕННО-СХІДНОГО УЗБЕРЕЖЖЯ АР КРИМ



**М. КОПИЛОВА**  
*ад'юнкт кафедри кримінології  
та кримінально-виконавчого права  
(Київський національний університет  
внутрішніх справ)*

**З**лочини проти власності, що вчиняються на курортах південно-східного узбережжя АР Крим, як складова частина цілісного явища злочинності, визначаються системою соціально-економічних відносин, її типом.

В економіці АР Крим за показниками останніх років зберігаються позитивні тенденції основних макроекономічних показників. Узагальнюючим показником, що характеризує розвиток економіки загалом, є валова додана вартість. У структурі валової доданої вартості в АР Крим частка послуг, до яких належать і послуги курортно-туристичної галузі, складає більше ніж половину – 65,9 %, що на 9,5 % вище, ніж у середньому в Україні (56,4 %) [1].

Протягом останніх років у галузі торгівлі та ресторанного господарства АР Крим відбулись суттєві кількісні та якісні зміни. Розширилась торговельна мережа фізичних осіб – підприємців, спостерігається розвиток ринкової торгівлі та торговельних центрів. Постійно втрачає своє значення традиційна торгівля, одночасно з'явилась

сильна конкуренція з боку супер- та гіпермаркетів. Така соціально-економічна ситуація зумовила підвищення попиту на послуги курортно-туристичної галузі. Саме на узбережжя Криму спрямовувались основні потоки населення для відпочинку у літній період, що зумовлювало сезонне скупчення людей на відносно невеликій території та, як наслідок, призводило до ускладнення криміногенної обстановки.

Останніми роками спостерігається динамічний розвиток курортно-туристичної галузі автономії. Так, у 2007 р. на відпочинок та лікування прибуло 5,7 млн осіб, що на 0,6 млн осіб більше, ніж за 2006 р. У другому півріччі 2008 р. та у 2009 р. підприємства галузі відчували вплив фінансової кризи, що призвело до незначного зниження потоку відпочиваючих в АР Крим порівняно з 2007 р.

Слід відзначити підвищення якісних показників роботи галузі – курортні регіони при скороченні кількості відпочиваючих забезпечили зростання платежів до бюджету всіх рівнів порівняно з 2007 р. на 489,6 млн грн, чи на 31,3 %, які у 2008 р. склали

2,6 млрд грн. У 2009 р., незважаючи на кризу, сезон відпочинку на південно-східному узбережжі АР Крим пройшов успішно, що підтверджується офіційними даними прес-служби виконавчого комітету Керченської міської ради. Як і завжди, за сезон відпочинку було отримано значний прибуток до місцевого бюджету. Сезон відпочинку пройшов вдало за рахунок зниження цін на послуги.

Найбільшу частину у структурі відпочиваючих становлять громадяни України – 72,6 %. Питома вага рекреантів із країн СНД і далекого зарубіжжя складає відповідно 24,5 % та 2,9 %.

У цей час на південно-східному узбережжі АР Крим активно розвивається сфера послуг та розваг. Створюються нові та удосконалюються існуючі санаторно-курортні заклади, готелі, ресторани, кафе, бари, нічні клуби, дискотеки тощо. Розвивається і культурна сфера регіону. Розробляються нові туристичні маршрути, екскурсії, для яких використовується водний та автотранспорт. Міське населення у сезон відпочинку має додаткові прибутки, отримані від оренди житла відпочиваючими та від продажу власно вирощеної продукції.

Незважаючи на такі швидкі темпи розвитку курортно-туристичної галузі південно-східного узбережжі АР Крим, через ряд чинників відбулось ускладнення криміногенної обстановки саме у напрямі майнових злочинів.

Прискорення інфляційних тенденцій призвело до зростання річного показника інфляції у 2007 р. до 16,6 % [2], стало не лише одним з визначальних макроекономічних ризиків, а й потужним чинником зниження ефективності соціальної політики держави, загострення соціальної напруженості у суспільстві та, як наслідок, призвело

до істотного погіршення криміногенної обстановки як в Україні у цілому, так і на курортах південно-східного узбережжі АР Крим зокрема. У 2008 р. відбулося підвищення цін на найнеобхідніші та життєво необхідні продукти, яке спостерігається і нині. Негативний соціальний ефект інфляційних тенденцій посилюється випереджальним зростанням цін на продукти харчування. Останні постійно дорожчають та перевищують приріст номінальної заробітної плати та соціальних допомог. Прискорене зростання вартості продуктів харчування завдало удару насамперед населенню з низьким рівнем доходів, у яких значною є частка витрат на продовольчі товари. Слід зазначити, що рівень життя населення південно-східного узбережжі є досить низьким. Це зумовлено тим, що стабільний дохід у місцевого населення є лише декілька місяців (з травня до вересня) у році, саме у сезон відпочинку. Зі значною ймовірністю слід припустити, що для того, щоб забезпечити мінімальні потреби, люди змушені заробляти гроші або у напівлегальний спосіб, або навіть у злочинний.

Отже, попри загалом позитивну динаміку, яка спостерігається в економіці загалом, нагромадження інфляційних тенденцій засвідчило подальшу недовірність політики механічного збільшення доходів як чинника підвищення добробуту населення та ефективного розвитку національної економіки, й у результаті призвело до падіння усіх галузей економіки та настання глибокої кризи, кримінологічні наслідки якої неважко визначити. Вітчизняний та зарубіжний досвід доводять, що за подібної матеріальної скрути у декілька разів зростає число осіб, які здобувають кошти для забезпечення умов життя через вчинення

злочинів. І в Україні серед осіб, які вчинили злочини, питома вага працездатних, які ніде не працювали та не навчались, за останні роки зросла у декілька разів.

У 2008 р. на економіці АР Крим відобразились складні неоднозначні процеси, що відбувались у світовій економіці. Можна виокремити два періоди соціально-економічного розвитку, які докорінно відрізняються за своїми характеристиками та економічними наслідками: до вересня ситуація характеризувалась позитивними тенденціями, які формувались в умовах сприятливої зовнішньої кон'юнктури і давали можливість досягнути значного приросту доходів у всіх секторах економіки; у кінці третього кварталу зменшились обсяги виробництва в орієнтованих на експорт і пов'язаних з ними галузях, спостерігався відтік капіталу з республіки, дестабілізувався валютний ринок, розпочалась криза у банківській сфері. Наведені кризові явища, що розпочались у 2008 р., продовжили діяти і протягом 2009 р.

Про вплив світової фінансової кризи на економіку АР Крим свідчать такі тенденції розвитку автономії у 2009 р.:

- зменшення темпів росту промислового виробництва, що супроводжувалось накопиченням запасів нереалізованих товарів; зниження попиту на продукцію будівельної, металургійної, машинобудівельної та інших галузей у всьому ланцюгу міжгалузевих зв'язків, а саме торгівлі та транспорту;

- втрата доходів населення;
- відтік капіталу, зростання недовіри до банківської системи;

- скорочення кредитування, що негативно відобразилось на розвитку тих видів економічної діяльності, що були орієнтовані на внутрішній ринок (будівництво, машинобудування, роздрібна торгівля);

- ускладнення ситуації у соціальній сфері через скорочення виробництва, що призвело до зростання заборгованості з виплати заробітної плати і безробіття.

Від економічної кризи, яка триває з 2008 р. й дотепер і торкнулася усіх галузей, постраждав і курортно-туристичний бізнес південно-східного узбережжя АР Крим. Слід прогнозувати відчутне погіршення криміногенної обстановки у цьому регіоні та збільшення кількості корисливих злочинів. Цьому сприяє значне скорочення легальних туристичних послуг, зниження попиту на відпочинок у спеціалізованих курортно-туристичних закладах та організація так званого стихійного відпочинку, який неможливо проконтролювати. У зв'язку з цим виникли проблеми економічного характеру, а саме не отримали належного фінансування ті заклади, діяльність яких спрямована на задоволення потреб відпочиваючих. Це насамперед готелі, туристичні бази, санаторії тощо. Як наслідок, місцеве населення, яке там працює, не отримало належного заробітку, а через закриття збанкрутілих установ узагалі залишилось без роботи та засобів для існування.

Стихійність та неконтрольованість відпочинку є ще одним чинником, що продукує злочини проти власності на курортах південно-східного узбережжя АР Крим. Проведеним дослідженням встановлено, що у 2006 р. серед 5,1 млн осіб лише 1,2 млн осіб становили організовані відпочиваючі, а у 2007 та 2008 роках відповідно серед 5,7 та 5,6 млн осіб відпочиваючих лише 1,3 млн осіб відпочивали організовано (за путівками тощо). Кількість відпочиваючих станом на 1 січня 2009 р. склала 5,6 млн осіб, що на 1,7% нижче рівня аналогічного періоду 2007 р. Кількість організованих відпо-



чиваючих у здравницях скоротилась на 0,4 % і склала 1,3 млн осіб. Тому можна дійти висновку, що лише незначна частка відпочиваючих прибуває на територію АР Крим організовано, усі ж інші надають перевагу стихійному відпочинку, який, на нашу думку, є досить небезпечним. Відпочинок у приватному секторі, тобто у приватному будинку місцевих мешканців, приваблює дешевизною. Проте такий «відпочинок» є небезпечним як для відпочиваючих, так і для місцевих мешканців. Кожен з них може стати жертвою злочину. На нашу думку, стихійний відпочинок є одним із чинників, що породжують саме злочини проти власності на курортах південно-східного узбережжя АР Крим. За таких умов ніхто не може точно назвати кількість відпочиваючих на території узбережжя, наявність серед них кримінального елемента, визначити кількість правоохоронних органів, необхідну для забезпечення правопорядку в сезон відпочинку тощо. Стихійний відпочинок негативно впливає не лише на криміногенну обстановку у районі, а й на економіку держави загалом. Ані місцевий бюджет, ані бюджет держави не отримує доходу. Крім того, цей фактор значно ускладнює роботу правоохоронних органів, гальмує розкриття злочинів.

За роки незалежності Україна пройшла складний перехідний період від адміністративно-командної до ринкової економіки, який суттєво вплинув на свідомість людей, відбулись докорінні зміни життєвих цінностей і, на жаль, не на краще. Товарно-грошові відносини стали головною цінністю у житті багатьох людей. Також виникла різка поляризація населення на багатих і бідних (й останніх стає дедалі більше), а праця вже не має великого значення для досягнення матеріального достатку.

Характерною ознакою останніх років для української економіки є різке погіршення матеріального та побутового становища населення. Велика кількість людей опинилася за межею бідності [3]. За даними Всеукраїнського моніторингового дослідження матеріального становища населення України, проведеного Інститутом соціології НАН України у 2009 р., за межею бідності опинилось близько 22 млн громадян України, що перевищує 50 % населення нашої держави. Середньодушові доходи в родинях 85,4 % респондентів були нижчі офіційно встановленого прожиткового мінімуму. Опитування виявило також вкрай обмежений доступ значної частини населення до життєво важливих благ. Відсутність можливостей придбання найнеобхідніших продуктів харчування відзначила половина респондентів. Парадоксальним є те, що до категорії «бідні» входить працездатне населення і цей показник не залежить від трудової зайнятості населення, а свідчить про низький рівень оплати праці.

Соціально-економічна ситуація у республіці на початку 2009 р., як і у цілому в Україні, залишається досить складною, що зумовлено насамперед впливом фінансово-економічної кризи. З'явилися проблеми у промисловій галузі. Через виникнення ускладнень з реалізацією промислової продукції знизилась темп її виробництва. Так, протягом січня – лютого 2009 р. порівняно з аналогічним періодом 2008 р. спостерігається спад промислового виробництва на 30,3 %. Проте у лютому 2009 р. ситуація певним чином покращилась, про що свідчить приріст виробництва продукції порівняно із січнем на 17,8 %.

Зниження обсягу промислового виробництва призвело до зменшення перевезень вантажів. Транспортним комплексом за два місяці 2009 р. пере-

везено 1,5 млн т. вантажів, що на 29,3 % менше, ніж за відповідний період 2008 р. Послугами пасажирського транспорту скористались 36 млн громадян, що на 5,5 % менше, ніж за січень — лютий 2008 р.

Ускладнення умов доставки товарів у торговельну мережу (попередня оплата, відсутність відстрочки платежів тощо), зростання цін на імпортні товари і зниження купівельної спроможності населення призвели до зниження обсягу продаж у роздрібній торгівлі. Обіг роздрібної торгівлі у січні — лютому 2009 р. досяг 2,0 млрд грн, що на 12,5 % менше, ніж у січні — лютому 2008 р.

У 2008–2009 рр. погіршилися показники соціальної галузі. Тоді як у 2006–2007 рр. спостерігався певний підйом у цій сфері, що підтверджується наступними даними.

Протягом 2007 р. номінальний душевий дохід в Україні підвищився порівняно з попереднім роком на 31,2 %. При цьому підвищення номінальної заробітної плати склало 30,3 %, соціальних трансфертів — 27,7 %, зокрема виплачуваних у грошовій формі — 28,1 %. Загалом слід констатувати стійку тенденцію до сповільнення приросту реальних наявних доходів населення: якщо у 2005 р. він становив 20,1 %, у 2006 р. — 16,1 %, то у 2007 р. — лише 12,8 %.

Проте у АР Крим стабільно зростаючим показником є середньомісячна заробітна плата. У 2006–2007 рр. темп зростання номінальної середньомісячної заробітної плати склав відповідно 130,3 % та 128,2 %. За 2008 р. номінальна середньомісячна заробітна плата одного штатного працівника склала 1609,0 грн, що на 31,9 % більше, ніж за 2007 р. Індекс реальної заробітної плати склав 104,2 %. Про зростання номінальної середньомісячної заробітної

плати у 2009 р. на території південно-східного узбережжя АР Крим свідчить інформація прес-служби виконавчого комітету Керченської міської ради про те, що середньомісячна заробітна плата за сім місяців поточного року становить 1716 грн, що у 2,6 рази більше прожиткового мінімуму на одну працездатну людину (з 1 січня 2009 р. — 669 грн). У бюджетній сфері відсутня заборгованість з виплати заробітної плати, чого не можна сказати про приватний сектор економіки, де заборгованість складає мільйони гривень [4].

У 2006–2007 рр. спостерігалось поліпшення показників у сфері зайнятості населення. Протягом 2008 р. в АР Крим зріс рівень працевлаштування і знизився рівень безробіття. За цими показниками АР Крим була одним з найкращих регіонів України. Проте у жовтні — листопаді 2008 р. з'явилися тенденції зниження потреби у робочій силі. Деякі підприємства перейшли на скорочений робочий день чи скорочений робочий тиждень. Кількість зареєстрованих безробітних у автономії станом на 1 січня 2009 р. збільшилась на 5,3 тис. осіб порівняно з 26,1 тис. осіб станом на 1 січня 2008 р., рівень зареєстрованого безробіття збільшився відповідно з 1,7 % до 2,2 %. Протягом 2009 р. підвищився рівень безробіття на території південно-східного узбережжя АР Крим. Так, рівень безробіття у м. Керч станом на 1 вересня складає 1,34 % — порівняно з минулим роком зріс на 0,13 %.

Заборгованість виплати заробітної плати у АР Крим за статистичними даними на 1 березня 2009 р. склала 71,5 млн грн, що на 16,0 млн грн, чи на 28,8 %, більше, ніж на 1 січня 2009 р. У січні — лютому 2009 р. порівняно з січнем — лютим 2008 р. збільшилась кількість безробітних на 7,4 тис. осіб і склала 29,3 тис. осіб; збільшився рі-

вень зареєстрованого безробіття з 1,8 % до 2,41 % (на одне вільне робоче місце на зареєстрованому ринку праці претендують 10 осіб).

Серед соціальних проблем, які нині існують в Україні, найбільшу стурбованість викликають ті, які порушують презумпцію соціальної справедливості: нерівність, що збільшується, значна регіональна диференціація в якості життя, неспроможність повсюдного забезпечення належного базового рівня охорони здоров'я й освіти.

Як відомо, на південно-східному узбережжі АР Крим існує широка мережа санаторно-курортних закладів, які належать до закладів охорони здоров'я. Проте для малозабезпечених прошарків населення відпочинок та лікування у санаторіях є майже недосяжним через подорожчання послуг охорони здоров'я та фактичну неієвність соціальних програм у цьому напрямі.

З нашої точки зору, становище, що склалося, зумовлене наявністю низки суттєвих деформацій системи соціального захисту та соціальної політики України. Серед них варто наголосити на таких:

1. Відсутність системного підходу до формування державних соціальних гарантій, сучасного інструментарію вибору пріоритетів соціальної політики та механізмів її реалізації.

2. Недосконалість нормативно-правового забезпечення у сфері соціального захисту, відсутність єдиної системи «соціального права».

3. Недостатній рівень цільового соціального захисту найбільш незахи-

щених прошарків населення, що проживає в Україні та на території АР Крим зокрема.

4. Надмірна кількість задекларованих соціальних пільг.

5. Неефективність системи надання соціальних послуг населенню.

6. Руйнація трудового потенціалу та трудова міграція.

Підсумовуючи викладене, хотілося б ще раз звернути увагу на такі принципові моменти: злочини проти власності, що вчиняються на курортах південно-східного узбережжя АР Крим, як складова частина цілісного явища злочинності визначаються системою соціально-економічних відносин, її типом. Від економічної кризи, яка триває з 2008 р. й дотепер і торкнулася усіх галузей, постраждав і курортно-туристичний бізнес південно-східного узбережжя АР Крим. Слід прогнозувати відчутне погіршення криміногенної обстановки у цьому регіоні та збільшення кількості корисливих злочинів. Цьому сприяє значне скорочення легальних туристичних послуг, зниження попиту на відпочинок у спеціалізованих курортно-туристичних закладах та організація так званого стихійного відпочинку, який неможливо проконтролювати. Цей фактор значно ускладнює роботу правоохоронних органів, гальмує розкриття злочинів. Крім того, стихійний відпочинок негативно впливає не лише на криміногенну обстановку у районі, а й на економіку держави загалом. Ані місцевий бюджет, ані бюджет держави не отримувє доходу.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Програма економічного та соціального розвитку Автономної Республіки Крим на 2009 р. : Постанова Верховної Ради Автономної Республіки Крим від 20 травня 2009 р. № 1246-5/09 // <http://www.crimea-portal.gov.ua/>
2. Офіційні дані Державного комітету статистики України.
3. Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології : теорія і практика : у 3 кн. — К., 2007.
4. БОСПОР Крым. — 2009. — № 39. — 24 сентяб. // <http://www.bospor.com.ua/>

*Рекомендовано до друку кафедрою кримінології та кримінально-виконавчого права Київського національного університету внутрішніх справ.*

**Копилова М. А. Соціально-економічні фактори, що детермінують злочини проти власності на курортах південно-східного узбережжя АР Крим**

**Анотація.** Автором розглянуто сукупність соціально-економічних факторів, що детермінують злочини проти власності на курортах південно-східного узбережжя АР Крим, а також проаналізовано їх вплив на криміногенну обстановку у районі, на роботу місцевих правоохоронних органів та на економіку як на місцевому рівні, так і на рівні держави.

**Ключові слова:** злочини проти власності, вчинені на курортах південно-східного узбережжя АР Крим, соціально-економічні відносини, економіка АР Крим, криміногенна обстановка.

**Копылова М. А. Социально-экономические факторы, детерминирующие преступления против собственности на курортах юго-восточного побережья АР Крым**

**Аннотация.** Автором рассмотрена совокупность социально-экономических факторов, которые детерминируют преступления против собственности на курортах юго-восточного побережья АР Крым, а также проанализировано их влияние на криминальную обстановку в районе, на работу местных правоохранительных органов и на экономику как на местном уровне, так и на уровне государства.

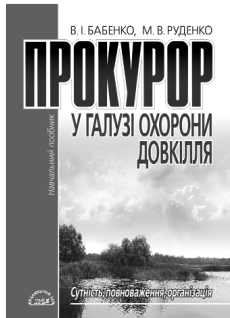
**Ключевые слова:** преступления против собственности, совершенные на курортах юго-восточного побережья АР Крым, социально-экономические отношения, экономика АР Крым, криминальная обстановка.

**Kopylova M. A. Socio-economic factors which determinyruet crimes against property on the resorts of south-east coast Autonomous Republic Crimea**

**Annotation.** The author analyses the aggregate of socio-economic factors which determinyruet crimes against property on the resorts of south-east coast Autonomous Republic Crimea, and also their influence is analysed on a kriminogennu situation in a district, to work of local law enforcement authorities and on an economy both at local level and at the level of the state.

**Key words:** crimes against property committed to the resorts south-east coast of Crimea, socio-economic relations, the economy of Crimea, criminal situation.

Вийшов друком навчальний посібник:



**Бабенко В. І.**

**Прокурор у галузі охорони довкілля : сутність, повноваження, організація : навч. посіб. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / В. І. Бабенко, М. В. Руденко. — К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. — 408 с.**

У запропонованому навчальному посібнику на основі чинного екологічного законодавства і практики його застосування розглянуто актуальні питання прокурорського нагляду за додержанням і застосуванням законів про охорону довкілля. Показані особливості організації цієї прокурорської роботи. Висвітлюються питання тактики і методики здійснення екологічного нагляду прокуратури, а також методології оцінки ефективності прокурорського нагляду за додержанням і застосуванням законодавства в екологічній сфері.

Посібник розрахований на студентів, аспірантів, професорсько-викладацький склад вищих юридичних навчальних закладів, прокурорів, слухачів системи підвищення кваліфікації прокурорсько-слідчих кадрів, інших юристів, які цікавляться питаннями організації та діяльності органів прокуратури України. Посібник може бути корисним фахівцям, які здійснюють державний екологічний контроль у галузі охорони довкілля.

**Замовляйте видання за телефонами:**

**(044) 537-51-20, 537-51-21**

**або електронною поштою**

**sales@inyure.kiev.ua**

**http://shop.inyure.kiev.ua**

# ЗАГАЛЬНЕ ОСОБИСТЕ НЕМАЙНОВЕ ПРАВО («ALLGEMEINE PERSÖNLICHKEITSRECHT») ЗА НІМЕЦЬКИМ ЦИВІЛЬНИМ ПРАВОМ



**О. ПОСИКАЛЮК**

*молодший науковий співробітник НДІ  
приватного права і підприємництва  
НАПрН України*

Категорії особистих немайнових прав фізичних осіб приділяється багато уваги в сучасній цивілістиці. Це пояснюється низкою чинників. Із розпадом СРСР у процесі утворення незалежної, демократичної, правової та соціальної держави у суспільстві відбулась переорієнтація в системі соціальних цінностей з «колективного» на «індивідуальне», «особисте». Що не могло не знайти свого відображення при реформуванні правової системи як на рівні загальноправових принципів (ст. 3 Конституції України), прав і свобод людини і громадянина (розділ II Конституції України), так і в межах галузевого законодавства, зокрема у Книзі другій Цивільного кодексу України. Разом з тим пріоритет у забезпеченні загальносвітових правових стандартів у поєднанні з євроінтеграційними спрямуваннями України зумовлюють необхідність порівняльно-правових досліджень, в тому числі й у контексті закріплення цивільним законодавством особистих немайнових прав фізичних осіб у правових системах різних країн, у першу чергу романо-германської та англо-американської право-

вих сімей, з урахуванням їх передового досвіду, домінантності та поширеності. Ця праця своїм предметом матиме доктрину, законодавство та правозастосовну практику Німеччини як країни, яка здійснила один із визначальних впливів на генезис права в континентальній Європі загалом та розвиток цивільного права зокрема, давши світові зразок пандектної системи цивільного кодексу.

