

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ

ПРАВОВИХ

НАУК

УКРАЇНИ

№ 2 (57)

Заснований у 1993 році



Харків
2009

ISSN 1993-0909

Зареєстрований Міністерством України у справах преси та інформації
(Свідоцтво про Державну реєстрацію друкованого засобу масової
інформації. Серія КВ № 1254 від 17.02.95 р.)

Засновник — Президія Академії правових наук України, Національна
юридична академія України імені Ярослава Мудрого

Видавець — Академія правових наук України

Редакційна колегія: *В. Я. Тацій* (головний редактор), *М. В. Цвік*
(заступник головного редактора), *Ю. В. Баулін*, *Ю. П. Битяк*, *В. І. Борисов*,
М. В. Буроменський, *Л. К. Воронова*, *Ю. М. Грошевий*, *І. М. Даньшин*,
В. П. Колісник, *В. В. Комаров*, *В. О. Коновалова*, *О. Л. Копиленко*, *О. Д. Крупчан*,
Н. С. Кузнєцова, *В. В. Луць*, *В. К. Мамутов*, *О. П. Орлюк*, *М. І. Панов*,
О. В. Петришин, *О. О. Погрібний*, *М. Я. Сегай*, *М. М. Сібільов*, *В. Ф. Сіренко*,
О. В. Скрипнюк, *І. В. Спасибо-Фатєєва*, *В. В. Сташис*, *В. П. Тихий*, *М. Я. Швець*,
Ю. С. Шемшученко, *В. Ю. Шепітько*.

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

© Академія правових наук
України, 2009
© «Право», 2009

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

П. Рабінович, член-кореспондент АПрН України, професор Львівського національного університету імені Івана Франка

Феномен права в інтерпретації Страсбурзького суду (до 50-річчя Європейського суду з прав людини)

Вступні зауваги. Що таке «право» або, іншими словами, які явища відображаються цим терміно-поняттям?

У юридичній науці навряд чи існувала й існує проблема більш важлива, аніж пошуки відповіді на це запитання. Одна з особливостей будь-якого розв'язання названої проблеми полягає в його безпосередньо практичному значенні: так, від того чи іншого її розв'язання залежатиме, зокрема, правосуддя, тобто судження спеціальних владних державних органів про право — про його дотримання чи, навпаки, порушення.

Така значущість знаходить прояв також і в офіційних інтерпретаціях категорії «верховенство права» та в інтерпретаціях формально не узаконеного поняття «правомірність», якими іноді вже послуговуються деякі вітчизняні державні органи¹.

Нині одним із перспективних шляхів пошуку відповіді на означене запитання видається вивчення практики Європейського суду з прав людини (далі — Суд) із застосування ним норм Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року. Адже саме ця практика (як слушно відзначали М. Дженіс, Р. Кей та Е. Бредлі у книзі «Європейське право у галузі прав людини») здатна, окрім усього іншого, сприяти з'ясуванню того, «як створюється право і що таке право».

¹ Так, на принцип «верховенства права» неодноразово посилалася Національна комісія зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права у своєму Висновку від 27 грудня 2005 р. щодо Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 р. У згаданому судовому рішенні вжито слово «неправомірні» (дії).

Однак при цьому названими інститутами не оприлюднювалося, не задекларовувалося розуміння поняття права, зміст якого ніколи не був і нині не є уніфікованим. Тому й названі поняття залишаються предметом вельми неоднозначного, «строкатого» тлумачення.

Та спочатку нагадаємо окремі факти з історії створення Суду і наведемо деякі кількісні показники його діяльності за час його існування.

20 квітня 1959 року на урочистому засіданні Консультативної наради Ради Європи 15 суддів утвореного вперше в історії людства Європейського суду з прав людини склали присягу. Серед них були найавторитетніші фахівці, зокрема, Рене Кассен (Франція) — один з основних авторів проекту Загальної декларації прав людини 1948 року, Альф Росс (Данія) — знаний теоретик права, Альфред Фердросс (Австрія) — визнаний метр науки міжнародного права.

Ухваливши у тому ж році свій Регламент, Суд вже наступного року почав розглядати першу справу — «Ловлес проти Ірландії».

І ось минуло півстоліття...

За весь час своєї діяльності Суд (до складу якого нині входять 47 суддів, обраних Парламентською Асамблеєю Ради Європи по одному від кожної держави-члена) ухвалив — станом на 1 березня 2009 року — понад 10 250 рішень.

Нині в його правозахисному «портфелі» знаходиться близько 100 000 заяв стосовно порушення державами-членами Ради Європи Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція). І їх кількість не зменшується.

Помітний «внесок» у цей процес робить, на жаль, і Україна. Минулого року за кількістю заяв, що надійшли до Суду проти неї, вона була четвертою державою (після Росії, Туреччини та Румунії). Загалом на початок 2009 року на розгляд Суду чекали 8 250 «українських» справ. Кількість же рішень Суду, ухвалених по таких справах за весь час перебування України у складі Ради Європи, на сьогодні перевищує 500. (Додамо також, що у 2008 році за рішеннями, ухваленими Судом проти України, особам, чиї права були нею порушені, держава сплатила 20,5 млн грн як компенсацію матеріальної і моральної шкоди.)

Загалом ця статистика видається одним із переконливих свідчень актуальності вивчення тривалої прецедентної практики Суду й для з'ясування того, яке явище (чи які явища) він вважає правом.

Дослідження цієї практики Суду (відображеної, зокрема, у тих його рішеннях, які протягом 1997–2008 років опрацьовані Львівською лабораторією прав людини і громадянина Академії правових наук України, а також в інших рішеннях, які були опубліковані у вітчизняних та зарубіжних виданнях) саме і дозволяє сформулювати більш-менш адекватне уявлення про його праворозуміння. Останнє ж можна — з де-

якою умовністю — назвати «європейським», оскільки до складу цього органу входять найкращі фахівці-юристи майже з усіх держав Європи. Причому юристи, так би мовити, не звичайні, а, можна сказати, філософи права. Адже в процесі інтерпретації та застосування праволовинних положень Конвенції, сформульованих часто-густо у надто загальних, абстрактних виразах, ці судді «приречені» вдаватися не в останню чергу і до аргументів філософсько-правового ґатунку.

Таке наше дослідження дозволило виявити — хоча б у першому варіанті — те явище, в якому Суд вбачає феномен права, а також вирізнити низку тих онтичних властивостей, які конституують правовість цього явища.

Передовсім зауважимо, що Суд (вирішуючи питання про правомірність чи неправомірність діянь держави-відповідача) таким явищем зазвичай вважає можливості задовольняти певні потреби насамперед людини, а також окремих людських спільнот (зокрема, етнічних меншин), об'єднань (скажімо, релігійних) та й, зрештою, суспільства в цілому¹. Так, Суд неодноразово вказував на те, що визначення заходів, яких слід вжити для забезпечення позитивних обов'язків держав-відповідачів, покликаних гарантувати повагу сімейного життя, залежить «від потреб і можливостей суспільства та індивідів» (рішення у справах *Rees, Johnston and oth.*).

А ось ще низка настанов Суду такого ж плану:

- «З огляду на те, що національні органи безпосередньо володіють відомостями стосовно стану свого суспільства, його потреб та ресурсів, вони, у принципі, перебувають у кращому положенні, ніж міжнародні судді, задля того, аби визначити, яких заходів слід вжити у відповідній області...» (рішення у справах *Lithgow and oth.*; *Buckle*);

- «...право доступу (до Суду. — П. Р.)... вимагає державного регулювання, яке може здійснюватись залежно від місця і часу, відповідно до потреб і ресурсів як суспільства, так і конкретних осіб» (рішення у справі *Khalfou*);

- «вразливе ...положення циган як національної меншини вимагає, аби особлива увага мала бути приділена їхнім потребам та їх відмінному способу життя...» (рішення у справі *Chapman*).

У численних рішеннях Суду безпосередньо йде мова також про інтереси суб'єктів: інтереси особи, приватні інтереси, зокрема, інтереси

¹ Рішення у справах «*Buckle*», «*Bouchelkia*», «*Camenrind*», «*Ceylan*», «*Chapman*», «*Dudgeon*», «*Handysise*», «*Jankowski*», «*Jonstone*», «*Khalfou*», «*Lingens*», «*Olsson*», «*Rees*», «*Rekvenyi*», «*Serif*», «*Vogt*», «*Wingrove*», «*Games*», «*Gaskin*».

дитини чи інтереси її батьків (наприклад, рішення у справі *CommEDH*); інтереси групи, інтереси суспільства, тобто публічні інтереси (рішення у справах *James and oth.*, *Wemhoff*, *Sampanis*). А усвідомлені інтереси, як відомо, є, так чи інакше, відображенням відповідних потреб.

Причому йдеться — акцентуємо на цьому особливо! — про потреби не тільки матеріальні, але й духовні та соціальні. До речі, усе це може служити (окрім усього іншого) додатковою ілюстрацією підставності так званого потребового підходу до дослідження соціальних явищ (у даному випадку — до виявлення правомірності чи неправомірності поведінки держави-відповідача).

До правоконституюючих характеристик зазначеного явища — можливостей задоволення людських потреб, інтересів — Суд відносить такі:

1. Зумовленість людських потреб (можливості задоволення яких Суд схильний вважати правом) як біологічними властивостями індивіда (його віком, станом здоров'я, рівнем фізичного розвитку, психофізіологічними реакціями тощо), так і соціальними (зокрема, рівнем його соціалізованості, інтелектуального розвитку), або, як висловився Суд, «якістю адресата» закону¹.

Так, врахування Судом людських властивостей першої групи можна констатувати у його рішеннях, в яких йдеться про те, що:

- традиційна концепція шлюбу вимагає «...продовжувати застосування біологічних критеріїв, аби визначити стать особи у випадку шлюбу...» (рішення у справі *Cossey*);

- незбіг біологічних факторів у транссексуала, який переніс операцію, не може більше вважатися достатньою підставою для виправдування відмови в юридичному визнанні зміни статі зацікавленої особи (рішення у справі *Christine Goodwin*);

- «...положення біологічної матері є достатнім задля того, аби в неї були необхідні права для звернення до Європейського Суду також і від імені своїх дітей з метою захисту їх інтересів (рішення у справі *Scozzari and Giunta*);

- «погроза (школяру фізичним покаранням. — П. Р.) на адресу неуразливої людини може не справити на неї якогось помітного впливу, однак може бути, беззаперечно, такою, що принижує гідність; і навпаки — уразлива людина може бути надзвичайно глибоко вражена погрозою, котру можна було б визнати як таку, що принижує гідність,

¹ Рішення у справах «Costello Roberts», «Crus Varac», «Kulda», «Nsona», «Soering», «Tekin», «Vilvarajah».

лише спотворивши звичайне значення цього слова» (рішення у справі *Campbell and Cosans*);

- методи допиту «спричинили тим, до кого їх застосовували, якщо не реальні тілесні пошкодження, то, принаймні, неабиякі фізичні і моральні страждання, крім того, вони викликали у цих осіб гострі психічні розлади...», вони принизили гідність, оскільки могли викликати у жертв почуття страху, пригніченості й неповноцінності, здатних образити і принизити їх...» (рішення у справі *Irlande*).

Увага Суду до другої групи властивостей людини (соціальних властивостей) знаходила прояв, наприклад, у таких його твердженнях:

- при визначенні можливої небезпеки для суспільства неповнолітнього злочинця «необхідно обов'язково враховувати встановлений розвиток особистості і поведінку засудженого по мірі його дорослішання» (рішення у справах *Hussain, Singh*);

- «захід, який принижує ранг, положення чи репутацію особи, може вважатись поведінням, що принижує гідність у сенсі ст. 3 за умови, що він досягає певного рівня жорстокості» (рішення у справі *CommEDH*);

- «покарання може бути таким, що «принижує гідність» у сенсі ст. 3, якщо «жертва принижена у своїх власних очах, навіть, якщо вона не принижена в очах іншого» (рішення у справі *Tyrer*);

- здійснення свободи слова накладає, зокрема, «обов'язок уникнення, по можливості, того, що видається іншим необґрунтовано образливим...» (рішення у справі *Wingrove*);

- «право користуватися гарантованими Конвенцією правами без дискримінації також порушується, коли без об'єктивної розумної підстави держави не застосовують відмінне поведіння з особами, котрі перебувають у помітно відмінних ситуаціях» (рішення у справі *Thlimmenos*).

2. Такі можливості мають бути конкретними і справжніми (реальними), практично здійсненими¹.

3. Вони мають з'ясовуватись стосовно саме тієї унікальної життєвої ситуації, в якій опинився заявник. Суд постійно наголошує на необхідності зважати на специфічність, неповторність конкретної ситуації у різних державах, якщо вирішується питання про те, дотримано пев-

¹ Рішення у справах «Airey», «Allenet de Ribemont», «Coéme», «Vasilescu», «Waite and Kennedy».

не право або порушено, чи у даній ситуації поведінка держави-відповідача є правомірною або ж, навпаки, неправомірною¹.

4. Необхідними показниками, характеристиками такої ситуації мають бути, як вже відзначалось, власне суб'єктивні, суто індивідуальні психічні особливості людини, скажімо такі, як здатність розуміти зміст і вимоги закону, рівень фізичного розвитку, характер психічної реакції на діяння інших². Такі показники характеризують, так би мовити, особистісну ситуативність.

Та, окрім неї, Суд зважає також і на ситуативність соціальну. Найбільш рельєфно це виявляється тоді, коли він наголошує на необхідності тлумачити і застосовувати Конвенцію обов'язково у світлі актуальних умов сьогодення, тобто таких умов, які існують саме на момент розгляду відповідної справи³.

Наслідком такого підходу Суду є те, що (оскільки будь-які ситуації постійно трансформуються, «рухаються») фіксація конкретного змісту й обсягу означених можливостей (інтерпретація й оцінка правомірності чи неправомірності поведінки відповідної держави, її органів чи посадових осіб) не може бути застиглою, незмінно формалізованою. Навпаки, вона — у певному сенсі — здатна набувати відносності, релятивності. Звідси час від часу виникає потреба вдаватися (використовуючи, як висловлюється Суд, «динамічний та еволюційний підходи»⁴) до розвитку праворозуміння шляхом переінтерпретації положень Конвенції, а іноді й до їх, так би мовити, «добудови». Суд виходить із того, що «завжди буде існувати необхідність у пристосуванні загальних положень Конвенції до змінюваних обставин»⁵, причому навіть через посередництво формулювання права, текстуально не закріпленого у Конвенції⁶.

5. Нарешті, здатність задовольняти потреби та інтереси людини має бути «справедливо збалансованою» з можливостями задоволення потреб індивідів, інших суб'єктів соціуму, суспільства в цілому. Досягнення такого балансу Суд вважає основною метою, покликанням усього конвенційного механізму правозахисту. Ось позиції Суду з цього питання:

¹ Рішення у справах «B. C. France», «Cossey», «Lopes Ostra», «Ozgür Günden», «Rees».

² Рішення у справі «Campbell and Cosans».

³ Рішення у справах «Cossey», «Stafford».

⁴ Рішення у справах «Christine Goodwine», «Stafford».

⁵ Рішення у справі «Streletz, Kessler and Krenz».

⁶ Рішення у справі «John Murray».

- «Конвенція втілює справедливий рівновагу між захистом загально-го інтересу суспільства і дотриманням основоположних прав людини, надаючи особливої цінності цим останнім» (рішення у справі *Linguistique belge*);

- «Для всієї Конвенції є властивим пошук справедливого балансу між вимогами забезпечити загальні інтереси суспільства і захистити основоположні права людини» (рішення у справі *Soering*);

- «...принцип, покладений в основу усієї Конвенції, — справедлива рівновага, яка має бути встановлена між загальним інтересом та інтересом індивіда» (рішення у справі *Ozgur Gundem*);

- «Як Суд неодноразово стверджував, має бути встановлений справедливий баланс між інтересами суспільства в цілому і вимогами захисту основоположних прав індивіда; пошук такого справедливого балансу є невід'ємною частиною всієї Конвенції» (рішення у справі *Brumarescu*).

При цьому Суд свідомий того, що «важко встановити баланс протилежних інтересів» (рішення у справі *Chassagnou*). А зіставляючи, «співвимірюючи» різноманітні інтереси, Суд іноді констатує, що вони часто-густо не збігаються, є протилежними і навіть конфліктують між собою¹. І він нерідко відверто мотивує, саме з яких підстав «схилиє баланс» на користь лише певних суб'єктів, і саме чому інтереси лише таких осіб мають «отримати гору», «дістати перевагу» над інтересами інших². Ось декілька прикладів:

- «Суд вважає, що вимоги громадського порядку дістають перевагу в даному випадку, над міркуваннями особистого характеру, покладеними в основу заяви (рішення у справі *Boujlifa*);

- «Стаття восьма не допускає, щоб індивідуальні уподобання у питанні проживання отримали гору над загальним інтересом» (рішення у справі *Backley*).

- «Суд нагадує, що є необхідною справедлива рівновага між інтересами дитини і батьків. Роблячи це, Суд надає особливого значення інтересу дитини, який, відповідно до його природи й важливості, може дістати гору над інтересом батька» (рішення у справах *ELsholz, Johansen*).

У деяких рішеннях Суду зустрічаються й, так би мовити, методологічні настанови щодо встановлення означеного балансу. Так, у рішенні у справі *Young, James and Webster* Суд зазначив таке: «Хоча

¹ Рішення у справах «Beyeler», «Cardoso Coca», «Chapman», «Chassagnou».

² Рішення у справах «Boujlifa», «Backley», «Elsholz», «Scozzariet Giunta».

іноді й потрібно підпорядкувати інтереси особи інтересам групи, демократія не зводиться до постійної переваги думки більшості; вона передбачає рівновагу, котра забезпечується справедливим ставленням до меншин і виключає будь-яке зловживання домінуючим становищем».

Видається важливим підкреслити, що згідно з позицією Суду встановлення збалансованості різноманітних, таких, що збігаються, інтересів впливає, зокрема, з вимог соціальної справедливості та покликане забезпечувати останню. Посилання на неї зустрічаються у практиці Суду неодноразово (наприклад, рішення у справах *James and oth.*, *Lithgow and oth.*, *Mellacher and oth.*)

Фіксуючи усі відзначені властивості досліджуваного явища в дефініції відповідного терміно-поняття, можна резюмувати таке. Згідно з європейським (в означеному вище, дещо умовному, сенсі) праворозумінням, право — це об'єктивно зумовлені наявними біологічними та соціальними факторами конкретні й реальні можливості задоволення потреб (інтересів) суб'єктів соціуму, справедливо збалансовані з можливостями задоволення потреб (інтересів) інших суб'єктів та й усього суспільства і забезпечені відповідними обов'язками останніх. Ясна річ, цією дефініцією позначено поняття про право так зване загальносоціальне (соціально-природне), а не державно-вольове, не «юридичне».

Якщо зважати на той визначальний соціально-філософський концептуальний підхід, що на ньому ґрунтується наведена інтерпретація, то таке праворозуміння можна вважати «інструментально-потребовим». А оскільки йдеться про потреби людські, потреби людей, то воно є засадничо антропологічним.

При цьому варто зауважити, що означене праворозуміння є змістовно — у певних межах — інтегрованим. Адже воно, по-перше, об'єднує в єдиний комплекс різноманітні властивості тих чи інших явищ. А саме: потреби (інтереси) людини та інших суб'єктів; особистісні та соціальні особливості ситуації, в якій «здіяяні» учасники відносин; конкретність, реальність та ефективність можливостей задоволення їхніх потреб (інтересів); певну співвіднесеність, зрівноваженість тих можливостей, що ними володіють відповідні суб'єкти. З огляду на це наведене праворозуміння є, можна сказати, онтологічно-інтегративним.

По-друге, у такому праворозумінні одночасно спостерігаються, «відлунюються», так чи інакше, прояви декількох відомих теорій

(«шкіл») права: передусім соціологічної, а також реалістичної й екзистенціалістської (останні, на нашу думку, можна вважати — у широкому сенсі — різновидами відповідно соціологічно-позитивістського і психологічно-позитивістського праворозуміння).

Окрім цього, як відзначалось, неодмінною складовою праворозуміння Суду є втілення у досліджуваному явищі «справедливого» балансу різноманітних інтересів (передусім інтересів особи і суспільства), який має бути досягнуто шляхом їх зіставлення, «зважування». З цього приводу можна відзначити, що хоча зважуються, співвимірюються явища, котрі існують цілком «позитивно» — як суще, як факт (насамперед, людські потреби, інтереси), однак сам процес такого зважування відбувається у свідомості відповідного суб'єкта — причому за критеріями, які нерідко не тільки не позитивізуються, а й взагалі лишаються тільки-но ідеологічними конструктами, абстракціями, що мають, до того ж, суто оціночний характер. Образно кажучи, «важки», за посередництвом котрих здійснюється балансування інтересів, аби домогтися справедливості останнього, залишаються у сфері ідеалу. Він же, будучи інтелектуальним інструментом оцінювання, здебільшого протиставляється позитивно існуючій фактичній ситуації й нерідко служить, так би мовити, засобом протесту проти неї.

Та, однак, не забуваймо, що сам інтелектуально-духовний процес знаходження, конституювання справедливості, зокрема змістовне наповнювання її критеріїв («важок»), не є процесом неспричинюваним і невмотивованим. Він об'єктивно зумовлюється низкою обставин, які існують цілком позитивно. До них належать, зокрема, але нерідко лише в кінцевому підсумку, знову ж таки певні потреби (інтереси), причому, повторюю, потреби не тільки-но матеріальні. Щоправда, вони зазвичай легко приховуються абстрактними гаслами і поняттями (на кшталт тієї ж «справедливості»). Проте останні завжди є — в їх глибинному вимірі — так чи інакше, духовними «випаровуваннями» матеріальних умов існування людей, якими б численними і різноманітними іншими явищами, ланками такі «випаровування» не опосередковувались, не ускладнювались. Про це свідчить уся історія людства, покладена в основу її діалектично інтерпретованого матеріалістичного розуміння.