Методологічним підґрунтям статті стали праці Л. Красавчикової, М. Малєєної, присвячені комплексному дослідженню поняття, змісту та системи особистих немайнових прав фізичних осіб, К. Флейшиц, як чи не першій спробі порівняльно-правового дослідження особистих немайнових прав фізичних осіб, а також наукові доробки як зарубіжних учених (Вітман, Гарейс, Гірке, Колер, Регельсбергер, Шапп, Шрамм, Еманн), так і вітчизняних (В. Бобрик, С. Булеца, Н. Давидова, Н. Коробцова (Устименко), Л. Малуґа, Н. Павловська, В. Паліюк, Р. Стефанчук, І. Саприкіна, А. Соловійов, Л. Федюк, А. Церковна, С. Чернооченко). Попри це у вітчизняній юридичній науці відсутнє комплексне

порівняльно-правове дослідження закріплення та охорони особистих немайнових прав фізичних осіб за цивільним правом Федеративної Республіки Німеччини та України.

З урахуванням викладеного, поставлено таке завдання: дослідити зміст та особливості загального особистого немайнового права («*allgemeine Persönlichkeitsrecht*») за німецьким цивільним правом.

Насамперед спробуємо визначити термінологічний апарат, що використовується в Німеччині для позначення особистого немайнового права. Так, для закріплення особистого немайнового права у німецькому праві використовується така конструкція, як «*Persönlichkeitsrecht*» [1, 114], що слід розуміти як права особистості, особисті (немайнові) права. Поряд з цим також зустрічаються й інші подібні за змістом терміни: «*Personenrecht*», «*Individualrecht*» та «*Individualitätsrechte*» [2, 6]. Таким чином, під терміном «*allgemeine Persönlichkeitsrecht*» розуміють загальне особисте немайнове право (загальне право особистості).

Концепцію загального особистого немайнового права («*allgemeine Persönlichkeitsrecht*») у німецькому цивільному праві можна розглядати в аспекті її доктринального розроблення, легального закріплення та правозастосовної практики.

Насамперед з'ясуємо методологічне підґрунтя. У теорії цивільного права щодо кількісної характеристики особистих немайнових прав виокремлюють два підходи: моністичну концепцію (концепцію єдиного особистого немайнового права) та плюралістичну концепцію (концепцію множинності особистих немайнових прав) [1, 114–115]. У німецькій цивілістиці це знаходить своє відображення серед

прихильників ідеї загального особистого немайнового права (Гарейс, Гірке, Колер, Регельсбергер), узагальнена позиція яких полягає в аргументуванні неможливості охопити усю сферу особистого (проявів особистості) окремими особистими немайновими правами, та наявності при цьому прогалин у праві, а тому, на їх думку, слід закріпити єдине особисте немайнове право, яке б охороняло усі юридично значущі прояви особистості, та виділяти поряд із загальним окремі особисті немайнові права, які неодноразово потребували правового захисту — право на ім'я, право на зображення тощо; та противників вказаної ідеї (Еллінек, Савінї, Унгер), які вважають, що загальне особисте немайнове право може призвести до надмірно широкого захисту особистості [2, 67–70]. Не вдаючись у дослідження детальної аргументації «за» та «проти» кожної з концепцій, вкажемо, що найбільш виправданою зазначимо, позицію, відповідно до якої нормативна база щодо особистих немайнових прав має, по-перше, містити загальні консолідовані положення щодо особистих немайнових прав фізичних осіб, по-друге, передбачати широкий каталог конкретних особистих немайнових прав фізичних осіб, чим здійснити їх позитивну регламентацію, по-третє, створювати реальну можливість охорони особистого немайнового інтересу фізичних осіб, не конкретизуючи його в певне суб'єктивне цивільне право [1, 117].

У цьому контексті необхідно погодитись із думкою про те, що на виникнення та розвиток концепції загального особистого немайнового права мали значний вплив німецьке філософське вчення про свободу волі та гіркий досвід нацистського правового режиму [3, 1180]. На сьогодні в німецькій

доктрині цивільного права найпоширенішою є позиція щодо визнання загального особистого немайнового права в силу його законодавчого закріплення та практичного застосування, наділяючи його при цьому двома функціями: 1) забезпечення права бути залишеним у спокою, тобто охорона приватної, інтимної сфер, що повинні мати характер таємниці; 2) забезпечення активного розвитку особистості [4, 54–55]. При цьому загальне особисте немайнове право визнається так званим рамочним правом («*Rahmenrecht*») — правом, що характеризується наявністю загальних неконкретизованих норм, протиправне порушення якого може бути встановлено швидше тільки шляхом всесторонньої оцінки конфліктуючих цінностей та інтересів [4, 3]. Разом з тим загальному особистому праву може надаватися пріоритет при зіткненні з іншими суб'єктивними цивільними правами (наприклад, перед правом на торгівлю марку, якщо остання була зареєстрована третьою особою без згоди фізичної особи, ім'я або зображення якої було використане [5, 191]).

Водночас загальне особисте немайнове право знаходить своє легальне закріплення. Нормативно-правова база, яка стосується питання загального особистого немайнового права, в Німеччині визначається насамперед на конституційно-правовому рівні [6, 489]. Так, статті 1(1), 2(1) Основного Закону Німеччини (*Grundgesetz*) проголошують недоторканність гідності людини та гарантують кожній людині право на вільний розвиток своєї особистості, якщо це не порушує права інших або не порушує конституційний порядок чи моральні засади суспільства. У подальшому загальне особисте немайнове право знаходить свій цивільно-правовий захист, хоча й не

будучи прямо закріпленим, відповідно до ч. 1 § 823 Німецького цивільного уложення (*Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch*) [7, 363], де вказано, що особа, яка навмисно або з необережності протиправно завдасть шкоди життю, здоров'ю, свободі, власності або іншому праву, зобов'язана компенсувати завдану шкоду.

Крім того, німецькому цивільному праву відомі прояви загального особистого немайнового права, що знаходять своє законодавче закріплення: право на ім'я (§ 12 Німецького цивільного уложення), право на власне зображення (§§ 22, 23 Закону про авторське право (*Kunsturhebergesetz* або *KUG*)), право на захист персональних даних (Федеральний закон про захист даних (*Bundesdatenschutzgesetz* або *BDSG*)).

Значний вплив на розвиток концепції загального особистого немайнового права здійснила німецька правозастосовна практика. Таким чином, варто зазначити, що в деталях загальне особисте немайнове право набуває зовнішніх контурів лише в множині розроблених судовою практикою типових випадків. Так, порушенням загального особистого немайнового права вважається несанкціоноване розголошення змісту листів та іншої кореспонденції, тією мірою може порушити це право і таємне фотографування особи в рамках його приватного життя, також таємний магнітофонний запис, розголошення подій з приватної сфери життя людини, а також використання імені або зображення відомої особи без її згоди в рекламних цілях тощо [8, 143]. На основі аналізу німецької судової правозастосовної практики доходимо таких висновків:

1. Загальне особисте немайнове право розцінюється як конституційно гарантоване фундаментальне право,

яке також повинно визнаватися цивільним правом, знаходить правове відображення в структурі цивільного права та підпадає під захист ч. 1 ст. 823 Німецького цивільного уложення як «інше право» [9]. Загальне особисте немайнове право може також знаходити спеціальний прояв через окремі особисті немайнові права, наприклад право на зображення [10]. Оскільки загальне особисте немайнове право захищає нематеріальні інтереси, які нерозривно пов'язані з особою-носієм і, як особисте право, є невідчужуваним і невід'ємним, то воно не може передаватися і не переходить у порядку спадкування. Ніхто не може відмовлятися від права на його власне зображення, права на ім'я або іншого особистого немайнового права повністю та остаточно [11].

2. Цивільно-правовий захист визнається дієвим і часто єдиним можливим засобом, придатним до забезпечення загального особистого немайнового права. Грошова компенсація моральної шкоди обґрунтовується тим, що без неї порушення загального особистого немайнового права часто буде залишатися без санкції, що призведе до ослаблення правового захисту особистості. Грошова компенсація моральної шкоди також виконує превентивну функцію [10]. Разом з тим така компенсація можлива у разі, якщо порушення загального особистого немайнового права було вагомим, що визначається з урахуванням тяжкості та ступеня втручання, мотивів правопорушника та форми вини, та коли шкода не може бути адекватно компенсована в інший спосіб. При цьому має враховуватися, чи було здійснено порушення загального особистого немайнового права з метою задоволення власних комерційних інтересів правопорушника.

3. Загальне особисте немайнове право особи і його окремі форми також захищають ті інтереси особи, які мають майнову цінність. Зображення, ім'я та інші риси особистості, наприклад голос, можуть приносити значну економічну вигоду. Ця цінність загалом заснована на особистій популярності та репутації в суспільстві — здебільшого через особливі досягнення, наприклад у спорті або мистецтві. Загальновідома особа може експлуатувати свою популярність і зображення з комерційним ефектом, дозволяючи за плату третім особам використовувати своє зображення або ім'я, а також інші риси особистості, при рекламуванні товарів, робіт або послуг для полегшення їх впізнання. Тому, звичайно, незаконне використання рис особистості з метою, наприклад, рекламування шкодить швидше комерційним інтересам особи, ніж немайновим. Таким чином, загальне особисте немайнове право та його окремі форми, право на зображення, право на ім'я захищають не лише немайнові, а й майнові інтереси особи. У разі порушення цих аспектів загального особистого немайнового права шляхом незаконного використання зображення, імені або інших характерних рис особистості носій загального особистого немайнового права може вимагати компенсації шкоди незалежно від серйозності втручання. Загальне особисте немайнове право повинно відповідно захищати можливість, яка належить виключно носію цього права, вільно вирішувати питання щодо використання свого зображення, імені та інших характерних рис особистості для комерційних інтересів третіх осіб, та визначати умови такого використання. Більше того, вказані майнові інтереси потребують захисту і після смерті особи — носія загального осо-



бистого немайнового права, а тому можуть здійснюватися та захищатися правонаступниками (спадкоємцями) останнього відповідно до вираженої або презюмованої волі померлої особи [11].

4. Німецькому цивільному праву також відомий специфічний правовий модус — так звана фізична особа публічного права [1, 154], суть якого полягає в тому, що межі правомірного втручання в особисте життя осіб, які діють у такій публічній якості, є ширшими, ніж для інших осіб. Наприклад, § 23 Закону про авторське право встановлює випадки, коли фотографії фізичної особи публічного права можуть публікуватися без її згоди, за умови, що таке публікування спрямоване на забезпечення законної потреби громадськості в отриманні об'єктивної ілюстрованої інформації [13]. Для позначення цього правового модулу використовується термін «*Personen der Zeitgeschichte*», що дослівно може бути перекладено як «особи сучасної історії» [14, 44]. Німецька судова правозастосовна практика поділяє таких фізичних осіб на дві категорії: «абсолютні» (наприклад, глави держав, знамениті актори, учені або атлети) та «відносні» (ті особи, які привертають суспільну увагу тільки протягом обмеженого періоду часу, наприклад жертви злочину, і в подальшому втрачають такий правовий статус) [15, 16–17].

Таким чином, Концепція загального особистого немайнового права («*allgemeine Persönlichkeitsrecht*») у німецькому цивільному праві, будучи доктринально розробленою, знаходить своє законодавче закріплення та практичне застосування, генеза якої може бути умовно поділена на такі етапи: 1) зародження в німецькій цивільно-правовій думці на ґрунті німецької філософії; 2) закріплення на

законодавчому рівні окремих особистих немайнових прав: права на ім'я, права на зображення тощо; 3) безпосереднє закріплення загального особистого немайнового права на конституційному рівні та розвиток цивільно-правового захисту загального особистого немайнового права через практику здійснення судочинства. Під загальним особистим немайновим правом — «*allgemeine Persönlichkeitsrecht*» — слід розуміти конституційно гарантоване суб'єктивне цивільне право, що найбільш узагальнено полягає у можливості вільно, на власний розсуд визначати розвиток своєї особистості, та знаходить конкретизацію свого змісту в судовій практиці.

Також слід зазначити, що українське цивільне законодавство пішло шляхом закріплення, по-перше, загальних положень щодо статичної та динамічної особистих немайнових прав фізичних осіб, по-друге, системної сукупності окремих особистих немайнових прав фізичних осіб, вказавши при цьому на невичерпність їх переліку, що, у свою чергу, спрямоване на забезпечення належного регулювання та охорони особистих немайнових відносин, та одночасно створює можливість для подальшого розвитку та особистих немайнових прав фізичних осіб як у кількісній, так і в якісній площинах. Разом з тим досвід закріплення загального особистого немайнового права в німецькому цивільному праві може бути корисний для вдосконалення як загальних положень про особисті немайнові права фізичних осіб, так і норм, що стосуються окремих із них, а засади захисту загального особистого немайнового права, вироблені німецькою судовою правозастосовною практикою, можуть бути використані при виробленні підходів щодо захисту особистого немайнового інтересу.

## ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : моногр. / Р. О. Стефанчук / Нац. акад. наук України ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. — Хмельницький, 2007. — 626 с.
2. Флейшиц Е. А. Личные права граждан в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран / Е. А. Флейшиц / Ученые труды Всесоюзного института юридических наук НКЮ СССР. — М., 1941. — Вып. VI. — 207 с.
3. Whitman J. The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty / James Q. Whitman // The Yale Law Journal. — 2004. — Volume 113. — Issue 1153. — 1151–1221 p.
4. Ehmann H. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht // [http://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/prof/eme001/fg\\_50bgh.pdf](http://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/prof/eme001/fg_50bgh.pdf)
5. Weber O. Human Dignity and the Commercial Appropriation of Personality : Towards a Cosmopolitan Consensus in Publicity Rights? / O. Weber // SCRIPT-ed. — 2004. — Volume 1. — Issue 1. — 161–204 p.
6. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права / К. Цвайгерт, Х. Кётц : в 2 т. — М., 1998. — Т. 2. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт. — 512 с.
7. Жалинский А., Рёрихт А. Введение в немецкое право / А. Жалинский, А. Рёрихт. — М., 2001. — 767 с.
8. Шанп Я. Система германского гражданского права : учеб. / Я. Шанп / пер. с нем. С. В. Королева. — М., 2006. — 360 с.
9. BGHZ 13, 334 // [http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work\\_new/german/case.php?id=740](http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=740)
10. BGH NJW 1996, 985 // [http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work\\_new/german/case.php?id=729](http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=729)
11. BGH 1 ZR 49/97 // [http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work\\_new/german/case.php?id=726](http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=726)
12. BGHZ 128, 1 // [http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work\\_new/german/case.php?id=731](http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=731)
13. BGH NJW 1971, 698 // [http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work\\_new/german/case.php?id=837](http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=837)
14. Llibina I. Personības tiesību aizsardzība un civiltiesiskā atbildība to aizskāruma gadījumā : Promocijas darba kopsavilkums : Civiltiesības / I. Llibina. — Rīga. — 2006. — 58 l pp.
15. Concerns and Ideas about the Developing English Law of Privacy (and how knowledge of foreign law might be of help) / B. Markesinis, C. O'Conneide, J. Fedtke, M. Hunter-Henin // [http://www.ucl.ac.uk/laws/global\\_law/publications/institute/docs/privacy\\_100804.pdf](http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/publications/institute/docs/privacy_100804.pdf)

*Рекомендовано до друку кафедрою цивільного права та процесу Хмельницького університету управління та права.*

### Посикалюк О. О. Загальне особисте немайнове право («allgemeine Persönlichkeitsrecht») за німецьким цивільним правом

**Анотація.** Стаття присвячена комплексному дослідженню загального особистого немайнового права («allgemeine Persönlichkeitsrecht») за німецьким цивільним правом. Визначено термінологічний апарат, що використовується в Німеччині для позначення особистих немайнових прав. Здійснено аналіз доктринального обґрунтування, нормативного закріплення та практичного застосування загального особистого немайнового права.

**Ключові слова:** особисті немайнові права фізичних осіб, цивільне право Федеративної Республіки Німеччини, порівняльне цивільне правознавство, загальне особисте немайнове право («allgemeine Persönlichkeitsrecht»).

### Посикалюк О. А. Общее личное неимущественное право («allgemeine Persönlichkeitsrecht») согласно немецкому гражданскому праву

**Анотация.** Статья посвящена комплексному исследованию общего личного неимущественного права («allgemeine Persönlichkeitsrecht») в немецком гражданском праве. Установлена терминология, которая используется в Германии для обозначения личных неимущественных прав. Осуществлен анализ доктринального обоснования, нормативной регламентации и практического применения общего личного неимущественного права.

**Ключевые слова:** личные неимущественные права физических лиц, гражданское право Федеральной Республики Германии, сравнительное гражданское право, общее личное неимущественное право («allgemeine Persönlichkeitsrecht»).

**Posykalyuk O. O. General personal non-property right («allgemeine Persönlichkeitsrecht») in German civil law**

**Annotation.** Research deals with comprehensive analysis of the general personal non-property right («allgemeine Persönlichkeitsrecht») in German civil law. Terminology, which is used in Germany for a designation of the personal non-property rights, is identified. The doctrinal construction, legislative regulation and practical application of the general personal non-property right are analysed.

**Key words:** personal non-property rights, civil law of Federal Republic of Germany, comparative civil jurisprudence, general personal non-property right («allgemeine Persönlichkeitsrecht»).

Вийшов друком підручник:

**Скакун О. Ф.**

**Общее сравнительное правоведение. Основные типы (семь) правовых систем мира : учеб. для студ. вузов. — К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2008. — 464 с.**

В учебнике рассматриваются теоретико-методологические основы общего сравнительного правоведения как юридической науки и учебной дисциплины: понятие сравнительно-правового метода и сравнительного правоведения в их взаимосвязи и отличиях, предмет, объекты, функции и принципы сравнительного правоведения. Уделяется внимание вопросам типологии правовых систем и основаниям их группирования в теоретические модели (типы).

Рекомендуется студентам, курсантам, аспирантам, адъюнктам, преподавателям, а также всем, кто интересуется правовой картой мира.

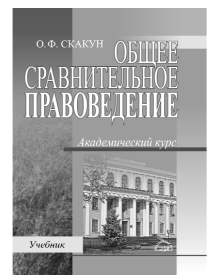
**Замовляйте видання за телефонами:**

**0(44) 537-51-20, 537-51-21**

**або електронною поштою**

**sales@inyure.kiev.ua**

**http://shop.inyure.kiev.ua**



# ПОНЯТТЯ ТА ФУНКЦІЇ ПАРЛАМЕНТСЬКОГО БЮДЖЕТНОГО КОНТРОЛЮ



**О. СТАРОДУБОВА**

*аспірант кафедри правових основ підприємницької діяльності навчально-наукового інституту права, економіки та соціології (Харківський національний університет внутрішніх справ)*

Однією з головних та фундаментальних ознак незалежної держави є наявність власних фінансів і можливість їх самостійного використання. У законодавстві України приділяється підвищена увага Державному бюджету, порядку його прийняття, формування його коштів та порядку їх використання. Про це свідчать і положення Конституції України, що присвячені бюджетним правовідносинам (п. 4 ст. 85, ст. 98), і наявність окремого Бюджетного кодексу України (далі – БК) та інших нормативно-правових актів.

В ідеалі коштів Державного бюджету має вистачати для реалізації всіх основних функцій держави. При цьому потрібно враховувати, що порядок формування доходів Державного бюджету не повинен стримувати розвитку економіки країни (це забезпечується економічно обґрунтованою податковою політикою), а з другого боку, Державний бюджет не має обтяжуватися необґрунтованими та недоцільними видатками. Зазначене має бути враховано при складанні Державного бюджету та при його виконанні. Для належного правового забезпечення зазначених питань існує контроль за Державним бюджетом

України. На кожному з етапів бюджетного процесу контроль за дотриманням бюджетного законодавства здійснюється Верховною Радою України, зокрема комітетами Верховної Ради в частині, що належить до їх компетенції (ст. 109 БК). За загальним правилом бюджетний контроль – це вид державного фінансового контролю, який здійснюється у процесі укладання, розгляду, затвердження і виконання бюджетів [1].

Для з'ясування порядку функціонування механізму контролю за Державним бюджетом України з боку парламенту та для розробки моделі належної реалізації такого механізму насамперед потрібно дослідити питання про поняття парламентського бюджетного контролю і визначити його функції, на підставі яких базуються й інші методологічні засади.

Вважаю, що поняття парламентського бюджетного контролю слід виводити шляхом поєднання загальних визначень парламентського, фінансового та бюджетного контролю. У межах цього дослідження при розгляді відповідних базових понять ми не ставимо за мету проведення їх ґрунтовного аналізу з виведенням власних відповідних визначень. Нижче представлені

найпоширеніші точки зору щодо понять «парламентський», «фінансовий» та «бюджетний контроль», на базі яких будуть виведені загальні поняття, які потім стануть основою поняття «парламентський бюджетний контроль».

Мета цієї статті полягає в тому, щоб на підставі аналізу існуючого категоріального апарату, що встановлює поняття «парламентський», «фінансовий», «бюджетний» контроль, визначити поняття «парламентський бюджетний контроль» і його функції.

У науковій літературі пропонуються такі точки зору щодо визначення парламентського контролю. Так, В. Шаповал визначає, що парламентський контроль — це діяльність парламенту, його органів та посадових осіб, а також інших державних органів і посадових осіб, з відповідною метою функціонально поєднаних з парламентом у здійсненні повноважень контролю за виконавчою владою, насамперед урядом, яка полягає у перевірці виконання законів, рішень тощо [2]. На такі ж риси парламентського контролю вказується у працях В. Залюбовської [3], М. Утяшева, А. Корнілаєвої [4], С. Ківалова та М. Орзіха [5]. На думку В. Журавського, парламентський контроль — це передбачена Конституцією та законами України діяльність Верховної Ради України, утворених нею органів, обраних нею посадових осіб та народних депутатів України щодо отримання, вивчення, оприлюднення інформації про діяльність, рішення, правові акти інших органів і посадових осіб публічної влади, підприємств, установ та організацій і впровадження на основі цієї інформації передбачених Конституцією і законами України заходів реагування [6].