Зважаючи на все це, інструментально-потребове праворозуміння Суду можна вважати ще й гносеологічно-інтегративним.

Та чи не втрачається цілком нормативність, стандартизованість феномену права в тому праворозумінні, яке «висвітлюють» рішення Суду?

Вважаємо, що ні.

Адже оскільки настанови Суду про необхідність враховувати конкретні особливості кожної ситуації безвинятково поширюються на всі конкретні випадки, справи, тоді, гадаємо, відповідь на поставлене запитання буде ствердною. Всезагальність унікалізації — ось у чому можна вбачати діалектично суперечливу стандартизацію тих формально неоднакових явищ, які у даному випадку відображаються термінопоняттям «право».

Принагідно зауважимо, що мабуть, однотипний — потребовий — різновид праворозуміння підтримується й обстоюється нами вже протягом понад п'ятнадцяти років. Відповідно до цього правом **загальносоціальним** (тобто не державно-владним, не «юридичним») пропонуємо визнавати певні можливості учасників суспільного життя, які необхідні для задоволення їхніх біологічно й соціально обґрунтованих — за конкретно-історичних умов — потреб існування і розвитку, об'єктивно зумовлюються досягнутим рівнем розвитку суспільства і забезпечені відповідними обов'язками інших суб'єктів. А таким різновидом загальносоціального права, як **основоположні права людини** пропонується визнавати певні можливості людини, котрі необхідні для задоволення потреб її існування та розвитку в конкретно-історичних умовах, об'єктивно зумовлені досягнутим рівнем розвитку суспільства і забезпечені обов'язками інших суб'єктів¹.

Безперечно, дискусії стосовно витлумачування поняття права й визначення цього поняття триватимуть і надалі. Але при цьому, гадаємо, нині вже не можна не брати до уваги «європейське» (в означеному вище, дещо умовному, сенсі) праворозуміння, що його демонструє Суд, — праворозуміння, яке ґрунтується на антропологічній парадигмі, конкретизованій у так званому потребовому концептуальному підході до виявлення соціальної сутності того феномену, який відображається означеним термінопоняттям.

¹ Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави. – Вид. 10-те, допов. – Львів, 2008. – С. 17, 18.

О. Петришин, віце-президент Академії правових наук України;
Д. Лук'янов, начальник управління планування та координації правових досліджень Академії правових наук України

Законодавство України у сфері державної безпеки: загальнотеоретичні підходи до визначення

Розбудова незалежної Української держави зумовлює необхідність забезпечення державної безпеки як одного з пріоритетних напрямів державної політики. Сьогодні активно розвивається законодавство України у сфері державної безпеки. Водночас, попри беззаперечну актуальність цієї тематики, залишаються невизначеними дуже багато як теоретичних, так і практичних питань, пов'язаних із проблематикою національної безпеки України.

Перш за все необхідно визначитися з розуміннями більш загальних правових категорій, таких як законодавство, структура законодавства, галузь законодавства, їх види тощо. Ця необхідність зумовлена тим, що саме виходячи з розуміння зазначених термінів, визначивши місце законодавства України у сфері державної безпеки в системі вітчизняного законодавства в цілому, можна проводити подальший аналіз сучасного стану та шляхів вдосконалення законодавства у сфері державної безпеки, планувати його розвиток.

Термін «законодавство» є фундаментальною категорією загальної теорії права. Однак, хоча цей термін традиційно широко використовується, нормативно закріпленого поняття законодавства не існує. Не існує й однозначного його визначення і тлумачення у правовій науці. Термін «законодавство» часто вживається або навіть ототожнюється з такими категоріями, як закони, законодавчі акти, акти законодавства, нормативно-правові акти тощо. Ускладнює ситуацію й те, що за відсутності визначення термін «законодавство» часто зустрічається в Конституції України, законах України та інших нормативно-правових актах, що призводить до можливості множинності тлумачень тих чи інших приписів, неоднаковості їх застосування.

У працях вітчизняних науковців немає єдності в питанні обсягу нормативно-правових актів, які охоплюються поняттям «законодавство». Залежно від такого обсягу прийнято виділяти «законодавство» у широкому та вузькому значенні.

У широкому розумінні законодавством охоплюється сукупність усіх чинних нормативно-правових актів у державі¹. Деякі науковці відстоюють позицію, що до поняття «законодавство» входять не тільки нормативно-правові та підзаконні акти, а й навіть відомчі інструкції², нормативні акти місцевих органів виконавчої влади³. У даному випадку можна говорити про ототожнення поняття «законодавство» з усім масивом санкціонованих державою у формі приписів норм права.

Іншої позиції дотримуються прибічники концепції вузького розуміння терміна «законодавство», і пропонують його розуміти як сукупність нормативно-правових актів найвищої юридичної сили, тобто закони, що приймаються найвищим представницьким органом або референдумом⁴. На їхню думку, до поняття «законодавство» також слід включати відповідно до ч. 1 ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Є прихильники й поміркованого підходу до зазначеної проблеми, які визнають необхідність переходу від широкого розуміння терміна «законодавство», який використовувався у правовій традиції, що дісталася у спадок від радянського права, до вузького, але зазначають, що це питання майбутнього, адже здійснити одразу такий перехід неможливо.

Якщо вдається до аналізу статей 9, 19, 118, п. 12 розд. XV Конституції України, де й зустрічається термін «законодавство», можна зробити висновок про його використання як у вузькому, так і в широкому значеннях. Так у п. 12 розд. XV Основного Закону він вжитий у вузькому значенні, а у ст. 19 та ст. 118 — у широкому.

Для з'ясування змісту терміна «законодавство» необхідно звернутися до його тлумачення, наданого Конституційним Судом України (Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення ч. 3 ст. 21 КЗпП України від 9 липня 1998 р.). Аналізуючи сферу застосування контрактів, Конституційний Суд України

¹ Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави: навч. посіб. / П. М. Рабінович. – К., 1994. – С. 96.

² Головатий С. Нова Конституція України та подальший кодифікаційний процес / Сергій Головатий // Українське право. – 1997. – С. 12.

³ Поленина С. В. Теоретические проблемы системы советского законодательства / С. В. Поленина. – М., 1979. – С. 41.

⁴ Колодій А. М. Загальна теорія держави і права : навч. посіб. / А. М. Колодій, В. В. Копейчиков, С. Л. Лисенков. – К., 1997. – С. 173.

дійшов висновку, що термін «законодавство», який вживається в ч. 3 ст. 21 КЗпП України, потрібно розуміти так, що ним охоплюються такі види актів: закони України, чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети і постанови Кабінету Міністрів України, прийняті в межах їх повноважень і відповідно до Конституції України та законів України¹. Таким чином, Конституційний Суд України фактично визнав компромісне тлумачення поняття «законодавство», до якого не входять нормативно-правові акти, розташовані нижче в ієрархії, ніж акти Кабінету Міністрів України. Крім того, не можна не зауважити, що тлумачення Конституційного Суду України має казуальний характер та стосується виключно розуміння поняття «законодавство» в контексті ч. 3 ст. 21 КЗпП України. Та попри це багато вчених і правників акцентують увагу на значній кількості неузгодженостей нормативно-правових актів різної юридичної сили, які часто кардинально протилежно тлумачать цей термін².

Узагальнюючи зазначене, вбачається цілком обґрунтованою позиція багатьох вчених, які вважають за необхідне закріпити поняття «законодавство» у вузькому розумінні. Втім, неможливо заперечити той факт, що текст Конституції України сьогодні допускає і широке тлумачення цієї категорії, а Конституційний Суд України не визнає вузького тлумачення терміна «законодавство». Отже, до того часу, поки до Основного Закону не будуть внесені відповідні зміни, говорити про те, що термін «законодавство» слід розглядати виключно у вузькому значенні, вважаємо неможливим.

Враховуючи Рішення Конституційного Суду України від 9 липня 1998 р., до обсягу законодавства України у сфері державної безпеки пропонується включати такі нормативно-правові акти: закони України, чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети і постанови Кабінету Міністрів України, прийняті в межах їх повноважень та відповідно до Конституції і законів України.

¹Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміна «законодавство») // Офіц. вісн. України. – 1998. – № 32.

²Тлумачення терміна «законодавство» Конституційним Судом України // Юрид. журнал. – 2003. – № 5. – С. 128–130.

Наступна правова категорія, значення якої необхідно з'ясувати в контексті цього дослідження, — структура законодавства — є відображенням способів зв'язку між її елементами¹. Структура законодавства характеризує внутрішню розчленованість, диференційованість системи законодавства.

Оскільки система законодавства має багатогранний характер, у ній вирізняють горизонтальну та вертикальну площину². Деякі автори пропонують розглядати структуру законодавства виходячи і з інших критеріїв, зокрема залежно від функціонального призначення нормативно-правових актів. П. Євграфов справедливо зазначає, що держави з федеративною формою територіального устрою мають ще одну горизонтальну площину структури законодавства — загальнодержавне та федеральне законодавство³.

Власне структура законодавства проявляється головним чином у вертикальній площині. Вона виражається в ієрархічній побудові нормативних юридичних актів. Головним критерієм, що визначає місце того чи іншого нормативно-правового акта в зазначеній ієрархії, є юридична сила. Втім, до цього часу в Україні не прийнято закону, який би чітко встановлював ієрархію нормативно-правових актів за їх юридичною силою, хоча проекти Закону України «Про нормативно-правові акти» неодноразово розглядалися і навіть приймалися Верховною Радою України, після чого на них накладав вето Президент України. Верховна Рада України 22.12.2005 р. прийняла Закон України «Про закони і законодавчу діяльність», однак він також був заветований Президентом України. Наразі під егідою Ради національної безпеки і оборони України знову розробляється проект Закону України «Про нормативно-правові акти».

Слід також звернути увагу на те, що згідно з п. 17 ч. 1 ст. 92 Конституції України основи національної безпеки визначаються виключно законами України.

Таким чином, законодавство України у сфері державної безпеки з точки зору вертикальної площини є ієрархічно побудованою систе-

¹ 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. — С. 264.

² Алексеев С. С. Общая теория права : В 2 т. / Алексеев С. С. — Т. 2. — М., 1982. — С. 216.

³ Евграфов П. Соотношение структуры советского права и структуры советского законодательства : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01/ Павел Борисович Евграфов. — Харьков, 1981. — 213 с.

мою нормативно-правових актів, що регулюють відносини у сфері державної безпеки.

Юридична сила нормативно-правових актів зазначеної ієрархії в наукових колах не викликає суперечностей, окрім питання співвідношення юридичної сили указів Президента України та постанов Верховної Ради України.

Горизонтальна площина найбільш близька до структури права. Саме в цій площині можна виділяти галузі законодавства. Але й тут може йтися не про тотожність, а про відповідність системи законодавства, його підрозділів структурі права.