На підставі аналізу законодавства зарубіжних країн О. Коврякова доходить висновку, що парламентський контроль може бути визначений як

система норм, які регулюють встановлений порядок спостереження і перевірки в основному діяльності органів виконавчої влади, який здійснюється як парламентською більшістю й опозицією, так і допоміжними органами вищого законодавчого органу, і спрямований на оцінку цієї діяльності з можливим застосуванням санкцій (вотуму недовіри, резолюції осуду, імпічменту тощо) [7].

У радянській юридичній науці (насамперед державного права) контроль вищого представницького органу традиційно розглядався як вид державного контролю. Поняття «парламентський контроль», як правило, використовувалось при дослідженні «буржуазних» правових теорій.

У сучасній правовій науці продовжують існувати погляди на парламентський контроль як вид державного контролю [8]. Разом з цим набули поширення й інші погляди щодо парламентського контролю. Так, деякі науковці відносять парламентський контроль до громадського контролю [9]. Парламентський контроль також розглядається як так званий демократичний цивільний контроль та як комплексний державно-громадський контроль [10].

Враховуючи те, що вищий представницький орган держави — парламент — належить до системи органів державної влади, слід відносити парламентський контроль саме до державного контролю.

На підставі сказаного можна зазначити, що парламентський контроль — це вид державного контролю, який є системою норм, встановлених Конституцією і законами України, та регламентує діяльність Верховної Ради України, утворених нею органів, обраних нею посадових осіб та народних депутатів України, яка здійснюється

як парламентською більшістю й опозицією, так і допоміжними органами вищого законодавчого органу щодо отримання, вивчення, оприлюднення інформації про діяльність, рішення, правові акти інших органів і посадових осіб публічної влади, підприємств, установ та організацій, і впровадження на основі цієї інформації передбачених Конституцією і законами України заходів реагування.

Фінансовий контроль, на думку Л. Воронової, — це цілеспрямована діяльність законодавчих і виконавчих органів публічної влади і недержавних організацій, спрямована на забезпечення законності, фінансової дисципліни і раціональності під час мобілізації, розподілу і використання коштів централізованих і децентралізованих грошових фондів держави з метою найефективнішого соціально-економічного розвитку всіх суб'єктів фінансових правовідносин [11]. Цю позицію поділяють Е. Грачева [12], Л. Савченко [13] та ін.

Ю. Крохіна розглядає фінансовий контроль у двох аспектах: широкому та вузькому. У широкому аспекті державний і муніципальний фінансовий контроль — це сукупність заходів державного регулювання, які забезпечують із метою здійснення ефективної державної фінансової політики економічну безпеку країни та дотримання державних і муніципальних інтересів у процесі публічної фінансової діяльності. У вузькому аспекті державний і муніципальний фінансовий контроль — це контроль держави і муніципальних утворень в особі компетентних органів, а також інших уповноважених органів за законністю і доцільністю дій у процесі акумулювання, розподілу та використання грошових фондів держави та муніципальних утворень з метою ефективного соціально-економічного розвитку країни [14].

Відповідно до зазначеного фінансовий контроль можна визначити як діяльність законодавчих і виконавчих органів публічної влади, органів місцевого самоврядування і недержавних організацій, яка спрямована на забезпечення своєчасності та точності фінансового планування, законності, фінансової дисципліни і раціональності під час мобілізації, розподілу і використання коштів централізованих і децентралізованих грошових фондів держави, обґрунтованості та повноти надходження доходів до відповідних фондів державних коштів, правильності й ефективності їх використання з метою найефективнішого соціально-економічного розвитку всіх суб'єктів фінансових правовідносин.

Фінансовий контроль має свої види, до яких усі без винятку автори відносять і бюджетний контроль. На думку Н. Еріашвілі, можливість виділення видів фінансового контролю (зокрема й бюджетного) пов'язана з існуванням у підсистемі державних фінансів інститутів державного кредиту, бюджетного фінансування, пенсійного забезпечення тощо. Таким чином, на його думку, бюджетний контроль виділяється відповідно до сфери фінансової діяльності [15]. Інші автори відносять бюджетний контроль до фінансового контролю, не зазначаючи підстав для проведення відповідної класифікації, також маючи на увазі напрям фінансової діяльності [16]. Говорячи, власне, про поняття бюджетного контролю, можна погодитися з думкою О. Гетманець, що бюджетний контроль — це самостійний різновид фінансового контролю, що здійснюється у регламентованій нормами права бюджетній сфері та спрямований на забезпечення законності, достовірності та раціональності діяльності суб'єктів бюджетних правовідносин [17].

На підставі зазначеного парламентський бюджетний контроль можна визначити як вид державного фінансового контролю, врегульований Конституцією та законами України, який представляє собою діяльність Верховної Ради України, утворених нею органів, обраних нею посадових осіб та народних депутатів України і допоміжних органів вищого законодавчого органу, і спрямований на забезпечення своєчасності та точності фінансового планування, законності, фінансової дисципліни і раціональності під час мобілізації, розподілу і використання коштів централізованих і децентралізованих грошових фондів держави, обґрунтованості та повноти надходження доходів до відповідних фондів державних коштів, правильності й ефективності використання державних коштів, яка здійснюється у процесі укладання, розгляду, затвердження і виконання Державного бюджету України шляхом отримання, вивчення, оприлюднення інформації про діяльність, рішення, правові акти інших органів і посадових осіб публічної влади, і впровадження на основі цієї інформації передбачених Конституцією і законами України заходів реагування з метою найефективнішого соціально-економічного розвитку всіх суб'єктів фінансових правовідносин.

З огляду на те, що парламентський контроль у теорії конституційного права розглядається в широкому та вузькому значеннях [10, 31], можна здійснювати відповідний поділ і щодо парламентського бюджетного контролю.

Таким чином, парламентський бюджетний контроль у широкому значенні становитиме контроль, який здійснюється як безпосередньо Верховною Радою України, її внутрішніми органами, посадовими особами, народними депутатами, так і спеціа-

лізованими органами, які створюються Верховною Радою України, — зокрема Рахунковою палатою. У вузькому значенні парламентський бюджетний контроль — це контроль, що здійснюється безпосередньо Верховною Радою України, її внутрішніми органами, посадовими особами та народними депутатами. З урахуванням зазначеного, можна використовувати для позначення парламентського бюджетного контролю у вузькому значенні визначення «безпосередній парламентський бюджетний контроль».

Можливість парламенту здійснювати контроль у бюджетній сфері прямо впливає з функцій парламенту. При всьому розмаїтті наукових поглядів щодо питання про види та зміст функцій парламенту можна зазначити, що більшість учених виділяє контрольну та бюджетно-фінансову [18]. При цьому спірним є питання про співвідношення контрольної та бюджетної функцій. Так, у теорії права бюджетна функція розглядається як відокремлена, що поєднує в собі й відповідні контрольні заходи [10, 35–36], тоді як Конституційний Суд України зазначив, що контроль за виконанням Державного бюджету України (п. 4 ч. 1 ст. 85 Конституції) є складовим елементом контрольної функції парламенту [19]. У зв'язку з цим робиться пропозиція розділяти парламентський контроль на дві групи: перша група — це дії, що мають виключно контрольне значення; друга група — це дії, що мають комплексний характер та рівною мірою належать як до контрольної, так і до інших функцій парламенту (зокрема, це дії щодо контролю за виконанням Державного бюджету України, прийняття рішення щодо звіту про його виконання) [10, 38].

Парламентський бюджетний контроль є частиною державного контро-

лю взагалі та парламентського і фінансового зокрема. Цим зумовлюються його функції. Під функціями традиційно розуміють основні напрями впливу. Це дає змогу стверджувати, що функціями парламентського контролю Верховної Ради України, її органів, посадових осіб, народних депутатів України та створених парламентом спеціалізованих контролюючих органів є основні напрями впливу контрольної діяльності на державні та суспільні процеси. З огляду на специфіку безпосереднього парламентського бюджетного контролю, можна стверджувати, що його функціями є основні напрями впливу Верховної Ради України, її органів, посадових осіб, народних депутатів України на бюджетний процес.

Основною метою контролю є забезпечення злагодженої, чіткої роботи органів державної влади, добросовісне та якісне виконання посадовими особами і державними службовцями своїх обов'язків [8]. До основних функцій контрольної діяльності належать: функція коригування, соціальної превенції, правоохоронна [20], інформаційна, оціночна, регулятивна, превентивна, комунікативна, сигнальна, виховна [21], відновлююча, констатуюча, встановлююча, спрямовуюча [22].

Керуючись завданнями та функціями парламенту і враховуючи визначення парламентського бюджетного контролю, до основних функцій безпосереднього парламентського бюджетного контролю слід віднести управлінську, інформаційну та функцію коригування.

Здійснюючи управлінську функцію, парламент не замінює органи ви-

конавчої влади. Він лише здійснює загальне спостереження за належним виконанням завдань, які покладені на державні органи. З огляду на цю позицію, можна зазначити, що безпосередній парламентський бюджетний контроль доповнює вже існуючі засоби контролю (фінансовий контроль Рахункової палати, Міністерства фінансів, Державної податкової служби тощо). Він має узагальнюючий характер, оскільки його об'єктом є важливі питання державного управління (зокрема бюджетний процес на всіх його стадіях). Також він має форму підсумкового етапу бюджетного процесу (це стосується контролю за щорічним звітуванням уряду про виконання Державного бюджету).

Інформаційна функція безпосереднього парламентського бюджетного контролю дозволяє отримати всю необхідну, повну та достовірну інформацію про всі стадії бюджетного процесу (особливо про стадію його виконання). Саме через цю функцію реалізується принцип гласності щодо діяльності уряду.

Функція коригування безпосереднього парламентського бюджетного контролю полягає у вивченні в процесі контролю діяльності уряду та інших суб'єктів щодо виконання Державного бюджету на предмет законності, доцільності та ефективності. Це повною мірою збігається з основною метою фінансового контролю.

Зазначене свідчить про необхідність визначення у чинному законодавстві України поняття парламентського бюджетного контролю і його функцій, що сприятиме дотриманню законності у бюджетному процесі.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Юридична енциклопедія* : в 6 т. / Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. — К., 1998. — Т. 1. — 293 с.
2. *Шаповал В. М.* Контроль парламентський // *Юридична енциклопедія*. — К., 2001. — Т. 3. — С. 323.



3. *Залюбовська І. К.* Парламентський контроль за діяльністю органів виконавчої влади як засіб забезпечення законності у сфері державного управління : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. — Одеса, 2002. — С. 171.
4. *Утяшев М. М., Корнилова А. А.* Контрольные функции региональных парламентов : сравнительный анализ // Право и политика. — 2001. — № 1. — С. 30.
5. *Ківалов С., Орзіх М.* Парламентський контроль в умовах державно-правової реформи в Україні // Юридичний вісник. — 1999. — № 4. — С. 68.
6. *Журавський В. С.* Теоретичні та організаційно-правові проблеми становлення і розвитку українського парламентаризму : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 / Одеська юрид. акад. — Одеса, 2001. — С. 24.
7. *Коврякова Е. В.* Парламентский контроль в зарубежных странах : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. — Москва, 2002. — С. 17.
8. *Андрійко О. Ф.* Організаційно-правові проблеми державного контролю у сфері виконавчої влади : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.07 / НАН України ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 1999. — С. 15.
9. *Речицкий В. В.* Свобода и государство. — Харьков, 1998. — С. 110; *Зеленцов А. Б.* Контроль за деятельностью исполнительной власти в зарубежных странах. — М., 2002. — С. 8–64.
10. *Барабаш Ю. Г.* Парламентський контроль в Україні : моногр. — 2004. — С. 14–15.
11. *Финансовое право* : підруч. / Е. О. Алісов, Л. К. Воронова, С. Т. Кадькаленко та ін. — Х., 1998. — С. 81–82.
12. *Финансовое право* : учеб. / О. Н. Горбунова, Е. Ю. Грачева и др. ; отв. ред. Е. Ю. Грачева, Г. П. Толстопятенко. — М., 2004. — С. 37–38.
13. *Савченко Л. А.* Поняття фінансового контролю, його функції та об'єкти / Актуальні проблеми держави і права. — 2001. — Вип. 12. — С. 274–281.
14. *Крохина Ю. А.* Финансовое право России : учеб. для вузов. — М., 2004. — С. 123.
15. *Эриашвили Н. Д.* Финансовое право : учеб. для вузов. — М., 2000 // <http://yuridlit.narod.ru>
16. *Бюджетная система России* : учеб. для вузов / под ред. Г. Б. Поляка. — М., 1999. — С. 266.
17. *Гетманець О. П.* Бюджетний контроль як різновид державного фінансового контролю // Право і безпека. — 2005. — № 4. — С. 57.
18. *Конституційне право України* : підруч. / за ред. В. Я. Тація, В. Ф. Погорілка, Ю. М. Тодики. — К., 1999. — С. 185.
19. *Висновок Конституційного Суду України від 14 березня 2001 р. № 1-в/2001* (справа про внесення змін до статей 84, 85 та інших Конституції України // Офіційний вісник України. — 2001. — № 12. — Ст. 39.
20. *Горшенев В. М., Шахов И. Б.* Контроль как правовая форма деятельности. — М., 1987. — С. 32–35.
21. *Тодика Ю. М., Серьогін В. О.* Парламентський контроль як одна із форм реалізації принципу гласності щодо діяльності Кабінету Міністрів України // Проблеми законності : Респ. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. — Х., 1999. — Вип. 40. — С. 26–32.
22. *Сушинський О. І.* Контроль у сфері публічної влади : теоретико-методологічні та організаційно-правові аспекти. — Л., 2002. — С. 28.

*Рекомендовано до друку кафедрою правових основ підприємницької діяльності навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ.*

#### **Стародубова О. А. Поняття та функції парламентського бюджетного контролю**

**Анотація.** Статтю присвячено з'ясуванню порядку функціонування механізму контролю за Державним бюджетом України з боку парламенту та розробки моделі належної реалізації такого механізму.

**Ключові слова:** бюджетний контроль, функції фінансового контролю, функції парламентського контролю, бюджетний процес, парламентський контроль.

#### **Стародубова О. А. Понятие и функции парламентского бюджетного контроля**

**Аннотация.** Статья посвящена установлению порядка функционирования механизма контроля за Государственным бюджетом Украины со стороны парламента и разработки модели надлежащей реализации такого механизма.

**Ключевые слова:** бюджетный контроль, функции финансового контроля, функции парламентского контроля, бюджетный процесс, парламентский контроль.

#### **Starodubova O. A. Concept and functions of parliamentary budgetary control**

**Annotation.** Determination of order of functioning of mechanism of control after the State budget of Ukraine from the side of parliament and development of model of the proper realization of such mechanism.

**Key words:** budgetary control, functions of financial control, functions of parliamentary control, budgetary process, parliamentary control.

# ДЕЯКІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ ДЕРЖАВНОЇ МОВИ У СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ



**О. ЯЛОВА**

*викладач кафедри гуманітарних дисциплін  
юридичного факультету  
(Київський національний університет  
внутрішніх справ)*

Згідно зі ст. 10 Конституції України державною мовою в Україні є українська, і держава забезпечує її всебічний розвиток і функціонування в усіх сферах суспільного життя на всій території України та гарантує вільний розвиток, використання і захист російської, інших мов національних меншин України [1].

Судова влада, як одна зі складових державної влади в Україні, посідає важливе місце у суспільному житті країни. Тому й судочинство, яке нею здійснюється, і є державною функцією, має проводитися державною мовою і наша держава зобов'язана Конституцією забезпечувати такий процес.

Правові засади організації судової влади та здійснення правосуддя визначаються Законом України «Про судоустрій України» від 7 лютого 2002 р. На підставі ч. 2 ст. 1 цього Закону судова влада реалізується шляхом здійснення правосуддя у формі цивільного, господарського, адміністративного, кримінального, а також конституційного судочинства. Згідно зі ст. 10 цього Закону судочинство в Україні провадиться державною мовою, застосування інших мов у судочинстві здійснюється у випадках і в

порядку, визначених Законом. Особи, які не володіють або недостатньо володіють державною мовою, мають право користуватися рідною мовою та послугами перекладача у судовому процесі. У випадках, передбачених процесуальним законом, це право забезпечується державою [2].

Положення цієї норми практично повністю відтворюється положенням ст. 7 Цивільного процесуального кодексу України (далі — ЦПК України) [3] та положенням ст. 15 Кодексу адміністративного судочинства України (далі — КАС України) [4].

Деяку іншу редакцію (враховуючи всі вимоги ст. 10 Конституції України) має ст. 56 Закону України «Про Конституційний Суд України». Нею встановлено, що у Конституційному Суді України провадження ведеться, рішення, ухвали приймаються, висновки даються та оприлюднюються державною мовою. Учасники конституційного провадження, які не володіють державною мовою, мають право користуватися послугами перекладача. Про свої наміри користуватися послугами перекладача учасники конституційного провадження своєчасно повідомляють Конституційний Суд України [5].

У нормах Закону України «Про судоустрій України», ЦПК України, КАС України, Закону України «Про Конституційний Суд України», які визначають мову судочинства, законодавець застосовує положення «не володіють або недостатньо володіють державною мовою» (це стосується осіб, які беруть участь у справі). Проте жоден із цих чи інших законодавчих актів не визначає поняття «володіння державною мовою» чи «не володіння державною мовою», або ж «недостатнє володіння державною мовою». Не розкриваються ці поняття в юридично-словниковій чи юридично-енциклопедичній літературі та в юридичних коментарях. Але ж очевидно, що для практичного застосування положень законів про мову судочинства є надзвичайно важливим визначення критеріїв володіння особами державною мовою, встановлення суб'єкта чи суб'єктів визначення рівня володіння державною мовою тією чи іншою особою, передбачення відповідальності таких суб'єкта чи суб'єктів за неналежне визначення рівня володіння державною мовою тією чи іншою особою.

Вважаю, що відповідним органам державної влади України бажано було б уважно розглянути пропозиції В. Маляренка — Голови Верховного Суду України 2002–2006 рр., доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента НАПрН України, висловлені на сторінках газети «Голос України» у статті «Про державну мову та перекладача у кримінальному процесі». Він зазначає, що оскільки в Конституції є поняття «державна мова», а від володіння чи не володіння нею настають відповідні правові наслідки, це вимагає чіткого визначення на нормативному рівні. Для цього Верховна Рада України зобов'язана створити

державну комісію, яка склала б відповідний словник державної мови, на зразок словника В. Даля, з визначенням змісту кожного слова, і затвердила б цей словник. На такому ж рівні необхідно закріпити правила вживання державної мови [6].

Стаття 3 Господарського процесуального кодексу України (далі — ГПК України) встановлює, що мова господарського судочинства визначається ст. 21 Закону України «Про мови в Українській РСР» [7]. Згідно з останньою статтею арбітражне провадження у справах за участю сторін, які знаходяться на території Української РСР, здійснюється українською мовою. Арбітражне провадження у справах, в яких бере участь сторона, що знаходиться на території іншої союзної республіки, здійснюється російською мовою.

Матеріали справи, оформлені українською мовою, в Державний арбітраж СРСР або державний арбітраж іншої союзної республіки надсилаються у перекладі російською мовою (необхідно зауважити, що до цієї статті не були внесені зміни у зв'язку з прийняттям Конституції України 1996 р.) [8].

Отже, відповідно до Конституції України і згідно із Законом України «Про судоустрій України» цивільне, господарське, адміністративне судочинство, і згідно із Законом України «Про Конституційний Суд України» конституційне судочинство однозначно мають провадитися чи здійснюватися державною мовою. І тут ніби не має бути жодних проблем та відхилень ні від вимог Конституції України, ні від відповідних законів України.

Проте вони є, як засвідчує практика здійснення судочинства в Україні. Яскраве свідчення цього — розгляд у Конституційному Суді України справи за конституційним поданням 52 на-

родних депутатів України та за конституційним поданням Верховної Ради АР Крим щодо відповідності Конституції України (конституційності) ст. 15 КАС України, ст. 7 ЦПК України (справа про мову судочинства) та Рішення Конституційного Суду України у цій справі від 22 квітня 2008 р. № 8-рп/2008 [9].

Автори першого конституційного подання — 52 народних депутати України — вважають, що Верховна Рада України, прийнявши ст. 15 КАС України і ст. 7 ЦПК України та закріпивши здійснення судочинства державною мовою, порушила положення 10, 22 Конституції України, що призвело до зміни мовного режиму діяльності суддів України та звуження існуючого змісту й обсягу прав і свобод людини та громадянина.

Автори другого конституційного подання — Верховна Рада АР Крим — вважають, що цим порушено ще й статті 3, 21, 24, 64 Конституції України.

Вирішуючи питання щодо конституційності оспорюваних положень цих кодексів, Конституційний Суд України ґрунтується на правовій позиції, викладеній ним у п. 3 мотивувальної частини Рішення від 14 грудня 1999 р. № 10-рп/99 (справа про застосування української мови), за якою під державною (офіційною) мовою розуміється мова, якій державою надано правовий статус обов'язкового засобу спілкування у публічних сферах суспільного життя. До такої сфери належить діяльність органів судової влади.

Відповідно до ст. 124 Конституції України Конституційний Суд України та суди загальної юрисдикції здійснюють правосуддя, яке стосується конституційного, адміністративного, господарського, кримінального та цивільного судочинства. Ці види судочинства є

процесуальними формами правосуддя та охоплюють порядок звернення до суду, процедуру розгляду судом справи та ухвалення судового рішення.

Суди реалізують державну мову у процесі судочинства та гарантують право громадян щодо використання ними в судовому процесі рідної мови або мови, якою вони володіють, відповідно до Конституції та законів України.

Таким чином, Основним Законом України закладено конституційні основи для використання української мови як мови судочинства та одночасно гарантовано рівність громадян у судовому процесі за мовною ознакою.

Конституційний Суд України, підкресливши, що відповідно до кодексів адміністративного та цивільного судочинства судочинство здійснюється державною мовою і цією мовою також складаються судові документи, зазначив, що це жодним чином не обмежує права громадян, які не володіють або недостатньо володіють державною мовою, оскільки ч. 3 ст. 10 Конституції України гарантує їм право користуватися у судовому процесі російською та іншими мовами національних меншин України. Крім того, Конституція України не допускає надання переваг громадянам за мовною ознакою. Гарантування в адміністративному та цивільному судочинстві використання російської та інших мов національних меншин України цілком узгоджується з Європейською хартією регіональних мов або мов меншин, ратифікованою Законом України від 15 травня 2003 р. № 802–IV.

Що стосується адміністративного та цивільного судочинства в АР Крим, то воно здійснюється судами, які належать до єдиної системи судів України.