Однак, як вказує А. А. Алексеев, законодавець при виданні нормативних актів виходить не тільки з об'єктивно існуючої системи права, але і з низки інших факторів, зокрема суб'єктивних, що орієнтуються головним чином на предметні та цільові критерії. У випадках коли видання або певна систематизація нормативно-правових актів не супроводжуються кодифікацією, яка б вносила до матерії права нові змістовні узагальнення, умовно можна говорити про наявність галузі законодавства інкорпоративного типу, якій не відповідає жодний підрозділ у системі права. На підставі цього вчений зазначає, що в системі законодавства, що розглядається в горизонтальній площині, слід вирізняти галузі, які: а) відповідають основним галузям права; б) відповідають комплексним утворенням, в) не відповідають жодним поділам у праві, а являють собою інкорпоративне зібрання актів, об'єднаних тільки за цільовим або предметним критерієм¹.

У науковій літературі зустрічаються й інші позиції з приводу класифікації галузей законодавства. П. Євграфов виділяє лише дві групи галузей — ті, що відповідають існуючим галузям права, мають фундаментальний характер, і ті, що не відповідають окремим галузям права, поєднують інститути різних галузей та мають комплексний характер².

На наш погляд, у зазначеному питанні, виходячи з того, що законодавство є зовнішнім проявом, формою існування права, можна використовувати за аналогією категоріальний ряд, що належить до характеристики структури права. Так, можна виділити фундаментальні, спеціальні та комплексні галузі законодавства.

¹ Алексеев С. С. Общая теория права. – С. 217.

² Евграфов П. Соотношение структуры советского права и структуры советского законодательства: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Павел Борисович Евграфов. – Харьков, 1981. – 213 с.

Наступною ланкою горизонтальної системи законодавства є інститут законодавства, який становить сукупність взаємопов'язаних та взаємодоповнюючих нормативно-правових приписів, спрямованих на регулювання окремої групи суспільних відносин¹. Прийнято виділяти галузеві та міжгалузеві інститути законодавства.

Завершують горизонтальну систему законодавства власне нормативно-правові акти та нормативно-правові приписи. За відсутності легального визначення нормативно-правового акта під ним пропонують розуміти письмовий акт уповноваженого державного органу, що видається ним у межах своїх повноважень та відповідно до встановленої законодавством процедури і спрямований на регулювання окремої сукупності суспільних відносин.

Крізь призму проаналізованих позицій ми виходимо на одне з основних теоретичних питань цього дослідження — характеристика законодавства України у сфері державної безпеки з точки зору горизонтальної площини. Необхідно визначити місце законодавства України у сфері державної безпеки в системі законодавства України.

В. Г. Пилипчук вважає, що своєчасною є постановка питання стосовно можливості виділення права національної безпеки як окремої галузі права, що має стати основою забезпечення безпеки людини, суспільства і держави. Можна погодитись із тим, що вказана проблема потребує подальшого комплексного наукового опрацювання².

На думку авторів, законодавство України у сфері державної безпеки є комплексною галуззю законодавства. На підтвердження цього пропонується детальніше зупинитися на характеристиці категорії «комплексна галузь законодавства».

Під галуззю законодавства у загальному вигляді прийнято розуміти систему нормативно-правових актів, які регулюють певну групу однорідних суспільних відносин.

А. Ф. Шебанов вважає, що галузь законодавства — це така сукупність нормативних актів, якій притаманні: єдність змісту (принципів правового регулювання, джерел формування норм права, спільність основних положень); певний ступінь єдності форми (складові частини

¹ 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. – С. 265.

² Пилипчук В. Теоретико-правові проблеми подолання глобальних викликів і загроз національній безпеці / Пилипчук В. // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2008. – № 1. – С. 22–30.

галузі законодавства мають становити ціле, систему); системні зв'язки (оскільки всі акти перебувають у тісному взаємозв'язку і взаємозалежності); наявність основного провідного акта, який визначає зміст і форму інших актів галузі, її цілісність¹.

Як ми вже визначилися раніше, законодавство України у сфері державної безпеки являє собою систему нормативно-правових актів, що регулюють відносини у сфері державної безпеки. Очевидно, що зазначене законодавство не може бути визначено, як фундаментальна галузь, оскільки до останньої традиційно відносять такі галузі, що мають першочерговий характер, є фундаментом виникнення і розвитку інших галузей: конституційне, цивільне, кримінальне, адміністративне, цивільно- та кримінально-процесуальне законодавство тощо.

Законодавство у сфері державної безпеки не може бути класифіковане як спеціальна галузь законодавства, оскільки до таких галузей належать самостійні галузі законодавства, що сформувалися як похідні від фундаментальних галузей, однак у ході розвитку набули самостійних ознак (сімейне, трудове, земельне право тощо).

Комплексною ж галуззю законодавства є система нормативних актів, що регулює певне визначене коло однорідних суспільних відносин, які підпадають під правове регулювання інститутів різних галузей права. Як відзначає П. Євграфов, комплексні галузі законодавства склалися як результат правового регулювання окремих сфер державного управління. Теоретично, ці галузі можна було б теоретично і логічно розібрати на частини, які відобразити у системах галузевих актів, таким чином, кожній галузі права відповідала б «своя» галузь законодавства. Однак практика пішла іншим шляхом, все інтенсивніше і ширше застосовуючи у правовому регулюванні суспільних відносин комплексний підхід та напрацьовуючи відповідні комплексні нормативні системи².

Наукова думка до цього часу не виробила чітких критеріїв для виділення комплексних галузей законодавства. Тому необхідно звернути увагу на критерії, за якими до таких відносять інші галузі законодавства.

Так, Є. С. Бердніков, характеризуючи екологічне законодавство, зазначає, що сучасне екологічне законодавство України являє собою

¹ Шебанов А.Ф. Система отраслей законодательства: основания построения / А. Ф. Шебанов. – С. 23–24.

² Евграфов П. Соотношение структуры советского права и структуры советского законодательства : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Павел Борисович Евграфов. – Харьков, 1981. – 213 с.

велику і складну систему норм, що містяться як у спеціалізованих еколого-правових актах, так і розкидані по значній кількості нормативних актів інших галузей права¹. Таким чином, робиться висновок про комплексний характер галузі екологічного законодавства.

Говорячи про галузь законодавства із соціального забезпечення, М. Д. Бойко вказує, що право соціального забезпечення включає широку внутрішню узгоджену сукупність правових норм, які містяться у різноманітних нормативних актах. Основу предмета права соціального забезпечення становлять пенсійні правовідносини. До них наближені відносини зі здійснення соціального страхування працюючих громадян на випадок тимчасової втрати працездатності. До предмета правового регулювання також входять відносини зі здійснення різноманітних соціальних виплат та соціального обслуговування громадян².

Комплексність цієї галузі законодавства виявляється в тому, що крім названих відносин до предмета права соціального забезпечення належать відносини з приводу встановлення юридичних фактів і процесуальні відносини, які регулюються відповідним процесуальним законодавством, а також відносини, що виникають з приводу формування Пенсійного фонду України, фондів соціального страхування тощо, відносини з приводу використання коштів цих фондів, які регулюються нормами адміністративного, фінансового права тощо.

Класичною комплексною галуззю законодавства визнається господарське право.

Керуючись принципами та критеріями, що застосовуються для визначення комплексного характеру галузевими системами законодавства, можна зробити висновок, що комплексною галуззю законодавства можна вважати систему правових норм, які хоча й належать до різних галузей права і законодавства, однак у сукупності здійснюють регулюючий вплив на певне визначене коло суспільних відносин, мають ознаки цілісності системи, зокрема, єдність принципів правового регулювання, системні зв'язки наявність основного провідного акта тощо.

Вбачається, що законодавство України у сфері державної безпеки має всі необхідні ознаки цілісності, а тому може бути визнано самостійною комплексною галуззю вітчизняного законодавства.

Таким чином, з точки зору горизонтальної структури пропонується визначити законодавство України у сфері державної безпеки як

¹ Екологічне законодавство України. – Х., 2002. – С. 4–5.

² Бойко М. Д. Право соціального забезпечення України : навч. посіб. / М. Д. Бойко. – вид. 3-тє, доп. та переробл. – К., 2006. – С. 9.

комплексну галузь вітчизняного законодавства, яка складається з системи інститутів, нормативно-правових актів та нормативно-правових приписів, що мають цілісний та взаємоузгоджений характер і регулюють відносини у сфері державної безпеки України.

Отже, законодавство у сфері національної безпеки є самостійною, комплексною галуззю законодавства, правову основу якої відповідно до ст. 2 Закону України «Про основи національної безпеки» становлять Конституція, цей та інші закони України, міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також видані на виконання законів підзаконні нормативно-правові акти Президента України та Кабінету Міністрів України.

Згідно з цим Законом розробляються і затверджуються Президентом України Стратегія національної безпеки України і Воєнна доктрина України, доктрини, концепції, стратегії і програми, якими визначаються цільові настанови та керівні принципи воєнного будівництва, а також напрями діяльності органів державної влади в конкретній обстановці з метою своєчасного виявлення, відвернення і нейтралізації реальних і потенційних загроз національним інтересам України. Стратегія національної безпеки України і Воєнна доктрина України є документами, обов'язковими для виконання, і основою для розробки конкретних програм за складовими державної політики національної безпеки.

Стратегія національної безпеки України була затверджена Указом Президента України від 12 лютого 2007 р. № 105/2007, а Воєнна доктрина України — Указом Президента України від 15 червня 2004 р. № 648/2004. Водночас виникають питання щодо відповідності ч. 2 ст. 2 Закону України «Про основи національної безпеки» та вказаних указів Президента України п. 17 ч. 1 ст. 92 Конституції України, відповідно до якого основи національної безпеки визначаються виключно законами України.

Виникнення системи національної безпеки України, створення законодавчої бази у цій сфері і відповідних державних структур, зокрема Ради національної безпеки і оборони України, фактично було започатковано з набуттям незалежності нашої держави.

Під системою забезпечення національної безпеки розуміється організована державою сукупність суб'єктів: державних органів, громадських організацій, посадових осіб та окремих громадян, об'єднаних цілями та завданнями щодо захисту національних інтересів, які здійснюють узгоджену діяльність у межах законодавства держави. Така система створює

ється з метою формування збалансованої державної політики та ефективного проведення комплексу узгоджених заходів щодо захисту національних інтересів у всіх сферах соціального життя¹.

Під національною безпекою розуміється показник здатності суспільства й держави, що захищають національні інтереси самостійно чи разом з іншими дружніми країнами (народами, націями), стримувати або усувати внутрішні й зовнішні загрози національному суверенітету, територіальній цілісності, соціальному ладу, економічному розвитку, іншим важливим елементам духовної й матеріальної цілісності; ступінь захищеності інтересів особистості, суспільства й держави від зовнішніх та внутрішніх загроз². В. Г. Пилипчук також відзначає, що чинниками, від негативного впливу яких необхідно захищати об'єкти захисту, є зовнішні та внутрішні загрози, розвідувальні, терористичні та інші посягання³.

Відповідно до існуючих загроз національній безпеці її традиційно поділяють на внутрішню та зовнішню. Тому законодавство про національну безпеку доцільно розділити за сферами внутрішніх та зовнішніх правовідносин.

Зовнішня безпека — це захищеність національних інтересів, національних цінностей і способу життя від загроз, що виходять ззовні. Зовнішня безпека може порушуватися як військовим шляхом, тобто силою зброї, так в інший спосіб, наприклад, ввозом і вивозом за кордон сировини, продукції, валюти, художніх та інших цінностей, промисловим та іншим шпигунством, поширенням підривної інформації тощо. Від будь-яких зовнішніх загроз країна захищається, по-перше, підтримкою необхідного і достатнього оборонного потенціалу і, по-друге, побудовою стабільної системи міжнародних відносин у всіх сферах, включаючи політику, економіку, соціальну сферу, екологію, правоохоронну діяльність.

Внутрішня безпека проявляється у суспільній сфері. Суспільна безпека є складовою частиною, ядром внутрішньої безпеки, до сфери якої належать ті суспільні відносини, що пов'язані із запобіганням або усуненням загрози життю і здоров'ю людей, їхньому майну (власності)

¹ Дзьобань О. П. Національна безпека в умовах соціальних трансформацій (методологія дослідження та забезпечення): монографія / О. П. Дзьобань. – Х., 2006. – С. 188.

² Дзьобань О. П. Національна безпека України: концептуальні засади та світоглядний сенс: монографія / О. П. Дзьобань. – Х., 2006. – С. 26.

³ Пилипчук В. Г. Формування теоретико-правових основ забезпечення державної безпеки країни (кінець ХХ – початок ХХІ століття): монографія / В. Г. Пилипчук. – К., 2008.

усередині країни. Вона органічно пов'язана з особистою безпекою громадян і суспільним порядком. У праві під цим терміном розуміють систему суспільних відносин і юридичних норм, що регулюють ці відносини з метою забезпечення суспільного спокою, недоторканності життя і здоров'я населення, нормальної праці і відпочинку громадян, нормальної діяльності державних і громадських організацій, установ і підприємств. Під суспільною безпекою слід розуміти також запобігання і припинення загроз життю, здоров'ю і майну людей з боку джерел підвищеної небезпеки. У реальній дійсності забезпечення суспільної безпеки, що охоплює відмежування від небезпеки всіх людей на території країни або в конкретному регіоні, одночасно спрямоване на забезпечення особистої безпеки кожного громадянина і служить неодмінною умовою підтримання надійного суспільного порядку. Таким чином, внутрішня безпека по суті є ядром найбільш важливої й істотної складової — соціальної безпеки, і навпаки, соціальна безпека, безпосередньо корелюючи з поняттям внутрішньої безпеки, виступає її детермінантою¹.

Рівень внутрішньої безпеки залежить від здатності системи безпеки протистояти реальним і потенційним загрозам. У цьому зв'язку система внутрішньої безпеки має відповідати двом вимогам: бути надійною, що гарантує своєчасне та в повному обсязі виконання компетентними органами у цій сфері; бути достатньою, обумовленою дійсними потребами і відповідними матеріальними та фінансовими ресурсами держави.

До факторів, здатних позитивно вплинути на стан забезпечення внутрішньої безпеки держави, можна віднести: створення сприятливих умов для прогресивного економічного і соціального розвитку в державі; реформування правоохоронних органів, пріоритетним напрямом діяльності яких мають стати охорона, захист та забезпечення реалізації прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, поліпшення координації діяльності правоохоронних органів; підвищення рівня їх фінансового, матеріально-технічного, організаційно-правового і кадрового забезпечення; забезпечення збалансованого розвитку бюджетної сфери; створення ефективної системи соціального захисту людини, охорони та відновлення її фізичного і духовного здоров'я, зменшення негативного впливу на суспільні відносини алкоголізму, наркоманії, інших негативних явищ; ліквідацію бездогляд-

¹ Дзьобань О. П. Національна безпека в умовах соціальних трансформацій (методологія дослідження та забезпечення) : монографія / О. П. Дзьобань. – Х., 2006. – С. 40–41.

ності, безпритульності й бродяжництва серед дітей та підлітків; активне залучення засобів масової інформації до боротьби з корупцією, зловживання службовим становищем, іншими явищами, які загрожують внутрішній безпеці¹.

Зовнішня безпека забезпечується політичною діяльністю та спрямованістю країни, а також діяльністю окремих державних відомств, зокрема, Міністерства оборони, Служби безпеки України, Міністерства внутрішніх справ, митних органів, органів охорони державного кордону, контррозвідувальних органів тощо.

Внутрішню безпеку держави забезпечують державні органи, посадові особи, органи місцевого самоврядування.

З огляду на наведене уявляється доцільним розмежувати законодавство у сфері національної безпеки за двома напрямками: законодавство у сфері внутрішньої безпеки та законодавство у сфері зовнішньої безпеки.

Законодавство про внутрішню безпеку регулює правові відносини в суспільстві, що виникають між державними органами та посадовими особами, органами місцевого самоврядування та громадянами, і спрямоване на захищеність життєво важливих інтересів, матеріальних, інтелектуальних і духовних потреб людини і громадянина.

Законодавство у сфері зовнішньої безпеки регулює правовідносини на міждержавному рівні та спрямоване на захист національних інтересів, що виходять ззовні.

¹ Пономаренко Г. О. Управління у сфері забезпечення внутрішньої безпеки держави: адміністративно-правові засади : монографія / Г. О. Пономаренко. – Х., 2007. – С. 30.

О. Ющик, доктор юридичних наук, провідний науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

Правознавство і теорія права: проблема узагальненого знання

Орієнтація нашого суспільства на європейські традиції й цінності, що дедалі більше посилюється, змушує подати перед роздумами про проблеми та перспективи вітчизняної юриспруденції одне, на мій погляд, цікаве історико-філософське міркування стосовно характеристики європейської науки права.

Через усю нашу історію права, зазначав видатний німецький філософ ХХ ст. Освальд Шпенглер у фундаментальній двохтомній праці з інтригуючою назвою «Занепад Європи», червоною ниткою проходить боротьба між книгою та життям... Те, що ми до цього часу називаємо юридичною наукою, є або філологією правової мови, або схоластикою правових понять. Це зараз єдина наука, що виводить сенс життя з «вічних» основних понять. «Сьогоднішня німецька юридична наука є значною мірою спадщиною середньовічної схоластики. Теоретико-правове осмислення основних цінностей нашого справжнього життя ще не починалося. Ми ще навіть не знаємо цих цінностей» — наводить він висловлювання відомого німецького вченого-юриста професора Р. Зома. — Таким є те завдання, вирішити яке, за словами автора, належить майбутнім німецьким мислителям. Мова йде про те, щоб із сучасного практичного життя вивести його глибокі принципи та підняти їх до рівня основних юридичних понять. Велике мистецтво залишилося в минулому, а юридична наука знаходиться в майбутньому.

Робота, проведена в ХІХ ст., як би високо вона не оцінювала свій власний творчий потенціал, була тільки підготовкою. Вона звільнила нас від книги Юстиніана, проте не від його понять. Ідеологів римського права уже можна не брати до уваги, однак ученість старого стилю ще збереглася. Потрібна нова юридична наука, щоб позбавити нас і схеми цих понять. Філологічний досвід має бути замінений соціальним і економічним¹.

¹ Шпенглер О. Закат Европы. – Мн.; М., 2000. – 1376 с. – (Классическая философская мысль). – С. 770–773. Як зазначав О. Шпенглер, «Будущее требует перестройки всего правового мышления по аналогии с высшей физикой и математикой. Этого ожидает вся социальная, экономическая, техническая жизнь, но нам потребуется не одно столетие напряженной и глубокой работы мысли, чтобы достичь этой цели. А для этого нужна совершенно другая система подготовки юристов...» (див. Шпенглер О. Вказ. праця. – С. 776).

Якщо відкинути певний схематизм і гостроту оцінок автора, то більшість зі сказаного О. Шпенглером про характер і завдання юридичної науки залишається актуальним і для нашого часу. В цих словах філософа — визнання неспроможності буржуазної юриспруденції запропонувати суспільству справді наукову теорію права.

Втім не набагато кращими є справи і з вітчизняною юридичною наукою, в активі якої — десятиліття розвитку радянської правової думки, що, як відомо, однозначно протиставляла себе буржуазній суспільній науці. Цей факт уже на порозі ХХІ ст. змушений визнати один із провідних російських правознавців С. С. Алексеев, констатуючи, що «становище юридичної науки в Росії, як мабуть і в усьому світі, суперечливе... Подвійний стандарт з юридичних питань. Відсутність гучного і впевненого голосу правознавців..., існуючі уявлення про юридичну науку як про деяку потрібну, проте «допоміжну» дисципліну, покликану обслуговувати владу, законодавця, діяльність юридичних установ, у чомусь допомагати населенню. Або, гірше того, — незмінно бути осереддям примітивних і спекулятивних ідеологізованих знань, служницею сильних світу цього». На думку автора, найбільш тривожною є та обставина, що «нікому, здається, і на думку не спадає поставити юриспруденцію в один ряд з іншими галузями знань, з природничими і технічними науками... А тим більше пов'язати юриспруденцію з тими глобальними процесами сучасності, коли відбувається і наростає захоплюючий уяву злет науки в цілому» (переклад мій. — О. Ю.)¹.

Висловивши припущення, що подібні уявлення є лише відображенням існуючого стану гуманітарних наук і правознавства, тих наукових орієнтацій, які панують у них, і в Росії до того ж — «відбиттям неподоланих наслідків комуністичної ідеології, побудованої на запереченні права як вищої гуманітарної категорії, труднощів і проблем переходу до сучасного громадянського суспільства», а на Заході — «впливом негативних сторін такої, що вузько розуміється, ринкової ідеології, практики «ринку», настроїв «кінця історії», а тому «все більшою приземленістю юридичної науки, її суто прагматичною замкненістю, втраченою спрямованістю наукової думки з питань права на високу теорію, а звідси — втратою відчуття та розуміння своєрідності права, його унікальності, далеко не в усьому ще зрозумілої цінності», С. С. Алексеев ставить питання: «чи не настав час оцінити існуючі рубежі та потенції в науці права?» Чи не буде виправданим «уважно придивитися до права з тих самих загальнонаукових позицій, які характерні для природничих

¹ Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. – М., 2001. – С. 1–2.

і технічних наук? І чи не розкриються тоді такі рубежі теорії права, котрі якраз і потрібні сучасній епосі та, можливо, є вирішальними для долі людей, усього людського суспільства?» (переклад мій. — О. Ю.)¹.