Конституційний Суд України вирішив визнати такими, що відповідають Конституції України (є конституцій-

ними), положення ст. 15 КАС України та ст. 7 ЦПК України [9].

Та не все так однозначно з використанням мов у кримінальному судочинстві. Стаття 19 Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК України) встановлює, що судочинство провадиться українською мовою або мовою більшості населення даної місцевості. Особам, що беруть участь у справі й не володіють мовою, якою провадиться судочинство, забезпечується право робити заяви, давати показання, заявляти клопотання, знайомитися з усіма матеріалами справи, виступати в суді рідною мовою і користуватися послугами перекладача в порядку, встановленому цим Кодексом. Слідчі та судові документи, відповідно до встановленого цим Кодексом порядку, надаються обвинуваченому в перекладі на його рідну мову або іншу мову, якою він володіє (у редакції Указу Президії Верховної Ради Української РСР від 16 квітня 1984 р. № 6834–X) [10].

Проблеми використання державної мови у кримінальному процесі докладно порушує В. Маляренко у згаданій статті. Автор підкреслює, що вже 10 років діє Конституція України (на день опублікування статті. — *О. Я.*), яка не передбачає можливості здійснювати судочинство мовою більшості населення даної місцевості. Але у КПК України ця норма існує і багатьма слідчими, прокурорами та суддями застосовується. За 10 років Верховна Рада України прийняла майже 50 законів, якими внесено зміни до абсолютної більшості статей КПК України. Але ст. 19, як і в радянські часи, залишається незмінною. І Конституційний Суд не поспішає визнати зазначену норму неконституційною. І новий КПК ніхто не поспішає приймати. Автор далі зауважує, що у ст. 361

Митного кодексу України, прийнятого 2002 р., тобто через шість років після прийняття Конституції, слово в слово використана формула, передбачена ст. 19 КПК України, тобто провадження у справі про порушення митних правил здійснюється українською мовою або мовою більшості населення даної місцевості. У статті 3 ГПК України, який приводився у відповідність до Конституції України у 2001 р., міститься посилання на ст. 21 Закону України «Про мови в Українській РСР». Між тим у цій статті питання мови судочинства вирішується все ще з позиції існування Радянського Союзу.

Перелік прикладів аналогічного, антиконституційного підходу при вирішенні питання про мову судочинства, на нашу думку, можна продовжити. Це свідчить про те, що жорстка, прямолінійна конституційна декларація — це одне, а практична реалізація — зовсім інше. Вона вимагає великих витрат державного бюджету, але головне — вона може спричинити серйозні соціальні й політичні проблеми в державі [6].

Отже, якщо є законодавчі норми регулювання мови адміністративного та цивільного судочинства, що базуються на положеннях Конституції України, є відповідне рішення Конституційного Суду України, яке згідно з положенням ст. 69 Закону України «Про Конституційний Суд України» є обов'язковим до виконання, то чи можна вважати проблеми застосування державних мов, принаймні в адміністративному та цивільному судочинстві України, вичерпаними?

Зважаючи на практику реалізації в Україні положень Конституції, виконання законів України та рішень Конституційного Суду України, відповідь не може бути ствердною. Це впливає

і з реакції українських політиків на зазначене Рішення Конституційного Суду України. Так, народний депутат України В. Бондик заявив газеті «Сьогодні», що багато суддів на південному сході України здійснюють судочинство російською мовою. І їм після Рішення Конституційного Суду України не обов'язково переходити на українську мову. За клопотанням сторін процес може здійснюватися російською мовою. Такої ж думки дотримується і голова Колегії адвокатів АР Крим В. Зубарєв.

Опитування, проведене інтернет-газетою «Сейчас», засвідчує, що процес у судах загальної юрисдикції АР Крим також часто здійснюється російською мовою [12].

«Рішення Конституційного Суду України є русофобська політика, що диктується Секретаріатом Президента» — переконаний один з авторів конституційного подання, перший секретар Кримського республіканського комітету Компартії України, народний депутат України Л. Грач [13].

Принагідно зауважимо, що Рішення Конституційного Суду України було прийнято суддями одноголосно і це є свідченням того, як стверджує суддя-доповідач у справі В. Кампо, що воно ґрунтується виключно на нормах права [12].

Однак, крім наявності відповідних конституційних і законодавчих норм, рішень Конституційного Суду України, якщо вони навіть і виключно базуються на нормах права, для їх реалізації необхідна відповідальність і воля всіх органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових

осіб, а також контроль з боку відповідних конституційних органів держави. Першим і найголовнішим таким органом, на нашу думку, має бути Президент України як глава держави і гарант додержання Конституції України, прав і свобод людини та громадянина на підставі ст. 102 Конституції України. Другим і головним органом має бути також Президент України як голова Ради національної безпеки і оборони України, оскільки питання виконання Конституції України стосовно застосування, використання і розвитку державної мови, і загалом питання мовної політики в державі не можуть не бути предметом її національної безпеки.

Свою роль за певних обставин у забезпеченні відповідальності судів за використання державної мови у судочинстві України та здійсненні контролю за цим процесом мали б відігравати, на нашу думку, Верховний Суд України та Генеральна прокуратура України. На жаль, сьогодні, на наше переконання, їх роль у цих процесах не помітна. Принаймні про це свідчить аналіз таких поважних друкованих видань, якими є загальнодержавне фахове юридичне видання «Вісник прокуратури» [14] та офіційне науково-практичне видання «Вісник Верховного Суду України» [15]. На їх сторінках, упродовж, наприклад, 2006–2007 рр. жодного разу не порушувалися питання мови судочинства в судах України, загальнотеоретичні, практичні проблеми використання мов учасниками судових процесів, хоча підстав для цього було більш ніж достатньо.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Конституція України. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. Із змінами, внесеними Законом від 8 грудня 2004 р. № 2222–IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 2. — Ст. 44.
2. Про судову мову України: Закон України від 7 лютого 2002 р. № 3018–III // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 27–28. — Ст. 180.

3. *Цивільний* процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618–IV // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 40–42. — Ст. 492.
4. *Кодекс* адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. № 2747–IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 35–37. — Ст. 446.
5. *Про Конституційний Суд України* : Закон України від 16 жовтня 1996 р. № 422/96–ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 49. — Ст. 272.
6. *Маляренко В.* Про державну мову та перекладача у кримінальному процесі // *Голос України*. — 2006. — 21 верес.
7. *Господарський* процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. № 1798–ХІІ // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 6. — Ст. 56.
8. *Про мови в Українській РСР* : Закон України від 28 жовтня 1989 р. № 8312–ХІ // Відомості Верховної Ради України. — 1989. — № 45. — Ст. 630.
9. *Рішення Конституційного Суду України* від 22 квітня 2008 р. № 8-рп/2008 // Поточний архів Конституційного Суду України.
10. *Кримінально-процесуальний* кодекс України від 28 грудня 1960 р.
11. *Галенко А., Студенникова Г., Львовски М.* В судах запрещают русский, но он останется // *Сегодня*. — 2008. — 25 квіт.
12. *Присяжнюк А.* Почем «мова» для фемиды, или как КСУ «прикусил русский язык» // *Сейчас*. — 2008. — 24 квіт.
13. *Конституционный Суд* прошелся по персоналиям // *Коммерсант*. — 2008. — 25 квіт.
14. *Вісник* прокуратури. — 2006–2007 рр.
15. *Вісник* Верховного Суду України. — 2006–2007 рр.

*Рекомендовано до друку кафедрою гуманітарних дисциплін юридичного факультету Київського національного університету внутрішніх справ.*

#### **Ялова О. В. Деякі аспекти застосування державної мови у судочинстві України**

**Анотація.** У статті аналізується стан чинного законодавства України з питань застосування державної мови у судочинстві. Наголошується на окремих аспектах її використання при здійсненні правосуддя, а також невизначеності ряду словосполучень, вжитих у законах України, пов'язаних з оцінкою знання мови громадянами.

**Ключові слова:** мова судочинства, мова більшості населення, володіння державною мовою, використання мов, Конституційний Суд України.

#### **Яловая О. В. Некоторые аспекты применения государственного языка в судопроизводстве Украины**

**Аннотация.** В статье анализируется состояние действующего законодательства Украины по вопросам применения государственного языка в судопроизводстве. Акцентируется внимание на отдельных аспектах его использования при осуществлении правосудия, а также неопределенности ряда словосочетаний, употребляемых в законах Украины, связанных с оценкой знания языка гражданами.

**Ключевые слова:** язык судопроизводства, язык большинства населения, владение государственным языком, использование языков, Конституционный Суд Украины.

#### **Yalova O. V. Some aspects of the application of the official language in the legal proceedings of Ukraine**

**Annotation.** The article contains an analysis of Ukraine's current legislation on issues concerning the application of the official language in the legal proceedings. The main attention is paid both to some aspects of its application in administering justice and vagueness of a number of phrases used in laws of Ukraine related to the assessment of the command of the language by the citizens.

**Key words:** the language of the legal proceedings, the language of the majority of population, the command of the language, the application of the language, the Constitutional Court of Ukraine.

## ЗАПОЧАТКУВАННЯ РИМСЬКИМ ПРАВОМ ПРИНЦИПІВ ПРАВА У КРАЇНАХ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СІМ'Ї



**Ю. ЗАДОРЖНИЙ**  
*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри теорії та історії держави  
і права  
(Національний авіаційний університет)*

**В**досконалення правової системи України та приведення її у відповідність до міжнародних стандартів актуалізує проблему необхідності трансформації вітчизняного права в напрямі відтворення традицій романо-германської правової сім'ї. За своєю правовою природою романо-германська правова сім'я настільки потужна, що за довгі роки свого існування вона не лише не втратила своєї могутності та актуальності на правовій карті світу, а й здійснила серйозний поштовх для розвитку правових систем латиноамериканських, скандинавських та інших держав.

Важливим базовим підґрунтям, що забезпечив успішне функціонування романо-германської правової системи, є її принципи. Зауважу, що різні загальнотеоретичні аспекти поняття та розуміння принципів у формуванні системи права романо-германської правової сім'ї та України досліджували у своїх наукових працях представники як вітчизняної, так і зарубіжної

правової науки: С. Алексєєв, Р. Давид, А. Колодій, В. Копейчиков, М. Кравук, Н. Оніщенко, Ю. Тихомиров та ін. Разом з тим вчені-теоретики зосередили увагу на змістовному наповненні та розумінні сучасних принципів права, а проблема витоків та формування принципів права континентальної правової сім'ї залишилася поза їхньою увагою.

Отже, мета цієї статті полягає в дослідженні генези розвитку та утвердження принципів романо-германської правової сім'ї, що дасть змогу глибше зрозуміти діалектику розвитку права, шляхи його удосконалення, дасть можливість усвідомити значущість стійкості у збереженні правових елементів, укорінених у правовій системі України.

Роль принципів права є беззаперечною у контексті створення теоретично-практичного підґрунтя виникнення, організації та функціонування низки правових явищ, що істотно впливають на систему права загалом. На формування принципів системи



права країн романо-германської правової сім'ї суттєво вплинуло римське право. Одночасно з практичним використанням римських норм та інститутів у право континентальної Європи впроваджуються і відповідні принципи права римської юриспруденції: взаємне визнання суб'єктів цивільного обороту, виключний контроль особи за власним майном та інші.

Формування загальних принципів безпосередньо пов'язане з дослідженням римських джерел права, переважно Кодифікації Юстиніана, за допомогою нових методів, зокрема схоластики і діалектики. У період XI–XIII ст. глосатори на основі римських першоджерел намагалися «...дать логическую разработку такой системы общих юридических принципов, категорий и понятий, из которой можно дедуктивным способом вывести более частные правовые положения, нормы и понятия» [1, 445].

Прикладом розробки принципу шляхом узагальнення римських норм є створене середньовічними юристами XII ст. загальне поняття «виправдання обмеженого застосування сили», основою якого є положення Аквілієвого закону, що давали право особі застосувати фізичну силу для захисту власного майна від протиправних посягань, а також правило: «До сили можна вдатися для протистояння силі». На основі узагальнення положень окремих норм, які в римському праві застосовувалися до чітко визначених конкретних випадків, було створено загальний принцип, положення якого «застосовувалися не лише до цивільного та кримінального права, а й до політичних та богословських питань» [2, 144].

Необхідність розробки принципів у період Середньовіччя пов'язана, на нашу думку, з необхідністю врегулюван-

ня стосунків та забезпечення співіснування різних систем права та органів, що їм підпорядковувалися. У Західній Європі тоді співіснували: право світське і канонічне, право міст і феодалне, право звичаєве і писане (римське право). На основі принципів здійснювалося розмежування сфер впливу між різним правом та визначалася їх юрисдикція. За допомогою загальних принципів стало можливим, на думку Г. Бермана, здійснити перевірку правової норми і довести її справедливості шляхом демонстрації її органічної єдності з поняттями системи в цілому [2, 133].

На думку представників французької школи, головне завдання юриспруденції полягає не лише в детальному дослідженні римських текстів, але й, насамперед, у виокремленні з них загальних принципів, під які можна було б підвести конкретні життєві ситуації, що потребують правового вирішення [3, 53].

За доби Нового Часу в країнах романо-германської правової сім'ї розвиваються природноправові ідеї, які ґрунтуються на принципах римського права. Багато римських правових принципів та форм стали сприйматися як універсальні та спільні для всіх народів (*ius gentium*), котрі створені самою природою (*ius naturale*) [4, 3]. Наприклад, у французькому Цивільному кодексі 1804 р. закріплені такі принципи римського права: закон зворотної дії не має, під дію закону повинні підпадати всі [5, 230]. Разом з тим загальна частина німецького Цивільного кодексу 1900 р. містить «набір общих правовых принципов, которые в пандектном праве считалось возможным изложить путем их извлечения и приведения к общему знаменателю из казуистических положений права Юстиниана» [6, 317].

Водночас за радянської доби принципи права фактично залишалися поза межами правових досліджень. Учені не заперечували їх існування, проте зміст, сутність, види та форми юридичної реалізації принципів не стали предметом теоретичних напрацювань. Лише починаючи з другої половини ХХ ст. принципи права поступово почали досліджуватися в юридичній літературі [7].

За період незалежності України науковий доробок вітчизняних учених у контексті дослідження принципів права збагатився новими ідеями та теоріями, які сформувалися як під впливом сучасного розвитку права, так і в результаті переосмислення тих теоретичних здобутків, які викристалізувалися впродовж багатьох століть. Принципи формують правове мислення та правову культуру в суспільстві, а отже, спрямовують розвиток правових відносин у певних векторах. Якісні характеристики останніх залежать від рівня розвитку самого суспільства та його здатності не лише генерувати, а й сприймати нові правові ідеї та положення.

Так, основними принципами права, на переконання А. Колодія, є: верховенство права та верховенство закону; забезпечення внутрішньої збалансованості правової системи та її інтеграція і диференціація на відповідні елементи; узгодженість елементів у системі та структурі права; юридична рівність перед законом і судом; свобода дій у рамках закону, передбачення законом можливості творчої самодіяльності суб'єктів права; відповідність між скоєним правопорушенням і юридичною відповідальністю; неприпустимість повторного покарання за одне і те саме правопорушення [8, 28–40].

У загальнотеоретичній правовій науці принцип верховенства права є

фундаментальним. Змістове його навантаження виражається не лише інституціональною об'єктивізацією права, але й як форма рівного і справедливого виміру свободи, що відображається у принципах правосвідомості, які забезпечують самоврегулювання суспільних відносин. Змістовно близьким до сучасного розуміння принципу верховенства права є твердження давньоримського юриста Ульпіана про право як мистецтво добра та справедливості, призначене для забезпечення правосуддя, що відрізняє дозволене від недозволеного, справедливе від несправедливого [9, 83].

Наступним важливим принципом романо-германської правової сім'ї є верховенство закону. Як слушно зауважує Ю. Тихомиров, це — стабільний принцип континентальної правової сім'ї [10, 119]. Він означає, що «закон має вищу юридичну силу стосовно всіх інших нормативно-правових актів», де останні «мають відповідати законові як першоджерелу, не можуть йому суперечити» [11, 30]. Ще в римському праві утвердилася повага до закону як до найважливішого регулятора суспільних відносин, що підтверджується такою сентенцією: «суворий закон, але це закон».

Беззаперечна значущість та важливість закону пояснюється виключною його роллю у процесі формування та розвитку романо-германської правової сім'ї. Дійсно, як в Україні, так і в інших державах цієї правової сім'ї за Конституцією визнається найвищий юридичний авторитет. Відомо, що не звичай, не судовий прецедент і не будь-яке інше джерело права, окрім самого закону, є тим стрижнем, навколо якого виокремлюється і функціонує континентальна система права.

Закон, на переконання Р. Давида, на сьогодні є найважливішим джерелом

права в країнах романо-германської правової сім'ї [12, 104]. Зауважимо, що таке твердження є правильним за умови визначення провідного джерела права цієї правової сім'ї швидше на сучасному етапі її розвитку, ніж у період її становлення та подальшого формування.

Принцип узгодженості елементів у системі та структурі права є одним із найхарактерніших для системи права країн романо-германської правової сім'ї. Юристи країн Західної Європи, починаючи з XI–XII ст., опрацювали римське право в університетах за допомогою нових наукових методів і досягли при цьому високого рівня узагальнення та абстракції правових норм і принципів, що забезпечило можливість формування права та розміщення його елементів за чіткою системою та структурою.

Принцип юридичної рівності перед законом і судом відіграв важливу роль у римському праві. Особливістю його реалізації було поширення дії принципу тільки на римських громадян, що забезпечувало їх високий соціально-правовий статус. Становлення відповідного принципу в країнах Західної Європи відбувається в епоху Нового Часу і пов'язане з утвердженням буржуазного ладу в XVIII–XIX ст.

Свобода дій у рамках закону та передбачення ним творчої самобутності суб'єктів права забезпечувались у Римській державі переважно на основі принципів приватного права, що гарантувало її громадянам як можливість вільного розпорядження майном, так і свободу комерційної діяльності під захистом закону. Відповідний принцип у країнах Західної Європи утверджується одночасно з розвитком буржуазних відносин і виражається через правове положення «дозволено все, що прямо не заборонено законом».

Принцип справедливості правосуддя відіграв важливу роль у римському праві. Так, юрист Ульпіан зауважував, що правосуддя — це незмінна і постійна воля надавати кожному його права [9, 87].

Принцип неприпустимості повторного покарання за одне і те саме правопорушення запозичений у романо-германську правову сім'ю з римського права, де був добре відомий, що підтверджує сентенція: *nemo debet bis puniri pro uno delicto* («ніхто не може бути покараний двічі за одне і те саме правопорушення») [13, 26].

На важливість римських принципів для системи права країн романо-германської правової сім'ї вказує Г. Гаррідо, який стверджує, що «принципи по-прежньому сохранияются в гражданских кодексах и действуют и в юриспруденции и в доктрине» [14, 130]. На нашу думку, в перспективі роль принципів, запозичених або створених на основі римського права, зростатиме у зв'язку з формуванням та розвитком загальноєвропейського права.

З огляду на зазначене, можна дійти таких висновків:

- принципи римського права, наповнені органічною раціональністю та справедливістю безвідносно їх належності до тієї чи іншої системи права, були запозичені європейськими країнами та послужили базою для розробки нових фундаментальних принципів, які стали ключовим елементом системи права країн романо-германської правової сім'ї;
- сутнісна роль та значення принципів як відправних ідей існування права, що розкривають найважливіші закономірності та підвалини системи права у зв'язку з формуванням і розвитком загальноєвропейського права, зростатимуть, оскільки вони

є спільними для всіх держав романо-германської правової сім'ї, тому що у своїй основі запозичені з єдиного джерела — римського права.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Нерсесянц В. С.* Философия права : учеб. для вузов. — М., 2003. — 652 с.
2. *Берман Г. Дж.* Право і революція. Формування західної традиції права. — К., 2001. — 652 с.
3. *Иоффе О. С.* Избранные труды по гражданскому праву : из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории хозяйственного права. — М., 2003. — 782 с.
4. *Дождев Д. В.* Римское частное право : учеб. для вузов / под общ. ред. акад. РАН, д-ра юрид. наук, проф. В. С. Нерсесянца. — М., 2004. — 784 с.
5. *Козарев А. И.* Римское частное право : учеб. для вузов. — М., 1998. — 254 с.
6. *Аннерс Э.* История европейского права. — М., 1999. — 395 с.
7. *Александров Н. Г.* Социалистические принципы советского права // Советское государство и право. — 1957. — № 11. — С. 17–18; *Гурвич Г. С.* Некоторые вопросы советского государственного права // Советское государство и право. — 1957. — № 12. — С. 111.
8. *Колодій А. М.* Принципи права України : моногр. — К., 1998. — 208 с.
9. *Дигесты Юстиниана* / пер. с лат. ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. — 2-е изд., испр. — М., 2008. — Т. I. — 584 с.
10. *Тихомиров Ю. А.* Курс сравнительного правоведения. — М., 1996. — 432 с.
11. *Законодавча діяльність : словник термінів і понять / за ред. акад. НАН України В. М. Литвина.* — К., 2004. — 344 с.
12. *Давид Рене.* Основные правовые системы современности / пер. с фр. и вступ. ст. В. А. Туманова. — М., 1988. — 496 с.
13. *Підпригора О. А.* Римське приватне право : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. — К., 2001. — 440 с.
14. *Гарсиа Гарридо М. Х.* Римское частное право : казусы, иски, институты / пер. с испан. ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. — М., 2005. — 812 с.

#### **Задорожний Ю. А. Започаткування римським правом принципів права у країнах романо-германської правової сім'ї**

**Анотація.** У статті досліджується вплив римського права на формування принципів права в країнах романо-германської правової сім'ї, що, на думку автора, дозволить глибше зрозуміти діалектику розвитку права, шляхи його удосконалення та визначить орієнтири для розробки нових законодавчих актів в Україні.

**Ключові слова:** принципи права, романо-германська правова сім'я, римське право, діалектика розвитку права, правові елементи.

#### **Задорожний Ю. А. Основание римским правом принципов права в странах романо-германской правовой семьи**

**Аннотация.** В статье исследуется влияние римского права на формирование принципов права в странах романо-германской правовой семьи, что, по мнению автора, позволит глубже понять диалектику развития права, пути его усовершенствования и определит ориентиры для разработки новых законодательных актов в Украине.

**Ключевые слова:** принципы права, романо-германская правовая семья, римское право, диалектика развития права, правовые элементы.

#### **Zadorozhnyi Yu. A. Found of Roman law of the principles law in countries of Romano-Germanic law family**

**Annotation.** In the article is explored the influence of Roman law on forming of the right principles in countries of Romano-Germanic law family, that, in opinion of the author, will allow deeper to understand dialectics of right development and will define some frames for development of new legislative acts in Ukraine.

**Key words:** principles of right, Romano-Germanic law family, Roman Law, dialectics of right development, legal elements.