Безперечно, оцінювати «існуючі рубежі та потенції в науці права» не завадить ніколи. Проте, що стосується розгляду права «із загальнонаукових позицій, характерних для природничих і технічних наук», то з приводу цього є великі сумніви щодо можливості розкрити з таких позицій «потрібні сучасній епосі рубежі теорії права». Адже, якщо розвиток природничих наук, які досліджують властивості та закони природних явищ, визначається зрештою виробництвом, то розвиток суспільної науки, яка досліджує властивості і закони суспільних явищ, визначається класовою боротьбою. Корені суспільної науки, зазначав М. Корнфорт, — у досвіді різних класів, набутому ними в ході класової боротьби. У суспільну науку найперше включалися уроки та висновки про людину й суспільство, яких дійшли експлуатуючі класи. Це надало суспільній науці характеру, глибоко відмінного від природознавства. Відтак виявилось неможливим утворити той самий фундамент достовірної науки про суспільство, який ті самі класи виявилися здатними зробити стосовно зовнішньої природи².

Як зазначає С. С. Алексеев, «наука про право (правознавство) — це суспільна, гуманітарна наука, присвячена... явищам суспільного життя людей»³. Однак, стверджує він далі, «право має три образи» (1 — норм, законів, діяльності юридичних установ — юридичних реалій, з якими стикається в житті людина; 2 — складного соціального утворення — підсистеми в суспільстві, яка має свою природу і логіку; 3 — явища світобудовного порядку — одного з начал і проявів життя розумних істот, людей). Кожний з цих «образів» виражає своєрідний кут зору в його розумінні — сходину в осягненні його особливостей, соціальної ролі та сенсу, тобто пристосовується до того або іншого циклу юридичних наук. І саме такими сходами право з давніх часів і вивчається різноманітними юридичними дисциплінами. Юридичні реалії (їх називають «догма права») вивчаються юридичними науками в основному прикладного профілю, переважно галузевими, такими як кримінальне право, трудове право, цивільне право та ін. Право як

¹ Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. — С. 2–3.

² Корнфорт Морис. Диалектический материализм. Введение: Пер. с англ. / Общ. ред. чл.-кор. АН СССР П. Н. Федосеева. — М., 1956. — С. 389–392. Тут же автор вказує на чотири основні риси суспільної науки, які суттєво відрізняють її від природознавства.

³ Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. — С. 4.

особливе складне соціальне утворення — предмет теорії права. Смысл і призначення права як світобудовного явища пізнається філософією права.

Виходячи з цього, С. С. Алексеев ставить собі як завдання «осмислити право в «одному ключі», рушаючи від вихідних, первинних відомостей про догму права, що мають більшою частиною характер елементарних («азбучних») даних, потім — з позицій своєрідної логіки права та відповідних загальнотеоретичних категорій, і нарешті, — до передбачень стосовно смыслу та призначення права під широким кутом зору»¹.

Слід сказати, що потреба узагальненого знання про право не є новою для юридичної науки проблемою. Свого часу М. М. Коркунов зазначав, що з усіх галузей науки саме в правознавстві з особливою силою відчувається потреба в узагальнюючій системі, оскільки тут «уривчастість наукового знання не знаходить собі противаги в цілісності безпосереднього сприйняття» ... Таким чином, у правознавстві сильніше, ніж будь-де, мало позначитися прагнення до узагальненого знання. І справді, поряд зі спеціальними юридичними науками існує здавна прагнення створити науку, яка б давала цілісне знання про право. Такою є, передусім, енциклопедія права: вона йде... до узагальнення знання, турбується про розширення кількості знання, про поєднання всього фактичного матеріалу в одній загальній системі. Філософія права, навпаки, прагне дедуктивно побудувати вчення про право, вчення необхідно цілісне за самим своїм джерелом. Нарешті, загальна теорія права, що зароджується на наших очах, ставить собі завдання здобути загальні начала права з накопиченого спеціальними юридичними науками емпіричного матеріалу». Існування кількох наук, які мають, на думку автора, у своїй суті ту саму мету, змушує «зробити між ними свідомий вибір»².

Інший відомий російський вчений-правознавець Г. Ф. Шершеневич, говорячи про завдання філософії права, між іншим зазначав, що в розумінні цих завдань «так само мало твердо установленого, як і в розумінні завдань філософії взагалі. Навіть більше. На постановці задач, на визначенні предмета і методів філософії права відбивалися не лише коливання, що виявлялися в самій філософії, а й ті особливі

¹ Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. – М., 1999. – С. 3.

² Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / Предисл. д-ра юрид. наук, проф. И. Ю. Козлихина. – 2-е изд. – СПб., 2004. – С. 22–24.

сумніви, які викликала філософія права. На філософію права справила вплив одна важлива обставина — це історичне роз'єднання між філософією права та юридичними науками. У той час, коли юристи займалися винятково тлумаченням і систематизуванням норм позитивного права, філософія права розроблялася переважно особами, досить мало або навіть зовсім не причетними до правознавства. Одні вивчали право, як воно дане їм у нормах, не переймаючись думкою про те, яким воно повинно бути, і навіть чи може воно бути іншим, а філософи витворювали ідеальне право, не знаючи, що таке право в дійсному житті та як застосовуються його норми. Це роз'єднання продовжується, на жаль, і досі. Філософи не бажають зійти з неба на землю, а юристи не бажають підняти своїх очей від землі вище. Такий стан речей відбивається вкрай шкідливо як на правознавстві, послаблюючи його теоретичну цінність, так і на філософії права, підриваючи її практичне значення. Доходить до того, що доводиться відстоювати перед юристами філософію права»¹.

Мабуть, маючи на увазі це останнє завдання, І. Ю. Козліхін у передмові до згаданої праці М. М. Коркунова полемічно зауважує, що її автор «поспішив оголосити філософію права такою, що вмерла» і що остання «довела свою життєздатність», причому це стосується не тільки західного, а й вітчизняного правознавства. За його словами, «у кінцевому рахунку радянська теорія держави і права включила в себе і філософські, і соціологічні, і юридико-догматичні сюжети. У 80-х роках це було визнано фактом, що стався, і оцінювалося загалом позитивно». Однак така єдність «обумовлювалася зовсім не особливостями предмета науки, а пануванням марксизму-ленінізму, котрий претендував на звання всеохоплюючої системи знання». Тому, переконує читачів автор, «у подібному синкретичному вигляді могла існувати тільки марксистсько-ленінська загальна теорія держави і права».

Сьогодні, продовжує І. Ю. Козліхін, «загальна теорія переживає важкі часи. Вона намагається змінитися, відмовляючись від багатьох догм марксизму-ленінізму, однак при цьому затято стоїть на старому предметному полі. Фактично сучасні курси загальної теорії залежно від наукових уподобань автора наближаються або до філософії, або до соціології права, або, що набагато частіше, є більш чи менш вдалим догматичним викладом основних понять. У зв'язку з цим говорити про теорію права і держави як єдину, внутрішньологічну науку не дово-

¹ *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Т. 1: Философия права. Часть теоретическая. – М., 1909–1912. – С. 15–16.

диться. Уявляється, що розмежування наук — філософії права, соціології права і догми права, а відповідно і навчальних дисциплін, піде на користь як вивченню, так і викладанню права»¹.

Простіше кажучи, заради якнайшвидшого звільнення вітчизняного правознавства від «синкретичної» марксистсько-ленінської загальної теорії права на користь «такої, що довела свою життєздатність», філософії права І. Ю. Козліхін поспішає оголосити тепер уже загальну теорію права померлою, відмовляючись від того, що існувало здавна, від «прагнення створити науку, яка б давала цілісне знання про право». Автора, схоже, не задовольняє той факт, що загальна теорія права «затято стоїть на старому предметному полі», поєднуючи філософсько-соціологічне і «догматичний виклад основних понять». Тому він наполягає на «розмежуванні» наук про право, залишаючи філософам права, як і раніше, витати у хмарах, а юристам — повзати по землі.

Звичайно, наукова спеціалізація — це закон розвитку будь-якої науки. Проте, перш ніж вести мову про спеціалізацію юридичної науки, не зайвим було б окреслити її предмет, скласти хоча б загальне уявлення про цей предмет із позицій наукової методології.

Візьмемо, для прикладу, уявлення С. С. Алексєєва про «три сходи, або ступені, вивчення права»: юридичними прикладними науками, переважно галузевими (кримінальне право, трудове право, цивільне право та ін.), теорією права і філософією права. Неважко зрозуміти, що вивченням власне права, як «особливого складного соціального утворення», або, простіше, як суспільного явища, займається теорія права. Щодо філософії права, то С. С. Алексєєв залишає за нею вивчення лише одного аспекта права «як світобудовного явища» (точніше сказати, суспільного явища), а саме — вивчення смислу і призначення права. Нарешті, предметом галузевих юридичних наук «прикладного профілю» (тобто «догми права») є знову-таки не право взагалі, а лише такі, що складають його, окремі розрізнені фрагменти, сторони права як суспільного явища.

Втім, навіть уся сукупність галузевих юридичних наук ще не є наука про право як ціле, як сума часток ще не складає цілого. Звичайна річ, що юридична наука не обмежувалася догмою права, а йшла шляхом узагальнення знання, набуваючи форми енциклопедії права, філософії права і нарешті загальної теорії права, яка, за словами М. М. Коркунова, «ставить собі завдання здобути загальні начала права з накопиченого спеціальними юридичними науками емпіричного матеріалу» і яка,

¹ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. – 2-е изд. – С. 17–18.

маючи ту саму мету з енциклопедією та філософією (узагальнене знання про право), змушує «зробити між ними свідомий вибір».

Втім для того, щоб зробити такий свідомий вибір, важливо, поперше, керуватися належною логікою. Насамперед це стосується визначення понять «право» і «знання про право», що, як і будь-яке поняття взагалі, містять моменти загального, особливого та окремого. Якщо має місце «право взагалі», загальність права, як явища суспільного життя, отже, є й особливе право (кримінальне, цивільне, приватне, публічне, позитивне, римське, буржуазне, мусульманське тощо), і є право окреме, одиничне (наприклад, право громадянина А на конкретне житло). Аналогічно і знання про право виступає як знання загальне, особливе і окреме. При цьому перше є знанням про право як ціле, як суспільне явище; вказане знання необхідно набуває форми загальної теорії права. Особливе знання є знанням про різні аспекти, сторони, фрагменти права, воно складається як знання різноаспектне і профільне, набуваючи форми галузевих та інших прикладних юридичних наук, самостійних юридичних дисциплін тощо (цивільне право, міжнародне приватне право, історія права зарубіжних країн, порівняльне правознавство тощо). Нарешті, окреме знання є знанням про одиничний юридичний факт, воно виступає як знання фактологічне (емпіричні дані в галузі права тощо).

Друге, що потрібно для свідомого вибору на користь однієї з форм узагальненого знання про право, — це визначення критерію, за яким розрізняються між собою «енциклопедія права», «філософія права», «загальна теорія права», «соціологія права» і т. ін, зумовлюючи вказаний вибір. Цей критерій, очевидно, треба шукати, виходячи з визначального моменту в характеристиці кожної з названих форм узагальненого знання про право, яким є співвідношення предметного та методологічного начал у будові цих наук. Так, якщо для загальної теорії права визначальним є предметний принцип організації узагальненого знання про право, то для «енциклопедії права», «філософії права» і «соціології права» визначальним началом є методологічний принцип. Інакше кажучи, загальна теорія права ґрунтується на предметному підході до вивчення права, а енциклопедія, філософія та соціологія — відповідно на енциклопедизмі, філософському і соціологічному методах осягнення права.