## ПЕРШЕ ЗАСІДАННЯ РОБОЧОЇ ГРУПИ З ПИТАНЬ СУДОВОЇ РЕФОРМИ

25 березня поточного року під головуванням Президента України В. Януковича відбулось перше засідання Робочої групи з питань судової реформи. Склад учасників цього заходу було визначено відповідним Указом Президента України від 24 березня 2010 р. № 440/2010.

Наше видання із задоволенням констатує, що фактично кожен з учасників зазначеної Робочої групи упродовж багатьох років тісно та плідно співпрацює з журналом «Право України». Результат цієї співпраці — вдосконалення чинного законодавства України та суспільно-правових відносин не лише в певній галузі права, а й у державі загалом.

У вступному слові Президент України В. Янукович констатував, що запровадження судової реформи фак-



тично зупинилося. Як наслідок, судовою владою незадоволене не лише суспільство, а й наші партнери у світі, які працюють в Україні. Наведена теза Глави держави певним чином кореспондується та підсумовує висновки Всеукраїнського форуму учених-пра-

вознавців щодо судоустрою загалом та судової реформи в Україні зокрема, наведені у № 12 журналу «Право України» за 2009 р.

Дійсно, нині система судової влади в Україні, рівень правосуддя набули загрозливих руйнівних



форм, а суди фактично втратили довіру людей. Саме тому судова система потребує комплексного та невідкладного реформування відповідно до вимог міжнародних стандартів, яке має забезпечити ефективність правосуддя, доступ громадян до суду та право людини на справедливий суд.

Спроби реформування судової влади здійснювались протягом усіх років незалежності України. Однак усі процеси реформування судочинства виявилися недостатньо продуманими та непослідовними, що свідчить про відсутність науково-обґрунтованого розуміння і бачення основ розвитку правосуддя в Україні.

Увагу присутніх Президент України В. Янукович звернув на низку причин такого становища, головними з яких визначив дефіцит наполегливості у посадових осіб, які відповідали за просування цієї реформи, відсутність її об'єднаної концепції, а також політизацію процесу, до якої в останні п'ять років додалася ще й корупція.

«Я вважаю, що всі, хто присутній за цим столом, погодяться з такою точкою зору. Проблема, яку ми розгля-

даємо, торкається кожного з нас окремо і всіх разом. Ми не можемо далі так ганьбити країну і так ставитися до судової влади, — наголосив Глава держави. — Прийшов час діяти».

Наслідком ініціативи Президента щодо створення Робочої групи з питань судової реформи та результатами роботи останньої мають стати вдосконалення механізму реалізації концепції реформи судочинства в Україні, а також розробка, відпрацювання та прийняття згідно з нею відповідного закону вже до кінця цієї сесії Верховної Ради України, тобто у першому півріччі 2010 р.

На думку Президента України, під час цієї роботи мають бути враховані як світовий досвід, так і особливості сучасного стану країни, структури управління та унітарності нашої держави тощо.

Президент України побажав представникам Робочої групи творчої наснаги та доручив протягом тижня, не марнуючи часу, напрацювати необхідні матеріали, узагальнити пропозиції, необхідні для втілення в життя судової реформи.

# ІНФОРМАЦІЙНЕ ПОВІДОМЛЕННЯ ЩОДО ЗАСІДАННЯ ПРЕЗИДІЇ НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

**26** березня 2010 р. у приміщенні Київського регіонального центру відбулося чергове засідання Президії Національної академії правових наук України.

У роботі Президії взяли участь президент Академії В. Тацій, віце-президенти О. Петришин, В. Тихий, головний учений секретар О. Погрібний, члени Президії Ю. Баулін, Ю. Битяк, А. Гетьман, А. Закалюк, Н. Кузнєцова, директори науково-дослідних установ, академіки та члени-кореспонденти, які працюють у Київському регіоні.

Президент Академії В. Тацій доповів про прийняття Указу Президента України «Про Робочу групу з питань судової реформи» від 24 березня 2010 р. № 440, згідно з яким утворено Робочу групу, завданням якої є вдосконалення законодавчого регулювання питань судоустрою, судочинства і статусу суддів. Від Академії членами Робочої групи були призначені академіки: В. Тацій, О. Копиленко, Н. Кузнєцова, Д. Притика, О. Святоцький, В. Нор та члени-кореспонденти М. Козюбра і В. Маляренко. Президент Академії вніс на розгляд Президії пропозицію про залучення всіх науковців НАПрН України до розробки концепції та законопроектів щодо реформування судової влади і дав доручення членам Президії й директорам інститутів створити Робочу групу з цього питання та протягом п'яти днів внести відповідні пропозиції.

На засіданні Президії було розглянуто Указ Президента України «Про надання Академії правових наук України статусу національної» від 23 лютого 2010 р. № 233, який було прийня-

то, враховуючи провідну роль НАПрН України у забезпеченні комплексного розвитку правової науки, проведенні фундаментальних та прикладних наукових досліджень у галузі держави і права, а також враховуючи значний внесок у підготовку наукових кадрів. Рішенням Президії затверджено перелік організаційних заходів, спрямованих на його виконання.

Президент Академії В. Тацій повідомив про утворення у структурі НАПрН України Науково-дослідного інституту правового забезпечення інноваційного розвитку з розташуванням у м. Харкові. Інститут створено з метою сприяння соціально-економічному розвитку України, зростання її науково-технічного потенціалу, проведення фундаментальних та прикладних досліджень проблем правового забезпечення інноваційного розвитку, правових засобів державної підтримки інноваційної діяльності, правового забезпечення функціонування інноваційного ринку, міжнародно-правових аспектів реалізації інноваційних відносин, забезпечення становлення інноваційного суспільства, шляхом консолідації зусиль науковців України при визначенні основоположних засад правового забезпечення інноваційної діяльності від розробки самої концепції інноваційного продукту до впровадження інновацій у різних сферах людського життя. Виконуючий обов'язки директора Науково-дослідного інституту правового забезпечення інноваційного розвитку С. Прилипка доповів про заходи щодо утворення Інституту, зокрема про підбір наукових кадрів, визначення тематики

досліджень та організаційної структури, вирішення проблеми приміщень.

Голова Західного регіонального центру В. Нор та головний учений секретар О. Погрібний доповіли про організацію роботи Донецького та Західного регіональних наукових центрів НАПрН України. Зокрема, В. Нор поінформував про розроблення положення Західного наукового центру, організацію його роботи, утворення науково-координаційної ради центру та її склад. Член-кореспондент А. Бобкова за дорученням голови Донецького регіонального наукового центру В. Мамутова доповіла про організацію його роботи.

У зв'язку з обранням нових членів Академії головний учений секретар О. Погрібний вніс на розгляд питання про затвердження оновленого складу координаційних бюро відділень НАПрН України, які були затвержені.

Віце-президент Академії О. Петришин надав інформацію про підготовку другого номера наукового видання «Щорічник Українського права», в якому друкуються найкращі статті з юридичної проблематики академіків та членів-кореспондентів, інших провідних науковців. Рішенням Президії затверджено авторський склад «Щорічника Українського права» за 2009 р.

Директор Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності О. Орлюк, директор Науково-дослідного центру правової інформатики М. Швець

і директор Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Ю. Битяк доповіли про внесення змін до організаційної структури та штатного розпису.

За поданням директорів Ю. Битяка та В. Борисова затверджені на посадах завідувачі структурних підрозділів.

Також була заслухана інформація директора Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва О. Крупчана про затвердження вченого секретаря Інституту.

Президія Академії підтримала пропозицію директора Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності О. Орлюк щодо надання згоди Науково-дослідному інституту інтелектуальної власності НАПрН України виступити співзасновником Міжнародної асоціації інститутів інтелектуальної власності з розташуванням у м. Москві.

Наприкінці засідання Президії президент Академії В. Тацій урочисто вручив дипломи новообраним академікам: В. Авер'янову, О. Крупчану, В. Нору, П. Рабіновичу, О. Святоцькому, В. Щербині та членам-кореспондентам: Г. Балюк, А. Бобковій, В. Коваленку, А. Колодію, І. Кресиній, В. Лемаку, В. Носіку, В. Пилипчуку, Р. Стефанчуку.

**О. Погрібний**  
*головний учений секретар  
НАПрН України*



## ЗАСІДАННЯ НАУКОВОЇ РАДИ З КООРДИНАЦІЇ ФУНДАМЕНТАЛЬНИХ ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ НАН УКРАЇНИ

2 березня 2010 р. у залі засідань вченої ради Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України відбулося засідання Наукової ради з координації фундаментальних правових досліджень НАН України.

На засіданні Наукової ради були розглянуті питання про стан та заходи щодо удосконалення координації фундаментальних правових досліджень в Україні, а також організаційні питання. В її роботі взяли участь голови секцій Наукової ради, її члени, співробітники Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, інших державних органів та наукових установ.

З доповіддю щодо результатів діяльності Наукової ради з координації фундаментальних правових досліджень НАН України за 2008–2009 рр. виступив голова Наукової ради, академік НАН України Ю. Шемшученко. Він зазначив, що діяльність Наукової ради з координації фундаментальних правових досліджень НАН України здійснювалась на базі Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України та її секцій з відповідних галузей права. Головні зусилля були спрямовані на об'єднання діяльності правознавців наукових юридичних установ і вищих навчальних закладів України з дослідження актуальних і фундаментальних проблем державно-правового будівництва, посилення зв'язків науки з практикою, видання колективних наукових праць з питань розвитку держави і права тощо. Ця діяльність здійснювалась у контексті відзначення 60-річчя утворення Інституту держави і права

ім. В. М. Корецького НАН України, що мало місце у травні 2009 р.

До найзначніших результатів діяльності Наукової ради належить:

**1. Проведення фундаментальних наукових досліджень у галузі державознавства і правознавства, підготовка і видання фундаментальних колективних теоретичних праць з відповідних питань.** Такими працями є: «Державне управління: європейські стандарти, досвід та адміністративне право» за загальною редакцією В. Авер'янова (Київ, 2008); «Принцип верховенства права у діяльності держави та в адміністративному праві» за загальною редакцією В. Авер'янова (Київ, 2008); «Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правовий механізм реалізації та захисту» за загальною редакцією В. Авер'янова (Дніпропетровськ, 2008); «Інвестиційна діяльність у сільському господарстві: правові аспекти» за загальною редакцією В. Семчика (Київ, 2008); «Інститут юридичної відповідальності у демократичних правових системах» за загальною редакцією Н. Оніщенко (Київ, 2009); «Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії», відповідальний редактор Н. Оніщенко (Київ, 2009); «Суб'єкти цивільного права» за загальною редакцією Я. Шевченко (Харків, 2009); «Кодифікація трудового законодавства України» за редакцією Н. Хуторян, М. Іншина, С. Прилипка, О. Ярошенка (Харків, 2009); «Адміністративно-територіальна реформа в Україні: політико-правові проблеми: монографія» за редакцією І. Кресіної (Київ, 2009); «Правова сис-

тема України: історія, стан та перспективи: у 5 т.» (Харків, 2008–2009); «Протидія порушенням прав людини засобами кримінальної юстиції: монографія», керівник авторського колективу і відповідальний редактор О. Костенко (Київ, 2009); «Правові засади інноваційного розвитку в сільському господарстві України: монографія» за редакцією В. Семчика (Київ, 2009) тощо.

**2. Здійснення енциклопедичної діяльності.** Було зазначено, що така діяльність під силу великим і досвідченим науковим колективам. Разом із тим сьогодні з'являються праці, які не відповідають природі енциклопедичних видань. Наукова рада довела, що здатна мобілізувати зусилля кращих науковців для підготовки енциклопедичних видань. За допомогою координаційної діяльності Наукової ради до участі у підготовці 6-томної «Юридичної енциклопедії» було залучено понад 500 авторів. Енциклопедія була відзначена Державною премією України в галузі науки і техніки.

У 2009 р. розпочався новий проект щодо видання 3-томної «Енциклопедії міжнародного права». Окрім правознавців-міжнародників, до цієї роботи залучені практики — працівники Міністерства закордонних справ України, викладачі Дипломатичної академії тощо. Фактично підготовлено перший том. На жаль, під час роботи над цим проектом постала проблем нестачі висококваліфікованих спеціалістів зі спеціальності «міжнародне право».

У порядку координації відбувається видання багатотомних енциклопедій: «Міжнародної поліцейської енциклопедії», «Енциклопедії сучасної України» та «Історичної енциклопедії України».

У 2009 р. Інститутом держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

були видані «Енциклопедія цивільного права» та «Великий енциклопедичний юридичний словник». Ці видання були позитивно оцінені юридичною громадськістю і нині широко використовуються як теоретиками, так і практиками.

**3. Поєднання діяльності дослідників права з діяльністю науковців із суміжних дисциплін.** Ю. Шемшученко наголосив, що проведення міждисциплінарних досліджень дає можливість комплексно підійти до вивчення складних за своєю суттю суспільно-політичних явищ, запропонувати практичні рекомендації вирішення сучасних проблем. Прикладом цього можуть слугувати методологічні семінари з актуальних проблем державотворення і правознавства, які проводяться в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, а також спільне засідання вчених рад Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Інституту історії України НАН України, Інституту політичних і етнонаціональних досліджень ім. І. Ф. Кураса НАН України на тему: «Державно-правові та суспільно-політичні перетворення в Україні на сучасному етапі» (січень 2010 р.).

**4. Залучення до співпраці з координації фундаментальних правових досліджень відповідних національних та міжнародних асоціацій.** Ю. Шемшученко зазначив, що здійснюється плідна співпраця Секції історії держави і права Наукової ради (керівник — кандидат юридичних наук І. Усенко) та Міжнародної асоціації істориків права (президент — доктор юридичних наук О. Ярмиш). Ними було проведено понад 20 наукових конференцій і видано ряд збірників наукових праць.

Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України також продук-

тивно співпрацює з Українською асоціацією порівняльного правознавства (президент — доктор юридичних наук Ю. Шемшученко, вчений секретар — кандидат юридичних наук О. Кресін). Асоціація координує видання міжнародного наукового журналу «Порівняльно-правові дослідження» (видається з 2005 р.), є співорганізатором щорічних міжнародних наукових семінарів «Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку» (проводяться з 2006 р.), співвидавцем серій наукових видань «Енциклопедія порівняльного правознавства». У 2006 р. Асоціація вперше в Україні розробила та представила проект паспорта окремої юридичної спеціальності «порівняльне правознавство».

#### **5. Випуск періодичних видань.**

Ю. Шемшученко наголосив на важливості здійснення такої діяльності. Остання полягає у презентації та апробації нових теоретичних ідей і думок, обміні практичним досвідом тощо. Періодичними виданнями є: «Правова держава» та «Держава і право» (Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України), «Судова апеляція» (Апеляційний суд м. Києва, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України), «Порівняльно-правові дослідження» (Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Українська асоціація порівняльного правознавства), «Проблеми філософії права» (Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Інститут філософії ім. Г. С. Сковороди НАН України, юридичний факультет Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича), «Часопис Київського університету права» (Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Київський університет права НАН України) тощо. Було особ-

ливо зазначено, що журнал «Проблеми філософії права» є широко відомим виданням в Європі. Авторами цього журналу є всесвітньо відомі вчені.

**6. Проведення координації наукових досліджень разом із правознавцями зарубіжних країн.** Ю. Шемшученко вказав на наявність плідної співпраці з Інститутом держави і права РАН, Інститутом законодавства і порівняльного правознавства при Уряді Російської Федерації та іншими науковими і навчальними закладами за кордоном. Так, у 2010 р. у Москві вийшла колективна монографія: «Международное право и национальное законодательство» за редакцією Ю. Тихомирова.

**7. Здійснення координаційної діяльності з підготовки і видання підручників для юридичних вищих навчальних закладів.** Було зазначено, що в цій діяльності беруть участь представники усіх секцій Наукової ради. Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України разом із Київським університетом права НАН України та вченими з інших ВНЗ видали академічні курси фактично з усіх основних галузей права — «Конституційне право України», «Земельне право України», «Екологічне право України» тощо.

Академік Ю. Шемшученко також наголосив на проблемах, які виникають під час здійснення координації фундаментальних правових досліджень:

1. В Україні функціонує велика кількість юридичних вищих навчальних закладів. З'являються нові науково-дослідні установи. Наукова діяльність цих установ здійснюється без належної координації, хоч є кілька координуючих центрів.

2. Дисертаційні праці, які захищаються в Україні, часто мають недостатній науковий рівень. Як наслі-

док — не відбувається нарощування нових знань у галузі права.

3. Майже відсутні державні замовлення на проведення фундаментальних досліджень з визначенням шляхів вирішення існуючих в Україні суспільних проблем.

4. Координаційна діяльність з проведення фундаментальних досліджень здійснюється на громадських засадах. За кордоном така діяльність відбувається за кошти держави. Нам є над чим подумати.

5. Наукова рада та її секції мають підвищити ефективність використання свого наукового потенціалу. До роботи з координації фундаментальних правових досліджень потрібно залучати провідних фахівців у відповідних галузях права.

В обговоренні питання про стан та заходи щодо удосконалення координації фундаментальних правових досліджень в Україні взяли участь доктори та кандидати юридичних наук: В. Мамутов (голова секції Наукової ради), В. Сіренко (член Наукової ради), А. Селіванов (член Наукової ради), В. Андрейцев (член Наукової ради), О. Копиленко (член Наукової ради), О. Костенко (голова секції Наукової ради), Ю. Бошицький (член Наукової ради), Н. Оніщенко (голова секції Наукової ради).

В. Мамутов наголосив на тому, що здійснення координації фундаментальних правових досліджень в Україні неможливе без планування та прогнозування. Для того щоб наука розвивалась, вона має продукувати нові ідеї. В умовах глобалізації потрібно використовувати іноземний досвід. Проте це належить здійснювати з урахуванням власного наукового потенціалу. Він також зазначив, що сьогодні обсяг кон'юнктурних досліджень, які виконуються на замовлен-

ня, переважає над обсягом незалежних досліджень.

В. Сіренко відзначив необхідність проведення порівняльного аналізу вітчизняного та зарубіжного досвіду вирішення сучасних правових проблем, виокремлення досі недосліджених питань, проведення їх дослідження та отримання на цій підставі нових знань.

А. Селіванов наголосив на тому, що науковці мають застосовувати уніфіковану правову термінологію. Цьому сприяють енциклопедичні видання. Наука також знаходить свій розвиток у монографічних працях. Він наголосив на необхідності участі самовчених у діяльності з розробки нормативно-правових актів, змін та доповнень до них, — розробки змін та доповнень до Конституції України. А. Селіванов звернув увагу на необхідність підвищити якість вітчизняних дисертаційних робіт.

В. Андрейцев зазначив, що наукове дослідження не слід ототожнювати з договором на виконання підрядних робіт. Для того щоб уникнути цього, необхідно підвищити статус вченого, зокрема прийняти Закон України «Про правовий статус вченого».

О. Копиленко зупинився на проблемі наявності досліджень, які виконуються на замовлення відповідних політичних партій, на недостатньому науковому рівні дисертаційних досліджень та низькому відсотку закріплення результатів дисертаційних досліджень у чинному законодавстві України.

О. Костенко наголосив на необхідності ставити питання перед Президентом України та органами державної влади про розвиток суспільних наук. Він зазначив, що сучасна політика не має належного наукового характеру. Це виявляється в тому, що під час провадження відповідних реформ —

судової реформи тощо — не використовуються наявні прогресивні наукові ідеї. Фінансування наукової діяльності відбувається не на належному рівні.

Професор Ю. Бошицький наголосив, що з метою формування нових правових знань, нові наукові ідеї насамперед мають доводитися до відома студентів. Такий процес відбувається під час викладання відповідних курсів та спецкурсів у Київському університеті права НАН України, проведення конференцій за участю представників іноземних навчальних та наукових закладів, підготовки підручників, навчальних посібників та іншої навчальної й монографічної літератури для студентів Київського університету права НАН України.

Н. Оніщенко наголосила на необхідності дослідження проблем теорії держави і права, зокрема дослідження співвідношення принципів верховенства права й верховенства закону, а також правосвідомості та правової культури. Вона визнала нагальним започаткування порівняльного право-

державознавства та проведення системного аналізу проблем правотворчості й систематизації нормативно-правових актів. Окремий вектор координаційної діяльності мають становити дослідження правових проблем гендерної політики. Чільна увага має бути приділена проблемам філософії права. Н. Оніщенко відзначила потребу в координації дисертаційних досліджень в Україні, у співпраці теоретиків та практиків, у входженні науковців до складу відповідних рад наукових установ, редакційних колегій фахових видань тощо.

За результатами проведеного засідання Наукової ради було прийнято постанову. У ній звернено увагу на необхідності здійснення координації фундаментальних правових досліджень актуальних проблем держави і права на засадах тісного взаємозв'язку теорії та практики. У зв'язку з цим сформульовано пропозицію новообраному Президентові України скликати всеукраїнську нараду юристів (теоретиків та практиків).

# МІЖНАРОДНА НАУКОВО-ПРАКТИЧНА КОНФЕРЕНЦІЯ «СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПРАВА: ДОСВІД ДЛЯ УКРАЇНИ»

**О. КРЕСІН**

*кандидат юридичних наук, доцент,  
учений секретар Української асоціації  
порівняльного правознавства,  
старший науковий співробітник  
(Інститут держави і права  
ім. В. М. Корецького НАН України)*

У Франції 9–16 січня 2010 р. відбулася Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні тенденції та перспективи розвитку європейського права: досвід для України», організована Київським національним університетом імені Тараса Шевченка, Савойським університетом та Українською асоціацією порівняльного правознавства. Місцем проведення стали міста Шамборі (центр французької «Силіконової долини» й місце розташування Савойського університету) та Шамоні (знаменитий центр альпійського туризму та традиційне місце проведення міжнародних економічних, політичних, культурних та наукових форумів).

Співголовами оргкомітету конференції стали директор Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, академік НАН України, президент Української асоціації порівняльного правознавства Ю. Шемшученко, декан юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка І. Гриценко та президент Савойського університету Ж. Анженьє; заступниками голови оргкомітету — старший

науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, учений секретар Української асоціації порівняльного правознавства О. Кресін та доцент кафедри фінансів Київського національного університету імені Тараса Шевченка О. Рожко. У конференції взяли участь українські, австрійські та французькі вчені-юристи.

Відкриваючи конференцію, **Ю. Шемшученко** та **О. Кресін** зазначили, що вона є першим досвідом Української асоціації порівняльного правознавства щодо проведення наукових заходів за межами України. Вони висловили сподівання, що вона покладе початок традиції зустрічей українських учених-компаративістів із зарубіжними колегами у різних країнах з метою вивчення функціонування зарубіжних правових систем, взаємозв'язку права і культури різних народів, функціонування систем вищої юридичної освіти, а також ознайомлення колег із сучасними здобутками українського порівняльного правознавства, пошуку моделей і розробки конкретних проєктів ефективного наукового співробітництва.