У зв'язку з цим варто звернути увагу на зауваження професора Я. М. Магазинера, який вважав не зовсім точним говорити про методи юридичний і соціологічний; «правильно говорити про дві самостійні

науки права і соціології. Строго кажучи, методів тільки два: це великі всеосяжні методи дедукції та індукції, що проникають майже в усі науки... Як неправильно стверджувати, що існують не науки статистика чи психологія, а лише методи статистичний чи психологічний, так само соціологія і правознавство дають не методи пізнання, а саму наукову матерію знання».

Однак, продовжував автор, можна говорити про юридичну і соціологічну точки зору на те або інше соціальне явище. Розглядаючи факт з правової чи соціологічної точки зору, ми вивчаємо і висвітлюємо не те саме явище, а різні явища, хоча вони й відбуваються в межах певної єдності, є елементами останньої, проте ці елементи завжди різні... Правознавство і соціологія зовсім по-різному підходять до права взагалі. Соціологія, по-перше, вивчає все дане право (так зване право в об'єктивному сенсі) як соціальний фактор, тобто як один з елементів суспільності, як частину її, а не замкнуту в собі систему. Втім правознавство розглядає право як логічно завершену систему, підпорядковану внутрішній логіці свого буття, законам власної правової рівноваги, поза будь-яким зв'язком з тією суспільністю, яка породила і живить цю систему¹.

У наведених тут міркуваннях Я. М. Магазинера, поряд із слушним висновком про можливість різних точок зору (правової, соціологічної тощо) на право, міститься неточність. Соціологія і правознавство — справді різні науки, однак не тому, що вони по-різному підходять до права, а тому, що у них різний предмет: перша вивчає суспільство в цілому, а друге — тільки одне із суспільних явищ — право. Відтак соціологія вивчає право як одну із складових суспільства, в її специфічній цілісності та необхідних зовнішніх зв'язках; а правознавство досліджує право з точки зору розкриття конкретної сутності, змісту й форми цієї цілісності, її системного буття як суспільного явища. Зрозуміло, що ця відмінність стосується «наукової матерії знання», втім має бути зрозумілим і те, що різні аспекти вивчення права зумовлюють також і різні методи, підходи до цього вивчення. Очевидно, що статистика в пізнанні права відіграє зовсім іншу роль, ніж психологія, філософія або соціологія, або кібернетика.

Чи не тому М. М. Коркунов не проводив відмінності між філософією права та енциклопедією права, що вони уявлялися йому як однорідні («методологічні») форми? «Філософія права та енциклопедія

¹ *Магазинер Я. М. Избранные труды по общей теории права / Отв. ред. д-р юрид. наук, проф. А. К. Кравцов. – СПб., 2006. – С. 62–63.*

права, — стверджував він, — це те саме. Це лише підготовчі стадії до утворення однієї узагальнюючої дисципліни — загальної теорії права... Діяльність теоретика має бути спрямована до того, щоб зрозуміти практичне право і реальні людські відносини як одне зв'язне ціле, даний загальний організм розкласти на його окремі органи та елементи, визначити їх співвідношення і взаємодію, норми і цілі їх дії, а також призначення як цілого, так і частин... Загальна теорія права є, таким чином, наріжним каменем системи правознавства; вона зв'язує окремі дисципліни та їх зміст в одне ціле... Якщо тепер власному змістові окремих дисциплін передують загальні міркування, то це тому, що ми не маємо ще придатної теорії права, і що кожний юрист відчуває потребу викласти частку своїх поглядів на право»¹.

Водночас визнаний історик права Ф. В. Тарановський зазначав, що не завжди предметом енциклопедії визнавалося загальне вчення про право і державу. Завдання отримання узагальненого знання про право вирішувалося у попередні часи переважно суто механічно, шляхом конспективного викладення в енциклопедії змісту всіх спеціальних юридичних дисциплін. Такий прийом не є ні належним, ні доцільним. Через це енциклопедія права стала на шлях загального вчення про право і державу. Вказану зміну предмета і змісту енциклопедії права деякі вчені, зокрема М. М. Коркунов, стали розглядати як підставу надати узагальнюючій дисципліні у правознавстві нову назву — загальної теорії права.

Заперечуючи проти цього, автор стверджував, що «між старим і новим розумінням предмета енциклопедії права немає повної відсутності наступності, і тому немає особливої потреби скасовувати стару назву, встановлену ще у XVII ст. і освячену віковою традицією університетського викладання і наукової літератури». Хоча назва загальної теорії права, просто теорії права або теорії правознавства прийнята в даний час і в російській літературі (Л. І. Петражицьким, Г. Ф. Шершеневичем), і в німецькій (Штаммлером), поряд з цим зберігається в університетському статуті і в російській літературі (наприклад, Є. М. Трубецьким, Є. В. Спекторським) стара назва енциклопедії права. Зважаючи на це, Ф. В. Тарановський зберігав стару, традиційну, назву, проте не надавав цій обставині суттєвого значення. «Справа не в назві, а у розумінні завдань і предмета узагальнюючої дисципліни в правознавстві». Щодо останнього автор не вбачав розбіжностей

¹ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. – С. 48–49.

з тими, хто тримається назви теорії права, або теорії правознавства.

Енциклопедію права, зазначав далі Ф. В. Тарановський, часто протиставляють філософії права. Попри різне розуміння авторами останньої, у ньому вирізняються два основних напрями. Один пов'язує особливість філософії права з побудовою метафізичного (наддосвідного) вчення про право; другий напрям зводить філософський елемент до гносеології, тобто теорії пізнання, пов'язуючи особливе завдання філософії права в дослідженні особливостей теорії пізнання правових явищ. На думку автора, немає достатньої підстави протиставляти філософію права енциклопедії як загальному вченню про право. Чи ми будуватимемо емпіричне, чи метафізичне загальне вчення про право, завдання у нас буде те саме, різниця ж виявиться тільки у відмінності методів. Немає достатньої підстави виділяти філософію права як самостійну дисципліну за ознакою поєднання в ній емпіричного вчення з метафізичним. Якщо ж звести філософію права до самої лише теорії пізнання правових явищ, то ми отримаємо не юридичну дисципліну, а частину гносеології, тобто загальної філософії. Це допоміжна для правознавства дисципліна, проте не частина правознавства¹.

Усі науки про право — і загальні, і прикладні, і фактологічні — разом становлять правознавство як систему наук про право. Правознавство як система наук про право, стверджував Я. М. Магазинер, вивчає, по-перше, право як воно є, тобто як явище об'єктивно дане, і по-друге, право, яким воно повинно бути, тобто як засіб для досягнення суб'єктивно поставлених цілей. Науки про право як воно є — це науки теоретичні. Такою є соціологія та загальна теорія права. Науки ж про право, яким воно повинно бути, — це науки практичні. Такою є політика права. Завдання догми права — суто теоретичне: вона встановлює, що є право у даному суспільстві. Догма права не оцінює систему права, яку вона описує, не схвалює і не заперечує її; вона не вказує, чим вона добра чи погана, що в ній зберегти чи змінити. Усе це — галузь політики права. Догму права не можна назвати наукою практичною, вона є наука теоретична². Втім, має бути зрозумілим, що догма права не могла відігравати роль узагальнюючої теоретичної науки про право, адже вона розглядає право як дещо незмінне, позбавлене розвитку.

¹ Тарановський Ф. В. Энциклопедия права. – 3-е изд. – СПб., 2001. – С. 12–14.

² Магазинер Я. М. Избранные труды по общей теории права. – С. 56–57.

Отже, не інакше як у тотожності та відмінності визначальних принципів організації кожної з названих форм узагальненого знання про право необхідно, вочевидь, шукати витоки зауваження І. Ю. Козліхіна щодо сучасних курсів загальної теорії права, які «наближаються або до філософії, або до соціології права, залежно від наукових уподобань автора», або, що набагато частіше, є «більш чи менш вдалим догматичним викладом основних понять».

Відтак перед правознавством постає величне завдання — глибше зрозуміти принципи організації узагальнюючого знання про право, від вирішення якого залежить дальший поступальний розвиток усєї юридичної науки.

Г. Христова, доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Теоретико-правові засади переборення колізій у законодавстві України про попередження насильства в сім'ї

За умов трансформації всіх сфер суспільного життя в Україні родина виступає найбільш «чутливим» соціальним інститутом, який виконує роль своєрідного ретранслятора соціальних норм, звичаїв, традицій. Саме тому внутрішньородинні стосунки визначають значну кількість параметрів «суспільного здоров'я», демонструють готовність суспільства до прогресивних перетворень. Розуміючи, що протидія насильству в сім'ї виступає передумовою стабільного розвитку українського суспільства на засадах демократії та поваги до прав людини, а також виконуючи взяті на себе міжнародні зобов'язання, Україна спрямувала свої зусилля на формування законодавства щодо попередження сімейного насильства.

Починаючи з середини 90-х років ХХ ст. правові, соціологічні та психологічні аспекти протидії насильству в сім'ї активно обговорюються на науковому та громадському рівнях (зокрема, в юридичних працях О. М. Бандурки, А. Б. Благої, В. І. Борисова, В. В. Голіни, Ф. К. Думко, К. Б. Левченко, О. О. Рудневої тощо)¹. Переважна більшість юридичних публікацій з проблеми, що розглядається, спираються на потужну теоретичну базу та позитивний досвід інших країн у сфері запобігання сімейному насильству, проте обходять увагою наявні колізії у чинному законодавстві України з попередження насильства в сім'ї, які значно ускладнюють його реалізацію та помітно послаблюють ефективність його запобіжного впливу. Не знайшли належного висвітлення та ґрунтовного аналізу в фаховій юридичній літературі останні

¹ Див.: Проблеми насильства в сім'ї: правові та соціальні аспекти / Упоряд. О. М. Руднева. – Х., 1999. – 212 с.; Закон України «Про попередження насильства в сім'ї»: Наук.-практ. коментар / За ред. О. М. Рудневої. – Х., 2005. – 160 с.; *Блага А.Б.* Практика застосування Закону України «Про попередження насильства в сім'ї»: сучасні проблеми і можливі шляхи їх вирішення // Право і безпека. – 2004. – № 3/1 (№ 1). – С. 55–57; *Левченко К.* Закон «Про попередження насильства в сім'ї» потребує негайного вдосконалення // Голос України. – 2007. – 11 квіт. (№ 63). – С. 11; *Левченко К. Б.* Насильство стосовно жінок: законодавчі та адміністративно-організаційні заходи протидії (1995–2002 роки) // Право і безпека. – 2002. – № 2. – С. 90–94 тощо.

зміни до законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства стосовно протидії насильству в сім'ї, які були ухвалені у вересні 2008 р. та набули чинності з 1 січня 2009 р.

Отже, мета статті — з'ясування сучасного стану розвитку законодавства України про попередження насильства в сім'ї, а також визначення наявних у ньому колізій та шляхів їх подолання й усунення на підставі теоретико-правових уявлень про юридичну колізійність та засоби її переборення.