© О. Кресін, 2010

Віце-президент Савойського університету **Е. Брюна** зазначив, що навчальний заклад, який він представляє, має низку договорів про співробітництво з російськими університетами й реалізує з ними тривалі спільні навчальні та наукові проекти. Він висловив вдячність за ініціативу Київського національного університету імені Тараса Шевченка та Української асоціації порівняльного правознавства щодо проведення наукової зустрічі у Франції та сподівання на активну співпрацю з українськими навчальними закладами та науково-дослідними установами.

Виступи учасників були присвячені становленню європейського права як феномену у контексті європейської інтеграції, питанню про характер наддержавного (інтеграційного) права, сучасним тенденціям та суперечностям розвитку права Європейського Союзу (ЄС), Ради Європи, Організації з безпеки і співробітництва в Європі (ОБСЄ), ролі порівняльного правознавства як інструменту пізнання і зближення європейських правових систем, творення й самоусвідомлення європейського права, українському та французькому досвіду розвитку юридичної освіти у контексті Болонського процесу.

Як зазначив у своєму виступі «Проблеми кодифікації екологічного права в європейських країнах» академік Ю. Шемшученко, транскордонний характер екологічних проблем сучасного світу, а також нагромадження значної кількості міжнародних універсальних та регіональних правових актів різного змісту в цій сфері є об'єктивною основою для порушення питання щодо кодифікації міжнародного права навколишнього середовища в одному акті. Чинне міжнародне екологічне право не є достатньо досконалим засо-

бом для вирішення відповідних проблем, зокрема й тому, що воно не систематизоване і не кодифіковане. У його системі відсутній базовий правовий акт, який би цементував цю правову нішу і забезпечував комплексний підхід в екологічній сфері. Він міг би називатися Екологічна конституція Землі, її створення було ініційоване українськими вченими вже майже 20 років тому — у 1992 р.

Ю. Шемшученко вказав на те, що висхідною засадою для визначення завдань сучасного екологічного права, відповідних міжнародних та національних кодифікацій має бути визнання й забезпечення невід'ємного права людини на безпечне навколишнє середовище. Відповідне наукове забезпечення цього права було розроблене у 70–80-х роках ХХ ст. радянськими, зокрема й українськими, вченими, а нині належить до конституцій низки центральноєвропейських та пострадянських країн. Це право має бути основним для Екологічної конституції Землі й стати початком для конституювання всіх інших екологічних прав людини. Для реалізації такого документа варто реформувати малоефективну Програму ООН з навколишнього середовища (ЮНЕП) у міжнародну спеціалізовану організацію — Раду екологічної безпеки ООН. Судовий захист Екологічної конституції Землі може бути покладено на спеціалізований міжнародний суд, ідею створення якого вперше спробували реалізувати ще у 1994 р. Доцільно створити такий суд під егідою ООН.

Ю. Шемшученко зазначив, що однією з основних тенденцій розвитку екологічного права в окремих країнах Європи є прийняття екологічних кодексів. Такі кодекси нещодавно прийняті у Швейцарії (1999 р.) і Франції (2000 р.), їх розробка триває у Росії та

Німеччині. Він наголосив, що чинний Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» 1991 р. є істотно застарілим, а тому магістральним напрямом удосконалення національного екологічного законодавства є його подальша кодифікація на основі прийняття Екологічного кодексу України. На його переконання, такий базовий акт не замінить чинні природноресурсні кодекси і закони, але має існувати паралельно з ними. Його співвідношення з цими кодексами і законами можна охарактеризувати як взаємозв'язок інтегрованої і диференційованої складових у регулюванні екологічних суспільних відносин у системі «люди-на — навколишнє середовище».

Кандидат юридичних наук О. Кресін присвятив свій виступ ролі порівняльного правознавства у розвитку самоусвідомлення європейського права. Він зазначив, що формування ідеї загальноєвропейського права уможлиблює, серед іншого, розвиток теорії порівняльного правознавства.

Першим напрямом у порівняльному правознавстві, який концептуалізував регіональні особливості у праві, стала історична школа права. Проте до 20-х років методологічний арсенал порівняльного правознавства давав змогу здійснювати дослідження насамперед у межах романо-германського або англо-американського права, які суттєво відрізняються системою джерел права, порівняння з правом інших країн практично не здійснювалося через неготовність врахувати позаправові чинники, які значною мірою визначають розвиток права. Згодом, розширюючи коло досліджених джерел на основі ідеї функціоналістської школи, вдалося подолати формальні відмінності й почати систематично порівнювати континентальне та загальне право.

Підхід, здатний відкрити для порівняльного пізнання правову карту світу і водночас дати розуміння сутності європейської правової спільності, був сформульований у 60-х роках Р. Давидом, який запропонував плюралістичний (хоча й достатньо еклектичний) критерій порівняння та класифікації правових систем у правовій сім'ї, що враховував не лише юридико-технічні особливості, а й вплив релігії, ідеології, культури на право. До Р. Давида окремі елементи цього підходу вже розроблялися В. Дільтеєм, М. Вебером, Р. Паундом, Ж. Гурвичем та ін. Цей підхід став основою для переосмислення правової карти світу, усвідомлення рівноцінності західного права й цінності відмінностей у праві, а з цим — неуніверсальності європейської правової спадщини, її регіонального характеру, а також її історичності та впливу на її формування християнської доктрини, канонічного права, певної спільності розвитку політико-правових ідей. Р. Давид на основі ідеї про культурно-ціннісну детермінованість права, про наднаціональні правові цінності вказав на існування «єдиної сім'ї західного права», яка об'єднує англо-американське, романо-германське та соціалістичне право. Надалі можна говорити про розвиток аксіологічної школи у порівняльному правознавстві, що ґрунтується на цивілізаційних ідеях, а також про відповідну їй ідею щодо існування наднаціональних «традицій права». На ціннісних засадах сформульоване класичне розуміння західної правової традиції Г. Бермана, який заявив про формування сучасних європейських правових систем на основі середньовічної європейської правової системи католицького канонічного права — «першої правової системи Заходу нового



часу». На думку доповідача, розвиток компаративістського дискурсу сприяв появі ідеї європейського правового простору в документах міжнародних організацій.

О. Кресін зазначив, що нині розмитість, недоформованість меж «Європи», європейського правового простору пов'язані з неконцептуалізованою загальною очевидною відмінністю між «європейським» та тим, що характеризує колишні колонії європейських країн, а також питання щодо «європейськості» Східної Європи. Можливо, нові парадигми порівняльного правознавства сприятимуть усуненню й цих перепон на шляху оформлення й реалізації концепту європейського права.

Керівник департаменту міжнародних зв'язків факультету права та економічних наук Савойського університету професор **Ж. Пезан** поінформував присутніх про сучасні тенденції у французькій вищій освіті, зокрема й такі, як створення асоціацій між університетами, спрямованих на об'єднання людських і матеріальних ресурсів з метою підвищення якості освіти та її ресурсного забезпечення. Детальніше цю тезу він розкрив на прикладі асоціації Савойського та Гренобльського університетів.

Виступ кандидата юридичних наук, наукового співробітника Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка **О. Гріненко** було присвячено особливостям міжнародно-правової правосуб'єктності ЄС на сучасному етапі, відповіді на питання, чи має ЄС риси міжурядової організації, федерації, конфедерації, наднаціонального утворення чи державоподібного утворення.

Доповідач зазначила, що ЄС є особливим утворенням, яке вже пройшло

шлях від міжурядової організації, проте ще не набуло статусу держави. На її думку, з точки зору своїх міжнародно-правових ознак Союз нині перебуває на стадії державоподібного утворення. До набуття чинності Лісабонським договором (1 грудня 2009 р.) ЄС мав дуалістичну правову природу: в межах своєї «першої опори» — Співтовариств — він володів прямо визначеною установчими договорами міжнародною правосуб'єктністю, в межах другої та третьої «опор» Союзу він одержав право укладати угоди з державами і міжнародними організаціями, обов'язкові для інституцій Союзу, яку на практиці і здійснює. О. Гріненко вказала, що поняття «європейське право» включає право Співтовариств та норми «м'якого права», через які регулюються спільна зовнішня політика та співпраця у правоохоронній галузі, і яке ми характеризуємо, як право Союзу. Разом вони утворюють третю правову систему, поряд із міжнародним і національним правом.

Кандидат юридичних наук, доцент Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка **К. Смирнова** розглянула становлення спільних політик ЄС щодо третіх країн, формування принципів спільної зовнішньої політики ЄС щодо України та проаналізувала її зміни в контексті перетворення європейської політики суцільства у Східне партнерство після укладення Лісабонської угоди, перспективи формування асоціації ЄС — Україна. Як зазначила доповідач, основним документом, що регулює відносини України з Євросоюзом, формулює нові принципи, механізми та інструменти співпраці, стає Порядком денний асоціації 2009 р. Пріоритетним та фундаментальним для наукового забезпечення розвитку відносин

України з ЄС нині стає дослідження принципів диференціації та трансформації у спільній зовнішній політиці ЄС щодо України та правових передумов укладання угоди про асоціацію.

**Д. Прантл**, науковий співробітник Інституту цивільного права Іннсбрукського університету, у своєму виступі проаналізувала політику України щодо гармонізації споживчого договірної права з нормами європейського права. Вона, зокрема, відзначила, що відповідні положення українського права відповідають європейським стандартам і навіть є подекуди кращими за мінімальні вимоги директив ЄС. Але натомість рівень реалізації цих положень в Україні є достатньо низьким, і це слід враховувати під час аналізу ступеня адаптованості українського права й виконання Угоди про партнерство і співробітництво між Україною та Європейськими співтовариствами.

Кандидат юридичних наук, доцент економічного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка **О. Рожко**, розглядаючи досвід правового регулювання обігу електронних грошей у країнах Європи та ЄС й можливості його використання в Україні, наголосив, що актуальність цієї тематики зумовлена необхідністю встановлення чітких правил і умов здійснення емісії електронних грошей та запровадження контролю за нею, оскільки емісія електронних грошей може негативно вплинути на стабільність світової фінансової системи та безперервне функціонування платіжних систем.

Як зазначив О. Рожко, значним внеском у створення спільного європейського ринку та гармонізацію нагляду і регуляторної бази щодо електронних грошей в Європі стало затвердження Європейською Комісією у 2000 р. Директиви 2000/46/ЄС. До-

повідач наголосив, що спільними для країн ЄС та України є такі проблеми правового забезпечення обігу електронних грошей, як досягнення чіткості класифікації та категоризації продуктів електронних грошей, узгодженості серед країн-учасників спільних платіжних систем і збереження рівноваги між забезпеченням захисту користувачів систем, надійністю та стабільністю систем, з одного боку, та підтримкою інновацій у платіжній сфері – з другого.

Професор **М. Жюльєн**, декан факультету права та економічних наук Савойського університету присвятив свій виступ особливостям французької вищої освіти загалом і юридичної зокрема, присвоєнню освітніх кваліфікацій, звернув увагу на систему державного фінансування освіти та трансформацію останньої в межах участі країни в Болонському процесі.

Кандидат юридичних наук, молодший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України **О. Семчик** у своєму виступі розглянула питання вдосконалення нормативно-правового забезпечення фінансування освіти і науки в Україні в контексті Болонського процесу. Зокрема, вона вказала на те, що повноцінне входження до європейського дослідницького простору та європейського простору вищої освіти передбачає належну державну фінансову підтримку наукових досліджень та забезпечення освітян. Окрім виконання вимог українського законодавства та ратифікованих міжнародно-правових актів, слід реформувати нормативно-правове забезпечення стимулювання й державної підтримки суб'єктів, які надають кошти на розвиток освіти й науки – надання податкових пільг підприємствам-замовникам наукової продукції та тим, хто надає

матеріальну допомогу науковим та освітнім установам, застосування пільгових умов для кредитування останніх тощо.

Молодший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України **К. Настечко**, аналізуючи механізми прийняття нормативно-правових актів у країнах ЄС та Україні, зокрема, акцентувала увагу на формах участі структур громадянського суспільства у прийнятті таких актів у європейських державах і наголосила на необхідності подолання огульно негативного ставлення до лобізму в Україні. Також вона вказала на необхідність врахування європейського досвіду щодо посилення ролі університетів й науково-дослідних установ у нормотворчому процесі.

Аспірант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України **Л. Царук** присвятив свій виступ аналізу діяльності Бюро з демократичних інституцій та прав людини ОБСЄ щодо узагальнення і поширення знань та досвіду у сфері права на свободу мирних зібрань. Він звернув увагу на переваги та недоліки нової редакції Керівних принципів зі свободи мирних зібрань ОБСЄ, проблеми застосування положень цього документа в Україні, можливі перспективи подальшої рекомендаційної нормотворчості ОБСЄ.

Також під час конференції виступили кандидат юридичних наук, доцент

Київського національного університету імені Тараса Шевченка **Н. Губерська** з доповіддю «Деякі загальні тенденції у розвитку фінансового права в європейських країнах» та аспірант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України **О. Косахівська** з виступом «Застосування принципів належного урядування в країнах Європейського Союзу».

Учасники конференції ознайомилися з функціонуванням факультету права та економічних наук і бібліотеки Савойського університету. Цей університет, який веде свою історію від підготовчих шкіл Туринського університету, заснованих у 1404 р., було створено як окремий навчальний заклад у 1969 р. Нині він є одним із найбільших у Франції. За результатами переговорів з керівництвом Савойського університету вирішено укласти угоди про співробітництво та провести спільний науковий семінар у 2011 р. Культурна програма конференції передбачала відвідання Женеви, старовинного альпійського м. Аннесі, а також найвищих гірських вершин Європи, розташованих навколо м. Шамоні.

За результатами Міжнародної науково-практичної конференції «Сучасні тенденції та перспективи розвитку європейського права: досвід для України» планується публікація збірника наукових праць.

# МІЖНАРОДНИЙ «КРУГЛИЙ СТІЛ» З АНТРОПОЛОГІЇ ПРАВА У ЛЬВОВІ: П'ЯТИРІЧНИЙ ПІДСУМОК

Д. ГУДИМА

кандидат юридичних наук

(Львівський національний університет імені  
Івана Франка)

Нещодавно Лабораторія досліджень теоретичних проблем прав людини юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка за участю Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України провела ювілейний — п'ятий — «круглий стіл» на тему: «Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)».

Цей захід, на відміну від усіх попередніх, мав статус міжнародного. Участь у ньому взяли вчені з чотирьох країн: Азербайджану (Баку), Росії (Єкатеринбург, Іжевськ, Новосибірськ, Самара, Санкт-Петербург), Узбекистану (Ташкент) й України (Дніпропетровськ, Запоріжжя, Київ, Луцьк, Львів, Одеса, Полтава, Сімферополь, Тернопіль, Харків). Серед них були учасники трирічної програми «Сучасна теорія права», організованої Інсти-

тутом відкритого суспільства (*Open Society Institute*) в рамках ініціативи «ReSET». Зрештою, тенденція до розширення географії та кількості учасників цих всеукраїнських «круглих столів» поза межі нашої держави намітилася ще раніше\*.

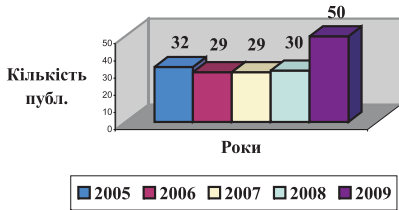
До початку роботи п'ятого «круглого столу» організаторам вдалося видати дві збірки матеріалів, в яких вміщено понад 60 статей учасників попереднього й останнього правоантропологічного заходу (діаграма 1). Загалом же за п'ять років у збірках матеріалів «круглих столів» було видано понад 150 статей загальним обсягом більше 100 ум. друк. арк.\*\* (діаграма 2).

Аналіз змісту опублікованих матеріалів виявляє певні тенденції у напрямках правоантропологічних пошуків. Так, якщо у 2005–2007 рр. у доповідях домінували здебільшого проблеми об'єкта, предмета та методології антропології права, то у 2008–2009 рр. — конкретні проблеми праворозуміння, а також правових властивостей людини й антропних властивостей права.

\* Гудима Д. А. Антропология права як предмет щорічних всеукраїнських «круглих столів» у Львові // Право України. — 2009. — № 9. — С. 180–182.

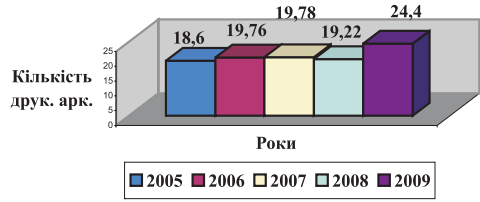
\*\* *Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)*: матеріали Першого всеукраїнського «круглого столу» (м. Львів, 16–17 вересня 2005 р.). — Л., 2006. — 320 с.; *Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)*: статті учасників Другого всеукраїнського «круглого столу» (м. Львів, 1–2 грудня 2006 р.). — Л., 2007. — 340 с.; *Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)*: статті учасників Третього всеукраїнського «круглого столу» (м. Львів, 23–24 листопада 2007 р.). — Л., 2008. — 344 с.; *Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)*: статті учасників Четвертого всеукраїнського «круглого столу» (м. Львів, 28–29 листопада 2008 р.). — Л., 2009. — 336 с.; *Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)*: матеріали Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 4–5 грудня 2009 р.). — Л., 2009. — 440 с.

Динаміка кількості публікацій



Діаграма 1

Динаміка обсягів збірок



Діаграма 2

П'ятий «круглий стіл» було проведено 4–5 грудня 2009 р. за вже традиційними трьома тематичними напрямками: «Антропологія права: об'єкти, предмети та методологія дослідження. Праворозуміння як визначальна детермінанта антропологічно-правових досліджень», «Правові властивості людини й антропні властивості права; універсалізація права та культурні універсалії; плюралізація права та культурно-історичний плюралізм», «Антропологічні аспекти права у позитивістських й альтернативних їм доктринах. Антропологічні дослідження у ХХ–ХХІ ст. і їх значення для становлення та розвитку антропології права».

Роботу ювілейного заходу відкривали: кандидат юридичних наук, доцент, декан юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка **А. Бойко**, доктор філософських наук, професор, декан філософського факультету цього університету **В. Мельник** і академік НАПрН України, доктор юридичних наук, професор, завідувач Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України **П. Рабінович**. Усі вони одноставно відзначили актуальність і перспективність дослідження антропо-

логічної проблематики як в юридичних, так і в філософських науках, а також наголосили на ролі юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка, якому вже п'ять років поспіль вдається ставати форумом для обміну вченими з різних куточків України та зарубіжжя здобутками у дослідженні проблематики «людина та право». Під час відкриття також відбулася презентація колективної монографії «Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення»\*.

Решту першого дня роботи «круглого столу» було присвячено обговоренню проблем філософського контексту екзистенціальних вимірів права (доктор філософських наук, професор, завідувач кафедри філософії Національного університету «Львівська політехніка» **В. Петрушенко**), основ специфіки східноєвропейського права та правосвідомості (кандидат філософських наук, доцент кафедри філософії Одеського національного університету імені І. І. Мечникова **С. Шевцов**), предмету, завдань і евристичного потенціалу міждисциплінарного дискурсу в правових дослідженнях (викладач кафедри онтології та теорії пізнання Уральського державного університету ім. О. М. Горького **А. Махньова**), прав людини як інституту, зокрема в

\* *Правосуддя* : філософське та теоретичне осмислення : кол. моногр. / А. М. Бернюков, В. С. Бігун, Ю. П. Лобода, Б. В. Малишев, С. П. Погребняк, С. П. Рабінович, В. С. Смородинський, О. В. Стівба / відп. ред. В. С. Бігун. — К., 2009. — 310 с.

Європейському Союзі (кандидат юридичних наук, завідувач Лабораторії досліджень теоретичних проблем прав людини юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка **С. Добрянський**, кандидат філософських наук, докторант Львівського регіонального інституту державного управління Національної академії державного управління при Президентові України **П. Петровський**), соціальних прав людини як міфологеми сучасності (кандидат історичних наук, доцент кафедри політології та політичного управління Удмуртського державного університету **Т. Луцина**), проблематики людських прав у сучасних доктринах православ'я в Росії та Україні (професор **П. Рабінович**), новітніх релігій в Україні у контексті свободи совісті (кандидат філософських наук, старший викладач кафедри філософії Одеської національної юридичної академії **О. Никитченко**), метаморфоз юснатуралізму у практиці Європейського суду з прав людини (кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України **С. Рабінович**), сучасних інтерпретацій поняття суб'єкта права (кандидат юридичних наук, науковий співробітник Лабораторії дослідження теоретичних проблем прав людини юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка **Д. Гудима**), правової традиції українського народу (кандидат юридичних наук, здобувач Одеської національної юридичної академії, доцент кафедри господарсько-правових дисциплін Львівського державного університету внутрішніх справ **Ю. Лобода**), свободи як основоположного

принципу права (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **С. Погребняк**), антропологічних передумов верховенства права (доктор юридичних наук, професор кафедри філософії НЮАУ **С. Максимов**).

Другого дня жваві дискусії розгорталися навколо проблем правосуддя як здійснення народовладдя та присяжного анулювання закону (кандидат юридичних наук, науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України **В. Бігун**), образів маски та мантиї у символічному вимірі судочинства (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та історії держави і права Академії митної служби України **Д. Бочаров**), антропології злочину (старший викладач Міжрегіональної академії управління персоналом **Е. Єленевський**), семіотики права та нових вимірів антропологічно-правової рефлексії (кандидат юридичних наук, доцент кафедри філософії права та юридичної логіки Київського національного університету внутрішніх справ **О. Павлишин**), антропологічного виміру розуміння у здійсненні права (аспірант кафедри філософії НЮАУ **Н. Сатохіна**), стратегій юридичної комунікації (викладач кафедри гуманітарних дисциплін Навчально-наукового інституту права та психології КНУВС **Д. Кобринський**), сильного аргументу (погрози) у комунікації (кандидат філософських наук, доцент кафедри логіки Санкт-Петербурзького державного університету **О. Лисянюк**), правосуб'єктності як конструкції юридичної догматики та юридичної мови (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та історії держави та права Самарської гуманітарної академії **С. Касаткін**),

антропологічних викривлень доктрини юридичного лібералізму (кандидат філософських наук, доцент кафедри теорії та історії держави та права Таврійського національного університету ім. В. І. Вернадського **О. Тимохін**), взаємозв'язку права та легітимності (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **В. Смородинський**), вчення Б. Кістяківського про особу і державу (кандидат філософських наук, докторант кафедри історії філософії Львівського національного університету імені Івана Франка **М. Альчук**).

Участь у дискусіях також взяли: кандидат філософських наук, доцент кафедри соціальної філософії філософського факультету Національного університету Узбекистану імені Мірзо Улугбека **А. Абіджанов**, старший викладач кафедри теорії та історії держави і права юридичного факультету Новосибірського інституту економіки, психології та права **О. Максимова**, викладач кафедри філософії та соціальних наук Київського університету туризму, економіки та права **О. Маслак**, викладач кафедри філософії Луцького національного технічного університету **Г. Матвєєва**, доктор

публічного права, декан факультету права Університету «Кавказ» **Ф. Мехдієв**, молодший науковий співробітник Лабораторії дослідження теоретичних проблем прав людини юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка **Т. Полянський**, аспірант кафедри теорії та філософії права цього факультету **В. Гончаров**.

На завершення огляду цієї яскравої події з нашого наукового життя, напевно, не буде перебільшенням висновок про те, що п'ятирічна робота у Львові «круглого столу» з антропології права сприяла активізації вітчизняних досліджень антропних властивостей права та його суб'єктів саме з урахуванням сучасних здобутків філософської, соціокультурної, релігійної та інших антропологій і суміжних із ними галузей сучасного наукового знання. Завдяки цьому заходу, безсумнівно, покращилась координація таких досліджень в Україні. Також було налагоджено безпосередні контакти із зарубіжними колегами, у співпраці з якими юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка має намір у 2010–2013 рр. реалізувати міжнародний освітній проект з філософії прав людини.

# ВСЕУКРАЇНСЬКА НАУКОВО-ПРАКТИЧНА КОНФЕРЕНЦІЯ З ПИТАНЬ ОСОБЛИВОСТЕЙ РОЗВИТКУ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ В УМОВАХ АКТИВІЗАЦІЇ ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ

**П. ДІХТІЄВСЬКИЙ**

*доктор юридичних наук, професор,  
завідувач кафедри конституційного  
та адміністративного права ІПКП МК  
(Національний авіаційний університет)*

**Р**озвиток і вдосконалення національної правової системи України, що безпосередньо пов'язані з необхідністю удосконалення правового регулювання суспільних відносин як у цілому, так і в межах окремих галузей права, на сучасному етапі неможливо уявити поза євроінтеграційним контекстом.

Головним напрямом удосконалення державно-правового регулювання суспільних відносин в Україні є реалізація положень чинної Конституції України щодо необхідності проведення парламентської реформи, реформи місцевого самоврядування, виборчого законодавства, судово-правової реформи, інших аспектів правової держави, які у свою чергу мають стати запорукою захисту і гарантування прав та свобод людини і громадянина.

18 лютого 2010 р. в Інституті повітряного і космічного права та масових комунікацій Національного авіаційного університету відбулася Всеукраїнська науково-практична конференція **«Особливості розвитку правової держави в умовах активізації євроінтеграційних процесів: проблеми теорії і практики»**, метою якої було обговорення теоретичних та практичних аспектів побудови правової держави в умовах активізації євроінтеграційних процесів.

© П. Діхтієвський, 2010

У роботі конференції взяли участь понад 200 осіб, серед них — представники органів державної влади, наукових установ, зокрема Міністерства освіти і науки України, Національного космічного агентства України, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, Національної експертної комісії України з питань захисту суспільної моралі, Національної академії правових наук України, Інституту демографії та соціальних досліджень НАН України.

Активну участь в обговоренні заявленої тематики взяли провідні вчені, спеціалісти з права, керівники і фахівці установ, підприємств, представники науково-педагогічного складу Національного авіаційного університету.

Відкрив конференцію директор Інституту повітряного і космічного права та масових комунікацій, доктор філологічних наук, професор **В. Шинкарук**, який наголосив на особливій важливості проведення подібних наукових заходів не тільки для розвитку вітчизняної державно-правової науки, а й для теоретико-правових досліджень загалом.

З вітальним словом до учасників конференції звернувся Проректор з наукової роботи Національного авіаційного університету, доктор технічних наук, професор **В. Харченко**, який наголосив на необхідності акти-



візації міжнародної правової співпраці як з точки зору безпеки авіації, так і в контексті обміну студентами вищих навчальних закладів України та країн Західної Європи. Зокрема він зазначив, що є відповідні домовленості щодо співпраці Національного авіаційного університету та вищих навчальних закладів Польщі.

Доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України **В. Луць** у своїй доповіді, присвяченій розвитку законодавства про договори у сучасній Україні, акцентував увагу на проблемах, пов'язаних із розбіжностями цивільного та господарського кодексів.

У виступі доктора юридичних наук, професора, декана юридичного факультету Національного університету біоресурсів та природокористування **В. Курила** було порушено питання про співвідношення таких понять, як верховенство права, закону та доцільності, яке автор розкрив на прикладі новітнього законодавства України щодо адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері автомобільного транспорту.

Після виступів та доповідей на пленарному засіданні робота конференції проходила у режимі секційних засідань за такими напрямками: «Теоретичні та практичні аспекти побудови правової держави» (керівники секції — кандидат юридичних наук, доцент **А. Тимченко**, співголова — кандидат юридичних наук, доцент **В. Тернавська**); «Адміністративно-правове забезпечення реалізації прав людини і громадянина в діяльності сучасної держави» (керівники секції — доктор юридичних наук, професор **П. Діхтієвський**, співголова — кандидат юридичних наук, професор **С. Гончарук**); «Проблеми удосконалення кримінального і кримінально-процесуального законодавства в контексті євроінтеграційних процесів» (керівники секції — кандидат юридичних наук, доцент **О. Мотлях**, співголо-

ва — кандидат юридичних наук, доцент **В. Рудник**); «Теоретико-практичні питання приватного права в умовах інтеграції України у світову спільноту» (керівники секції — кандидат юридичних наук, професор **П. Шумський**, співголова — кандидат юридичних наук **Т. Ямненко**); «Актуальні проблеми повітряного, космічного та екологічного права в контексті євроінтеграційних процесів» (керівники секції — доктор юридичних наук, професор **А. Козловський**, співголови — кандидат юридичних наук **О. Біглий**, кандидат історичних наук **З. Боярська**); «Організація та здійснення господарської діяльності в умовах розбудови правової держави» (керівники секції — кандидат юридичних наук, доцент **Н. Корчак**, співголова — кандидат юридичних наук, доцент **В. Козирева**); «Документаційне забезпечення розвитку правової держави» (керівники секції — кандидат педагогічних наук **В. Варенко**, співголова — кандидат філологічних наук **С. Литвинська**).

На підсумковому пленарному засіданні були ухвалені рекомендації конференції, ключовий мотив яких зводиться до того, що українське адміністративне право об'єктивно потребує радикального реформування шляхом відмови від ідеології «державоцентризму», за якою людині відводиться місце суто «керованого об'єкта», та запровадження європейського розуміння адміністративного права як провідної галузі правового забезпечення пріоритету прав людини у сфері публічної влади. Слід ґрунтовно переосмислити функції адміністративного права у регулюванні суспільних відносин у напрямі розуміння адміністративного права не як «права для держави», а як «публічно-сервісного права», трансформації його із суто «права управління» у «право забезпечення пріоритету прав людини».

## **ВЧЕНИЙ-ПРАВознаВЕЦЬ, ОРГАНІЗАТОР ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ — АКАДЕМІК БОРИС МУСІЙОВИЧ БАБІЙ**

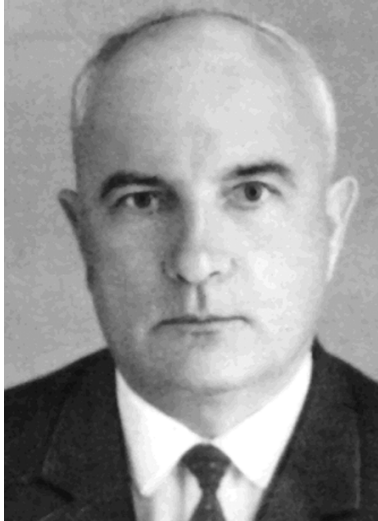
**М**айбутній український академік народився 12 (25) липня 1914 р. у с. Гурівці Козятинського району Вінницької області в селянській сім'ї. Борис Мусійович закінчив 1931 р. у рідному селі семирічну школу, а наступного року — короткострокові обласні курси газетних працівників. Відтоді до 1934 р. працював у районних газетах, паралельно навчаючись на вечірньому робітничому факультеті й комсомольському відділенні Всеукраїнського інституту журналістики у м. Харкові.

У 1935 р. вступив до Інституту радянського будівництва і права (м. Харків), а 1936 р. перевівся на юридичний факультет Київського університету, який закінчив 1940 р.

Навчання поєднував з активною громадською діяльністю. Ще студентом почав працювати в органах прокуратури. З червня 1939 р. — прокурор кримінально-судового відділу Прокуратури УРСР, з вересня 1940 р. — помічник військового прокурора Київського особливого військового округу, з червня 1941 р. — на прокурорських посадах у діючій армії. Брав участь в обороні м. Києва та у визволенні Правобережної України, Молдавії, Румунії, Угорщини, Чехословаччини й Австрії. Служив Борис Мусійович

сумлінно і звитязно, що засвідчили численні бойові нагороди.

У серпні 1947 р. Б. Бабій залишив військову службу і повернувся до альма матер викладачем, а згодом і заступником декана юридичного факультету. Звідси перейшов на роботу



до Академії наук, був призначений вченим секретарем, потому — заступником директора Сектору держави і права АН УРСР (з 1969 р. був перетворений в Інститут держави і права АН УРСР). Багатий досвід редакторської праці і практичної юридичної діяльності сприяв швидкому зростанню правознавця як науковця. Колегам імпонували його висока організованість і дисциплінованість, коректність у міжлюдських стосунках, наполегливість у досягненні поставленої мети.

У 1950 р. Б. Бабій став кандидатом юридичних наук, у 1964 р. — доктором юридичних наук, у 1966 р. — професором, а в 1967 р. — членом-кореспондентом АН УРСР. На додаток до інститутських обов'язків 1968 р. вченого обрали академіком-секретарем Відділення економіки, історії, філософії і права (з 1976 р. — Відділення історії, філософії і права) і членом Президії АН УРСР. У 1972 р. Бориса Мусійовича було обрано академіком АН УРСР, а в 1974 р. він став

директором Інституту. Цю посаду він обіймав майже півтора десятиліття і багато зробив для подальшого розвитку Інституту.

Під керівництвом Б. Бабія Інститут став однією з найавторитетніших наукових юридичних установ не лише в УРСР, а й у всьому Радянському Союзі. Вагомість цих досягнень є незаперечною навіть у наш час. Він особисто піклувався про те, щоб не було так званої дрібної тематики, щоб науковці інституту порушували вагомі суспільні проблеми, відгукувалися на запити юридичної практики.

Як директор Інституту Борис Мусійович був причетним до розвитку багатьох галузей юридичної науки. Проте власні його наукові інтереси зосереджувалися переважно в галузі історії держави і права Радянської України. Першим вагомим науковим здобутком правознавця стала кандидатська дисертація «Встановлення Радянської влади у Західній Україні і воз'єднання її з Українською РСР», захищена у грудні 1950 р. Згодом 1954 р. побачила світ підготовлена на основі цієї дисертації його монографія «Воз'єднання Західної України з Українською РСР». Це була перша секторальна монографія історико-юридичного характеру. А через два роки вчений опублікував монографію «Місцеві органи державної влади Української РСР в 1917–1920 рр.», де звернувся до витоків української радянської державності.

Підсумком нових творчих зусиль Б. Бабія стала велика монографія «Українська Радянська держава в період відновлення народного господарства (1921–1925 рр.)» (Київ, 1961 р.). Книга упродовж тривалого часу вважалася своєрідною юридичною енциклопедією з питань нової економічної політики на Україні. Піз-

ніше, коли змінилися загальні умови наукової діяльності, вчений ґрунтовно допрацював монографію, вніс відповідні корективи щодо характеристики ряду історичних постатей і успішно захистив у 1963 р. докторську дисертацію. У річичі цієї ж історико-правової тематики правознавець опублікував ще два монографічних дослідження: «В. І. Ленін і будівництво Української Радянської держави» (Київ, 1957 р.) та «Союз РСР і роль України в його утворенні» (Київ, 1972 р.).

Уже будучи відомим вченим, Б. Бабій започаткував у республіці традицію юридичних наукознавчих досліджень. Першою ластівкою стала його доповідь «Розвиток юридичних наук в Академії наук УРСР за роки Радянської влади» на науковій конференції 1966 р. У наступні роки він підготував ще кілька публікацій з історії української юридичної науки, зокрема невелику за обсягом монографію «Правовые исследования в Академии наук Украинской ССР: 1919–1973» (Київ, 1974 р.). Через 10 років ця монографія трансформувалась у працю «Очерк развития правовых исследований в Украинской ССР: 1919–1984 гг.». Саме з цих праць академіка і розпочався розвиток нового напрямку дослідження, спрямованого на визначення історичних здобутків і пріоритетів вітчизняної юридичної науки.

В останні роки життя академік переосмислив деякі свої погляди. Його більш зважена позиція виявилася і в науковій доповіді «У витоків радянської юридичної науки в УРСР», зробленій 23 березня 1989 р. на методологічному семінарі у відділі історії держави і права Інституту держави і права АН УРСР.

Для розвитку української історико-юридичної науки вагоме значення мала науково-організаторська діяльність

академіка з підготовки узагальнених курсів історії держави і права УРСР. Перша праця з цих питань побачила світ 1961 р. під загальним керівництвом В. Корецького. Борис Мусійович був формально лише одним із провідних авторів і членів редколегії, але реальна координуюча роль його у підготовці цього видання була більшою. Наступні видання курсу у 1967 р., 1976 р. (відзначений 1981 р. Державною премією УРСР у галузі науки і техніки) і 1987 р. вже офіційно здійснювалися під керівництвом Б. Бабія.

До кола наукових інтересів ученого належали питання функціонування української правничої мови, становлення й унормування національної юридичної термінології. Доречно зауважити, що сам Борис Мусійович спілкувався майже виключно українською мовою, за редакторською звичкою постійно дбав, щоб його учні і колеги не відступали від відповідних мовних нормативів. Проте в умовах тогочасних реалій, зокрема тенденції до мовної уніфікації, інтерес вченого до мовних проблем, на жаль, досить довго не міг знайти адекватного втілення у його наукових працях. Лише у 1985 р. під керівництвом академіка було підготовлено і видано «Русско-український словарь юридической терминологии», який і сьогодні не втратив свого значення. Правознавець також входив до складу редколегій фундаментальних видань «Історія Української РСР», «Радянська енциклопедія історії України», «Зібрання чинних законів УРСР», «Звід пам'яток історії і культури УРСР», був членом головної редколегії другого видання «Української радянської енциклопедії».

До творчого доробку Б. Бабія належить близько 400 наукових праць. Він також активно займався практичною законопроектною діяльністю, зокрема

в 1963–1970 рр. був членом юридичної комісії при Раді Міністрів УРСР, згодом брав безпосередню участь у підготовці Конституції УРСР 1978 р. та ряду законів УРСР (переважно у галузі державного права), був членом науково-консультативної ради при Комісії по виданню Зводу законів УРСР.

Як організатор науки вчений багато зробив для становлення наукової школи київських істориків права. Також слід підкреслити, що Борис Мусійович дбав не лише про очолюваний ним академічний інститут, а й про розвиток фундаментальних досліджень у багатьох інших наукових закладах, якими він упродовж 20 років опікувався як академік-секретар Відділення історії, філософії і права АН УРСР.

Судилося академіку стати 1985 р. і першим головою Українського відділення Радянської асоціації політичних наук, бути у витоків цієї відносно нової для нашої держави наукової галузі.

Б. Бабій був членом Постійної палати Третейського суду в Гаазі (з 1976 р.), Комісії України у справах ЮНЕСКО, очолював українські делегації на Конференції ООН з дослідження та використання космічного простору в мирних цілях (Відень, 1968 р.), з питань представництва держав у їхніх взаємовідносинах із міжнародними організаціями (Відень, 1975 р.), Міжнародному семінарі ООН щодо боротьби з расизмом та расовою дискримінацією, сесії спеціального комітету ООН щодо міжнародного тероризму (Нью-Йорк, 1979 р.), на Другій Всесвітній конференції з боротьби проти расизму та расової дискримінації (Женева, 1983 р.).

Активну участь учений брав у громадському житті, зокрема у правлінні Українського товариства охорони пам'яті історії та культури, Україн-

ському республіканському комітеті захисту миру; неодноразово обирався депутатом місцевих рад. Борис Мусійович був членом редколегії журналу «Радянське право» (нині — «Право України»). Він був людиною щедрої душі, чуйною і скромною, вимогливою як до колег і підлеглих, так і насамперед до самого себе.

За активну наукову і громадську діяльність учений був нагороджений багатьма орденами і медалями, удостоєний почесного звання заслужений діяч науки і техніки України (1974 р.) та звання лауреата Державної премії УРСР у галузі науки і техніки.

У 1988 р. Борис Мусійович Бабій залишив посаду директора Інституту і роботу у Відділенні історії, філософії і

права. Відтоді він перебував радником Президії АН УРСР, керував аспірантами і докторантами, виконував разові академічні доручення. Незадовго до своєї смерті Указом Президента України вчений був призначений одним з академіків-засновників Академії правових наук України. Помер Б. Бабій 19 вересня 1993 р.

Світла пам'ять та спогади про діяльність великого вченого-правознавця, академіка Бориса Мусійовича Бабія назавжди залишаться в серцях широкого загалу науковців, колег та учнів.

***І. Усенко***

*кандидат юридичних наук,  
професор*

## ФУНДАМЕНТАЛЬНА ПРАЦЯ З ПРОБЛЕМ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ФІНАНСОВОГО ПРАВА ТА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ФІНАНСОВОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

**С. КАДЬКАЛЕНКО**

*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри конституційного  
та адміністративного права  
(Київський національний університет  
імені Тараса Шевченка)*

Юридична громадськість одержала ґрунтовне дослідження з проблем юридичної відповідальності суб'єктів фінансового права та забезпечення фінансової безпеки України\*. Це перша праця у фінансово-правовій науці, в якій з використанням значного масиву теоретичних джерел та практичних матеріалів автор досліджує як механізм правового забезпечення фінансової безпеки, так і його окремі елементи, зокрема юридичну відповідальність суб'єктів фінансового права. Її видання зумовлене необхідністю висвітлення зазначених проблем в умовах побудови в Україні правової держави.

Структура монографії логічна та вдала: вона складається з чотирьох розділів, поділених на 16 підрозділів.

Оригінальним та новим є те, що у розділі I праці, крім формулювання поняття «фінансова безпека», аналізується її система та механізм забезпе-

чення (с. 18–74). Заслуговує на увагу детальний аналіз повноважень суб'єктів фінансового права у сфері забезпечення фінансової безпеки, якому присвячено окремий підрозділ (с. 74–103). Автором формулюється логічний висновок, що серед таких повноважень основними є контрольні (с. 104). З метою гарантування фінансової безпеки у праці запропоновано удосконалити зазначені повноваження, зокрема прийняти норми, змістом яких передбачити: право Рахункової палати не лише інформувати про порушення законодавства чи порушувати клопотання перед певними органами про притягнення до відповідальності, а й самостійно приймати відповідні рішення (с. 83–84); підпорядкування Міністерству фінансів України органів Державної податкової служби та Державної митної служби (с. 85); право органів Державного казначейства застосовувати штрафні санкції за нецільове вико-

\* Дмитренко Е. С. Юридична відповідальність суб'єктів фінансового права у механізмі правового забезпечення фінансової безпеки України : проблеми теорії та практики : моногр. / Е. С. Дмитренко ; Нац. акад. Служби безпеки України. — К. : Юрінком Інтер, 2009. — 592 с.

ристання коштів Державного бюджету України (с. 86).

У розділі II монографії досліджуються теоретико-правові аспекти юридичної відповідальності суб'єктів фінансового права у контексті фінансової безпеки. Окремий підрозділ присвячено розгляду системи юридичної відповідальності суб'єктів фінансового права, яку автор визначає як сукупність окремих її стадій, правових засобів, за допомогою яких забезпечується її реалізація, та окремих її видів (с. 153). Заслугою автора вважаю висвітлення конституційно-правових засад становлення та розвитку аналізованого інституту (с. 154–180). Цінним також є розгляд змісту норм про інститут юридичної відповідальності суб'єктів фінансового права у міжнародно-правових актах та зарубіжному законодавстві (с. 181–190).

Структура розділу III дає можливість розглянути у логічній послідовності підстави юридичної відповідальності суб'єктів фінансового права. Автор в окремих підрозділах обґрунтовує та аргументує положення, які свідчать про нові підходи до визначення фінансово-правових понять. Зокрема, у праці зазначено, що фінансове правопорушення — це суспільно шкідливе, протиправне, винне діяння деліктоздатної особи, що порушує врегульований фінансово-правовими нормами порядок мобілізації, розподілу та використання публічних фондів коштів, за яке законодавством передбачена фінансово-правова відповідальність (с. 201). В іншому підрозділі міститься сформульований висновок про примус у фінансовому праві як владно-примусовий вплив держави в особі уповноважених нею органів на суб'єктів фінансового права у разі вчинення ними правопорушень шляхом встановлення для них певних негатив-

них наслідків у формі обмежень особистого, організаційного або майнового характеру з метою охорони фінансових правовідносин, покарання правопорушників, попередження правопорушень та спонукання суб'єктів фінансових правовідносин до дотримання належної поведінки у сфері фінансової діяльності (с. 222). Також автором уперше сформульовано систему юридичних санкцій за правопорушення у сфері фінансової діяльності (с. 240), систему проваджень за участю суб'єктів фінансового права (с. 263–265).

У розділі IV розглянуто питання удосконалення механізму юридичної відповідальності суб'єктів фінансового права. Окремі підрозділи праці розкривають причини вчинення бюджетних (с. 308–311), податкових (с. 338–339), валютних правопорушень (с. 430–433), правопорушень у сфері державних (місцевих) запозичень (с. 394–395), грошового обігу та розрахунків (с. 420–422). Позитивним є те, що у монографії формулюються конкретні напрями удосконалення механізму застосування юридичної відповідальності для протидії зазначеним правопорушенням та гарантування фінансової безпеки. Підтримую висловлені у монографії думки щодо потреби удосконалити зміст норм про розмір пені; передбачити адміністративну та кримінальну відповідальність співробітників Державної податкової служби за безпідставне надання платникам податків переваг при відшкодуванні ПДВ; прийняти норми про відповідальність за безпідставне надання кредитів та їх нецільове використання; визначити поняття «фіктивний суб'єкт господарської діяльності», «фіктивне підприємство», «фіктивна фірма», «предмет, об'єкт та суб'єкт легалізації доходів, здобутих злочинним шляхом», «ухилення від сплати обов'язко-

вих платежів» (стосовно фізичної та юридичної особи); співвіднести поняття «приховування» і «заниження» доходів (прибутків) (с. 444–445).

Водночас хотілося б висловити деякі зауваження, які можуть бути використані автором у подальшій роботі над темою. На мою думку, доцільно було б у розділі II дослідити історичні витоки інституту юридичної відповідальності. Можна було б розглянути в одному підрозділі шляхи удосконалення юридичної відповідальності за бюджетні правопорушення та правопорушення у сфері державних (місцевих) запозичень.

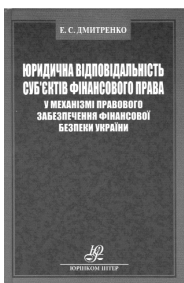
Але висловлені зауваження жодною мірою не впливають на загальну високу оцінку рецензованої праці — вони стосуються, як правило, спірних положень і не порушують її цілісності й не знижують актуальності та значення.

Монографія Е. Дмитренко завдяки порушеним у ній проблемам і запропонованим варіантам їх вирішення має викликати інтерес не лише науковців, а й співробітників правоохоронних та контролюючих органів, студентів, усіх, кого цікавлять проблеми юридичної відповідальності та фінансової безпеки.

Вийшло друком видання:

**Дмитренко Е. С.**

**Юридична відповідальність суб'єктів фінансового права у механізмі правового забезпечення фінансової безпеки України : моногр. / Е. С. Дмитренко. — К., 2009. — 592 с. — С. 501–591.**



Монографію присвячено малодослідженій у сучасній юридичній літературі темі — аналізу механізму правового забезпечення фінансової безпеки та місця у ньому юридичної відповідальності суб'єктів фінансового права. Розкривається сутність понять «безпека», «національна безпека», «національні інтереси», «фінансова безпека», «фінансові інтереси», «система фінансової безпеки». Досліджується механізм забезпечення фінансової безпеки держави та роль у ньому фінансово-правових засобів. Розглядаються повноваження суб'єктів фінансового права у захисті фінансової системи від протиправних посягань. Проводиться комплексне дослідження інституту юридичної відповідальності суб'єктів фінансового права та визначається його місце у ме-

ханізмі правового забезпечення фінансової безпеки. Окремий розділ стосується розгляду підстав юридичної відповідальності суб'єктів фінансового права та їх впливу на фінансову безпеку України. Автор аналізує проблеми застосування юридичної відповідальності за бюджетні, податкові правопорушення, правопорушення у сфері державних (місцевих) запозичень, грошового обігу та розрахунків, валютного регулювання у розрізі фінансової безпеки держави. У праці сформульовано висновки та пропозиції з метою удосконалення інституту юридичної відповідальності суб'єктів фінансового права та гарантування фінансової безпеки України.

Для наукових працівників, викладачів, аспірантів, студентів (курсантів) та слухачів юридичних навчальних закладів і факультетів.



# КОМЕНТАР ДО ЧИННОГО КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ РЕСПУБЛІКИ КАЗАХСТАН\*

**В. БАХІН**

*доктор юридичних наук,  
професор кафедри кримінального права,  
процесу і криміналістики  
(Національний університет державної  
податкової служби України)*

**Н. КАРПОВ**

*доктор юридичних наук,  
професор кафедри кримінального процесу  
(Київський національний університет  
внутрішніх справ)*

**П**рофесор М. Когамов опублікував у 2008 р. Коментар до Кримінально-процесуального кодексу Республіки Казахстан, метою якого є роз'яснення нормативного кримінально-процесуального законодавства й узагальненої практики правоохоронної діяльності та правосуддя Республіки Казахстан [1].

М. Когамов обіймав оперативнотрудові посади МВС, податкової і фінансової поліції, а також працював керівником Академії фінансової поліції і державного юридичного університету Республіки Казахстан. Закінчивши ад'юнктуру Київської вищої школи МВС СРСР, 1982 р. захистив кандидатську дисертацію в Київському державному університеті ім. Т. Г. Шевченка, а 1997 р. — докторську.

Розроблення і прийняття закону, що регламентує кримінально-процесуальну діяльність, є надзвичайно важливою і значущою подією для правоохоронної системи будь-якої держави. Особливу складність становить розроблення нормативних актів, що

здійснюється на переломному етапі розвитку країни, коли змінюються соціальні умови, потерпає істотних змін система економічних і політичних відносин, змінюється психологія населення. Саме такі реалії постали перед законодавцями молодих держав, що утворилися після розпаду колись великої та єдиної держави — Союзу РСР. Багато з них, як наприклад Україна, до сьогодні не мають нових процесуальних законів і змушені використовувати старі норми, змінивши назву відповідного Кодексу, лише позначивши в ньому самостійність державного статусу й доповнивши його окремими статтями, або подаючи ті ж статті, певною мірою, в іншій інтерпретації. Такий шлях — це шлях півзаходів, що не повинен задовольняти ні органи досудового слідства, ні судові органи, ні державу та її окремих громадян, які потрапляють до сфери застосування цього закону.

У зв'язку з цим ми гаряче підтримуємо й вітаємо успіхи наших колег із Республіки Казахстан, які змогли по-

\* Когамов М. Ч. Коментарій к уголовно-процессуальному кодексу Республики Казахстан. Общая и Особенная части. — Алматы: Жеті Жарғы, 2008. — 896 с.

над 10 років тому прийняти й увести в дію новий Кримінально-процесуальний кодекс (КПК) з урахуванням сучасних тенденцій національного законодавства. Як свідчить зміст КПК, законодавець приймав рішення виважено, після ретельного та всебічного аналізу теоретичних засад і з урахуванням нинішньої практики судочинства. Аналіз цього нормативного акта показав, що в ньому враховані інтереси, насамперед, громадян, особистості, учасників процесу й водночас установлені чіткі орієнтири для державних органів, що здійснюють владні функції.

Більшість процесуальних процедур КПК Республіки Казахстан досить широко й докладно відображено в тексті нормативів кримінально-процесуального закону (наприклад, ст. 222 «Загальні правила проведення огляду», ст. 197 «Повноваження прокурора в ході досудового слідства», ст. 232 «Порядок проведення обшуку й виїмки», ст. 229 «Порядок пред'явлення для впізнання» та ін.), які ще додатково конкретизуються у приписах Коментарю до КПК, що сприяє засвоєнню і застосуванню положень (правил) кримінально-процесуального законодавства практичними працівниками правоохоронних органів і правосуддя.

Коментар законодавчих норм КПК Республіки Казахстан конкретизує, уточнює і доповнює їх зміст відповідно до законів і постанов Парламенту Республіки Казахстан, указів Президента Казахстану, постанов Кабінету Міністрів Республіки Казахстан, наказів Генерального прокурора й міністра фінансів, нормативних постанов Верховного Суду Республіки Казахстан й інших правочинних органів, які прийняли нормативні акти після 13 грудня 1997 р.

Окремі колишні положення КПК деталізовані й перебудовані відпо-

відно до нових умов діяльності кримінального судочинства сучасного суспільства й держави, а також з'явилися нові (наприклад, ст. 4 «Застосування на території Республіки Казахстан кримінально-процесуального права іноземної держави», ст. 3 «Притягнення до кримінальної відповідальності за заявою комерційної або іншої організації», ст. 130 «Використання результатів оперативно-розшукової діяльності в доведенні по кримінальних справах», ст. 133 «Права громадян на затримання осіб, які вчинили злочин», ст. 236 «Перехоплення повідомлень», ст. 267<sup>1</sup> «Оголошення міжнародного розшуку» та ін.).

У низці випадків законодавці Казахстану принципово змінили окремі положення КПК. Так, радянський законодавець дозволяв до порушення кримінальної справи проводити лише одну слідчу дію — огляд місця події. Чинний КПК України забороняє призначення і проведення експертизи до порушення кримінальних справ, як стверджують В. Маляренко й В. Гончаренко, за редакцією яких видано науково-практичний коментар КПК України [2, 440]. Ми, як і багато інших учених, вважаємо, з метою проведення ефективного розслідування злочинів п. 2 ст. 242 КПК Республіки Казахстан установила, що у випадках, коли ухвалення рішення про порушення кримінальної справи неможливо без проведення експертизи, вона може бути призначена до порушення кримінальної справи. Про призначення експертиз до порушення кримінальних справ йдеться також у КПК Білорусі й Узбекистану, а у КПК Російської Федерації така можливість чітко не зазначена. За даними опитування, проведеного нами, 91,6 % респондентів висловилися за надання дозволу на проведення експертиз, без висновків яких важко вирішити питання про порушення

кримінальних справ [3, 37]. Як зазначає В. Махов, таку думку поділяють 60 % опитаних прокурорів і 80 % слідчих [4, 127]. Багато вчених наголошують на необхідності правомірності проведення експертиз до порушення кримінальних справ [5, 176; 6, 58–60].

М. Когамов зауважує, що експертиза до порушення кримінальних справ призначається з ініціативи слідчих й учасників кримінального процесу, які захищають або представляють права та інтереси потерпілих [1, 450], але не розкриває конкретних підстав, наприклад, наявність виявленої речовини наркотиком, фальшивки грошових купюр тощо, що не може бути встановлено без експертного дослідження.

При затриманні особи або ув'язненні її під варту у ст. 233 КПК Республіки Казахстан зазначено про можливість проведення особистого обшуку без присутності понятих. У Коментарі не пояснюється, яким чином має бути зафіксовано те, що виявлено при проведенні обшуку, у разі, коли затриманий заявить, що виявлене в нього підкладено йому особою, яка проводила обшук. Ще складніша ситуація виникає при проведенні обшуку у приміщенні, а саме: а) при проведенні бойової операції, коли оперативна група силою проникає в необхідне приміщення і долає опір осіб, які у ньому перебувають (у тому числі збройний), а присутність понятих у цьому разі неможлива; б) власне процедура обшуку відповідно до ст. 232 КПК (без чинення опору або після подолання його). Виникає запитання: «Як має бути зафіксовано те, що не було виявлено в безпосередній присутності понятих?» Ця операція не відображена у КПК Республіки Казахстан і Коментарі, що рецензуємо, а також, як показали результати наших досліджень, і в КПК інших держав.

Важливе значення мають норми КПК, реалізація яких неодмінно пов'язана із вторгненням у сферу особистих прав та інтересів особистості. Такими є, насамперед, обшук, вїмка, затримання, арешт, перехоплення повідомлень, які можуть здійснюватися у встановленому порядку та з дотриманням правил, передбачених для оперативно-розшукової діяльності, а отримані матеріали можна використати саме так, як пропонують положення, передбачені ст. 130 («Використання результатів оперативно-розшукової діяльності в доведенні по кримінальних справах»).

Юристи Франції, Німеччини, Швейцарії й інших країн зазначають про застосування «спеціальних» або «особливих» слідчих дій (аналогів наших оперативно-розшукових заходів), які виключають істотне обмеження прав особистості [7, 67–70].

Розслідування і слухання справ у суді зазвичай пов'язано зі значними матеріальними витратами й обтяжує матеріальне становище багатьох учасників процесу. Йдеться насамперед про потерпілих, свідків, понятих, перекладачів, спеціалістів й інших учасників процесу, чия присутність у кабінеті дізнавача, слідчого, у суді жодним чином не пов'язана з їх особистими устремліннями або бажаннями, не належить до кола їх повсякденних обов'язків. Передбачене ст. 174 КПК відшкодування понесених витрат таким особам за рахунок засобів республіканського бюджету свідчить про зрілість держави, її дійсну турботу про своїх громадян, повагу їх інтересів.

Автор не включив до Коментарю проблеми наукової дискусії, але деяких торкається і викладає свої позиції. Так, розглядаючи п. 5 ст. 222 КПК — про виключення випадків проведення огляду місця події без понятих, він за-

значає, що норми КПК не передбачили механізм залучення громадян як понять при проведенні слідчих дій [1, 201–202, 407].

Оскільки Коментар призначений для студентів й усіх, кого цікавлять питання кримінального процесу, на нашу думку, варто дати посилання на

джерела, в яких розглянуто найбільш важливі та складні проблеми.

Змістовність і новизна положень КПК Республіки Казахстан і коментарю М. Когамова до КПК Казахстану, на нашу думку, сприятиме успішній підготовці проекту КПК України.

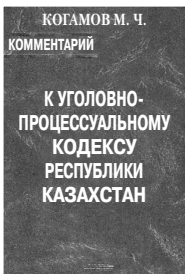
#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Когамов М. Ч.* Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Республики Казахстан. Общая и Особенная части. — Алматы, 2008. — 896 с.
2. *Кримінально-процесуальний кодекс України* : наук.-практ. комент. / за заг. ред. В. Т. Маляренка, В. Г. Гончаренка. — 2-ге вид., переробл. та допов. — К., 2004. — Ч. 1.
3. *Бахін В. П., Карпов Н. С.* Материалы к изучению практики борьбы с преступностью. — К., 2007. — 489 с.
4. *Махов В. Н.* Использование знаний сведущих лиц при расследовании преступлений. — М., 2000.
5. *Нагнойный Я. П.* О возможности назначения судебной экспертизы до возбуждения уголовного дела // Криминалистика и судебная экспертиза. — К., 1967. — Вып. 4.
6. *Бахін В. П.* Криминалистика. Проблемы и мнения (1962–2002). — К., 2002.
7. *Кавалирец А. К.* Об одном аспекте интеграции криминалистической и оперативно-розыскной деятельности // Роль и значение деятельности профессора Р. С. Белкина в становлении и развитии современной криминалистики. — М., 2002.

Вийшло друком видання:

**Когамов М. Ч.**

**Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Республики Казахстан. Общая и Особенная части. — Алматы, 2008. — 896 с.**



Данный Комментарий представляет собой работу нового типа. В нем разъясняется смысл норм действующего Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, приводится обобщенная практика правоохранительной деятельности и правосудия. В тексте Комментария учтены изменения уголовно-процессуального законодательства по состоянию на 1 сентября 2008 г.

Комментарий адресован студентам, курсантам, слушателям, аспирантам, преподавателям, сотрудникам органов уголовного преследования и судам, адвокатам, а также всем, кого интересуют вопросы уголовного процесса Республики Казахстан.

## До уваги авторів!

1. Статті, що надсилаються до редакції журналу «Право України», відповідно до постанови Президії Вищої атестаційної комісії України № 7-05/1 від 15 січня 2003 р. «Про підвищення вимог до фахових видань, внесених до переліків ВАК України», повинні містити такі елементи:

- постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями;
- аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання цієї проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття;
- формулювання цілей статті (постановка завдання);
- виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів;
- висновки з цього дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.

2. Загальний обсяг публікації (назва статті, відомості про автора, текст статті, використані матеріали, анотація, ключові слова) не повинен перевищувати 8–10 сторінок (*Times New Roman*; кегль 14; інтервал 1,5).

Після використаних матеріалів подаються анотації та ключові слова трьома мовами (українська, російська, англійська). Анотації мають містити, зокрема: прізвище та ім'я автора, назву статті.

3. До статей аспірантів, ад'юнктів і здобувачів наукового ступеня має додаватися витяг з протоколу засідання кафедри про рекомендацію статті до друку, засвідчений належним чином.

4. Список цитованої літератури наводиться згідно з порядком посилання у тексті. Цифрові посилання у статті [у квадратних дужках] обов'язково повинні збігатися з відповідними номерами у використаних матеріалах. Кількість джерел у використаних матеріалах не повинна перевищувати 15.

5. У списку використаних матеріалів слід вказати:

- для періодичних видань — прізвище та ініціали автора статті, її назву, найменування та рік видання, номер, сторінку;
- для книг — прізвище та ініціали автора, назву книги, місто та рік її видання, сторінку.

6. До матеріалів необхідно додавати:

- електронний варіант статті у форматі *Word*;
- інформаційну довідку про автора: прізвище, ім'я, по батькові (повністю), науковий ступінь, вчене звання, місце роботи і посада, поштова адреса, контактний телефон;
- фото автора у форматі *Jpg*;
- копію квитанції про річну передплату на журнал.

Стаття, подана до редакції без дотримання вимог, наведених у пунктах 1–6, опублікуванню не підлягає.

Гонорар за публікацію не сплачується.

*Редакція залишає за собою право на рецензування, редагування, скорочення і відхилення статей.*

*За достовірність поданої інформації відповідальність несе автор.*

*Передрук опублікованих матеріалів журналу здійснюється тільки з дозволу автора і редакції.*

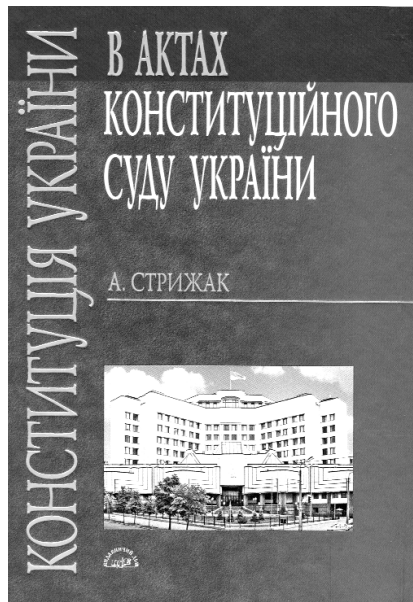
**Вийшло друком видання:**

**Стрижак А. А.**

**Конституція України в актах Конституційного Суду  
України (аналіт. огляд та комент.) / А. Стрижак. — К. :  
Ін Юре, 2010. — 631 с.**

Видання містить результати аналітичного дослідження практики конституційного судочинства (рішення, висновки та процесуальні ухвали за 1997–2009 рр.) щодо реалізації Конституційним Судом України його головного завдання — гарантування верховенства Конституції як Основного Закону держави. Виокремлено правові позиції Конституційного Суду України, а також авторські коментарі з питань конституційності законів та інших правових актів, тлумачення Конституції й законів України, інших питань, вирішення яких належить до конституційних повноважень Суду. Мета праці — популяризація діяльності єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні, поширення наукових знань у галузі конституційного права, що сприятиме формуванню правосвідомості громадян та розвитку юридичної освіти.

Розраховане на працівників органів законодавчої, виконавчої та судової влади, органів місцевого самоврядування, науковців та студентів юридичних факультетів вищих навчальних закладів.



***Замовляйте видання за телефонами:***

***0(44) 537-51-20, 537-51-21***

***або електронною поштою:***

***sales@inyure.kiev.ua***

***http://shop.inyure.kiev.ua***

## НАУКОВА РАДА

- В. Я. ТАЦІЙ – доктор юридичних наук, професор, академік НАН України, академік НАПрН України  
**(голова наукової ради)**
- В. П. ТИХИЙ – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України **(заступник голови)**
- В. Б. АВЕР'ЯНОВ – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- Ю. В. БАУЛІН – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- Л. К. ВОРОНОВА – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- А. П. ГЕТЬМАН – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- Ю. М. ГРОШЕВИЙ – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- А. П. ЗАКАЛЮК – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- Н. С. КУЗНЕСЦОВА – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- В. К. МАМУТОВ – доктор юридичних наук, професор, академік НАН України, академік НАПрН України
- В. Т. НОР – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- В. Ф. ОПРИШКО – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАН України
- М. І. ПАНОВ – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- Б. М. ПОЛЯКОВ – доктор юридичних наук, професор
- П. М. РАБІНОВИЧ – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- А. О. СЕЛІВАНОВ – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
- В. І. СЕМЧИК – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАН України, академік НАПрН України
- Ю. С. ШЕМШУЧЕНКО – доктор юридичних наук, професор, академік НАН України, академік НАПрН України

## РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

О. Д. СВЯТОЦЬКИЙ **(головний редактор)**, Ю. В. АЛДАНОВ **(заступник головного редактора)**, Ю. Г. БАРАБАШ, Ю. П. БИТЯК, А. М. БОЙКО, В. Ф. БОЙКО, В. І. БОРИСОВ, Ю. Л. БОШИЦЬКИЙ, В. Д. БРИНЦЕВ, В. Г. БУТКЕВИЧ, Т. Б. ДАНИЛОВА, В. М. ЄРМОЛАЄВ, Л. П. ІЗОВІТОВА, Т. Г. ЗАХАРЧЕНКО, Н. І. КАРПАЧОВА, М. І. КОЗЮБРА, В. В. КОМАРОВ, Т. В. КОРНЯКОВА, В. Л. КРОТЮК, О. Д. КРУПЧАН, Є. Б. КУБКО, В. В. ЛЕМАК, Л. А. ЛУЦЬ, О. І. МЕЛЬНИЧЕНКО, М. М. МИКІЄВИЧ, Н. М. ОНІЩЕНКО, М. П. ОРЗІХ, О. П. ОРЛЮК, А. Й. ОСЕТИНСЬКИЙ, П. С. ПАЦУРКІВСЬКИЙ, О. В. ПЕТРИШИН, П. Д. ПИЛИПЕНКО, В. Г. ПИЛИПЧУК, І. Г. ПОБІРЧЕНКО, О. О. ПОГРІБНИЙ, Д. М. ПРИТИКА, О. Г. ПУШЕНКО, Г. П. СЕРЕДА, С. Г. СЕРЬОГІНА, В. Ф. СІРЕНКО, О. В. СКРИПНЮК, В. В. СТАШИС, М. О. ТЕПЛЮК, В. А. ТИМОШЕНКО, І. А. ТИМЧЕНКО, Б. Й. ТИЩИК, В. І. ЧУШЕНКО, В. М. ШАПОВАЛ, Я. М. ШЕВЧЕНКО, В. Ю. ШЕПІТЬКО, І. Б. ШИЦЬКИЙ, А. Г. ЯРЕМА

*Журнал рекомендовано до друку  
Вченою радою Національної юридичної академії України  
імені Ярослава Мудрого (протокол від 19 березня 2010 р. № 9).*

*Адреса редакції: 01004, м. Київ, вул. Терещенківська, 4-б  
Розрахунковий рахунок: 2600701024248 в КФ ВАТ «Кредобанк» МФО 321897  
Телефони: 537-51-00 (головний редактор); 537-51-10, 246-59-62 (відповідальний секретар)  
Факс: 246-59-62*

**www.pravoua.com.ua**

*Листування з читачами — тільки на сторінках журналу.  
Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,  
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.*

*Редагування О. Варваріної, О. Міської, Н. Сидорської*

*Комп'ютерна верстка О. Карташової*

*Комп'ютерний набір та правка Т. Поліщук*

Реєстраційне свідоцтво КВ № 1053, видане Держкомвидавком України 03.11.94.

Підп. до друку 30.03.2010. Формат 70x108/16. Папір офсетний.  
Офсетний друк. Ум. друк. арк. **27,3**. Обл.-вид. арк. **19,89**. Зам. 326.  
Тираж 3 100. Ціна договірна.

Віддруковано у **ЗАТ «ВІПОЛ»**

Україна, 03151, м. Київ, вул. Волинська, 60.

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи  
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції  
Серія ДК № 752 від 27.12.2001 р.