Основу законодавства України з попередження насильства в сім'ї становить Конституція України (зокрема, статті 3, 21–24, 27–29, 32, 51, 52), а також Закон України «Про попередження насильства в сім'ї» від 15 листопада 2001 р., який на момент його ухвалення був першим у країнах Центральної і Східної Європи та СНД спеціальним законодавчим актом у сфері протидії сімейному насильству. Цей Закон визначає правові й організаційні основи попередження насильства в сім'ї, органи та установи, на які покладається здійснення заходів з його попередження.

Детальніше процедурні моменти застосування законодавства з попередження насильства в сім'ї врегульовані на підзаконному рівні, зокрема, Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку розгляду заяв та повідомлень про вчинення насильства в сім'ї або реальну його загрозу» від 26.04.03 р. № 616, Наказом Міністерства України у справах сім'ї, дітей та молоді, Міністерства внутрішніх справ України «Про затвердження Інструкції щодо порядку взаємодії управлінь (відділів) у справах сім'ї та молоді, служб у справах неповнолітніх, центрів соціальних служб для молоді та органів внутрішніх справ з питань здійснення заходів з попередження насильства в сім'ї» від 09.03.04 р. № 3/235, Наказом Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження заходів щодо виконання Закону України «Про попередження насильства в сім'ї»», Примірного положення про центр медико-соціальної реабілітації жертв насильства в сім'ї від 23.01.04 р. № 38 та ін.

Законодавство України, предметом регулювання якого є попередження насильства в сім'ї та ліквідація його негативних наслідків, не обмежується спеціальними законодавчими актами. Закон України «Про попередження насильства в сім'ї» закріплює заходи превентивного характеру, які застосовуються з метою попередження фактів насильства в майбутньому. При цьому щодо осіб, які вчинили насильство в сім'ї, застосовуються заходи юридичної відповідальності, передбачені кримінальним, адміністративним або цивільним законодавством України.

Так, чимало статей Кримінального кодексу України передбачають відповідальність за злочини, які нерідко вчинюються стосовно членів сім'ї та виступають проявом сімейного насильства (статті 115–117, 119–123, 125–129, 135, 136, 152, 153, 155 156, 166, 167, 194, 195 КК України та деякі інші). Особливості кримінальної відповідальності за злочини, які вчинюються на ґрунті сімейного насильства, виступають самостійним предметом дослідження кримінологів¹, фахівців у галузі кримінального права і процесу та виходять за межі цієї статті.

Зазначимо лише, що наведене свідчить про безпідставність поширеної серед жіночих громадських організацій України думки про необхідність криміналізації насильства в сім'ї та різних форм його проявів, оскільки за такі діяння, що містять склади відповідних злочинів, настає кримінальна відповідальність за чинним Кримінальним кодексом України. Проте серед науковців та правозахисників дедалі частіше постає питання щодо доцільності доповнення Кримінального кодексу України окремим складом злочину, який встановлював би кримінальну відповідальність за вчинення дій, що становлять насильство в сім'ї.

Запровадження такого складу злочину не спричинило б виникнення колізій у кримінальному законодавстві, оскільки він виступав би спеціальною нормою стосовно статей Кримінального кодексу, які визначають кримінальну відповідальність за заподіяння смерті, тілесних ушкоджень різного ступеня тяжкості чи вчинення інших злочинних дій проти тілесної недоторканності, честі та гідності особи. Проте його введення дозволило б підсилити увагу громадськості до злочинного характеру насильницької поведінки в сім'ї, а також передбачити особливості розслідування таких злочинів у кримінально-процесуальному законодавстві України.

На відміну від кримінального законодавства, адміністративне законодавство України містить спеціальну норму, що закріплює адміністративну відповідальність за насильство в сім'ї, невиконання захисного припису або непроходження корекційної програми. Названі дії кваліфікуються за ст. 173² КпАП України, що була внесена до Кодексу Закону від 15.05.2003 р. та діє в редакції від 25.09.2008 р. Цю статтю, як стверджують окремі науковці, було запроваджено з метою «при-

¹ Див.: *Бойко О. В.* Побутове насильство як об'єкт кримінологічних досліджень // Вісн. Нац. ун-ту внут. справ. – Вип. 18. – Х., 2002. – С. 470–474; *Він же.* Правова кваліфікація насильства в сім'ї // Вісн. Нац. ун-ту внут. справ. – Вип. 20. – Х., 2002. – С. 133–138; *Кузьміна І. Р.* Защита от насилия в семье в новом уголовном законодательстве Украины // Акт. проблеми політики. – Вип. 13–14. – Одеса, 2002. – С. 582–586 тощо.

ведення законодавства у відповідність»¹ до Закону України «Про попередження насильства в сім'ї», проте її введення поставило під сумнів профілактичний характер названого Закону, а також призвело до виникнення колізій між цією статтею та системою передбачених Законом спеціальних заходів з попередження сімейного насильства, що буде висвітлено нижче.

Колізійність законодавства України у сфері запобігання й протидії сімейному насильству та обумовлена нею надзвичайно суперечлива практика його застосування спричинили необхідність ухвалення Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства стосовно протидії насильству в сім'ї» від 25.09.2008 р., який набув чинності з 1 січня 2009 р.

Цими змінами було запроваджено окремі новели та усунуено низку проблемних моментів, зокрема: передбачено обов'язок проходження особою, що вчинила насильство в сім'ї, корекційних програм; визнано можливість адміністративного затримання особи, що вчинила насильство в сім'ї, до розгляду справи суддею; визначено коло осіб, на яких поширюється дія законодавства України про попередження насильства в сім'ї, через закріплення в Законі поняття «члени сім'ї». До останніх віднесено осіб, які перебувають у шлюбі; проживають однією сім'єю, але не одружені; їхніх дітей; осіб, які перебувають під опікою чи піклуванням; є родичами прямої або непрямої лінії споріднення за умови спільного проживання. Таке визначення кореспондує поняттю сім'ї, що міститься у ст. 3 Сімейного кодексу України.

Як позитивний наслідок внесення вказаних законодавчих змін слід розглядати вилучення із Закону такого спеціального заходу попередження насильства в сім'ї, як офіційне попередження про неприпустимість віктимної поведінки, а також положень, які стосувалися наслідків його винесення. Незважаючи на позитивний потенціал віктимологічної профілактики в інших країнах світу, на практиці впровадження інституту віктимної поведінки у законодавстві України лише посилило усталені гендерні стереотипи щодо наявності певного ступеня провини самої жертви у разі вчинення над нею сімейного насильства. Крім того, що інститут віктимної поведінки потенційної жертви насильства не був сприйнятий українською громадою, він містив чималу кількість

¹ Блага А. Б. Запобігання насильству як основа протидії агресивним злочинам проти членів сім'ї // Вісн. Запоріз. нац. ун.-ту. Юрид. науки. – 2005. – № 2. – С. 161–165.

колізій у його законодавчому врегулюванні та суперечностей щодо застосування¹, які були усунені внаслідок вилучення його із законодавчого простору. При цьому саме поняття віктимної поведінки залишилося у ст. 1 Закону, хоча й не використовується далі в його тексті, що порушує вимоги законодавчої техніки.

Незважаючи на певні позитивні зрушення, запропоновані зміни до законодавства з попередження насильства в сім'ї не врахували більшість зауважень та пропозицій, які були надані міжнародними та національними експертами з питань протидії домашньому насильству, та не усунули низку колізій, що містяться як у самому тексті Закону, так і виникають між ним та іншими релевантними актами законодавства України.

Так, за спрямованістю дій Закон України «Про попередження насильства в сім'ї» вирізняє чотири форми насильства: фізичне, сексуальне, психологічне та економічне (ст. 1 Закону) і розкриває зміст кожної з них. Проте передбачений Законом перелік форм насильства в сім'ї не відповідає формам насильства в сім'ї, вказаним у ст. 173² КпАП України, частиною першою якої, зокрема, передбачено адміністративну відповідальність за «вчинення насильства в сім'ї, тобто умисне вчинення будь-яких дій фізичного, психологічного чи економічного характеру». Сексуальне ж насильство як форма насильства в сім'ї не включено до диспозиції ст. 173² КпАП України.

Очевидно, законодавець виходив з того, що сексуальне насильство тягне за собою кримінальну відповідальність за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи, передбачені розд. IV Кримінального кодексу України. Проте такий підхід суперечить Закону України «Про попередження насильства в сім'ї», який визначає сексуальне насильство в сім'ї як «протиправне посягання одного члена сім'ї на статеву недоторканість іншого члена сім'ї, а також дії сексуального характеру по відношенню до неповнолітнього члена сім'ї» (ст. 1 Закону), тобто охоплює цим поняттям як діяння, що містять відповідні склади злочину, так й інші дії сексуального спрямування, які не мають кримінального характеру, але зазіхають на права та свободи членів сім'ї (залицання у неприйнятній для жертви насильства в сім'ї формі, звинувачення в сексуальній непривабливості або неспроможності тощо).

¹ Див.: *Блага А. Б.* Практика застосування Закону України «Про попередження насильства в сім'ї»: сучасні проблеми і можливі шляхи їх вирішення // *Право і безпека.* – 2004. – № 3/1 (№ 1). – С. 56; Закон України «Про попередження насильства в сім'ї» (Наук.-практ. коментар) / За ред. О. М. Рудневої. – Х., 2005. – С. 100–106.

Наступна колізія полягає в тому, що частиною першою ст. 173² КпАП України передбачено адміністративну відповідальність за «застосування фізичного насильства, що не завдало фізичного болю і не спричинило тілесних ушкоджень». Таке формулювання не відповідає визначенню фізичного насильства в сім'ї, що міститься в Законі, а також самому тексту ст. 173² КпАП України, в якій вказано на те, що внаслідок вчинення насильства в сім'ї «могла бути чи була завдана шкода фізичному або психічному здоров'ю потерпілого».

Така неузгодженість нерідко призводить до того, що суди повертають справи щодо вчинення фізичного насильства в сім'ї до органів внутрішніх справ на підставі того, що жертві насильства в сім'ї було завдано фізичного болю¹. Безперечно, такий підхід суперечить як букві, так і духу законодавства України про попередження сімейного насильства. Очевидно, що названі колізії потребують негайного усунення законодавчим шляхом, оскільки вони істотно ускладнюють практику притягнення осіб, що вчинили насильство в сім'ї, до адміністративної відповідальності.

Наступний ряд колізій пов'язаний із законодавчою регламентацією застосування спеціальних заходів з попередження насильства в сім'ї та адміністративної відповідальності за його вчинення. Законом України «Про попередження насильства в сім'ї» з урахуванням внесених до нього змін передбачено низку спеціальних заходів з попередження насильства в сім'ї. Такими заходами виступають: офіційне попередження про неприпустимість вчинення насильства в сім'ї; узяття на профілактичний облік і зняття з профілактичного обліку членів сім'ї, що здійснили сімейне насильство; захисний припис, а також обов'язок пройти корекційну програму. Як зазначалося раніше, останній захід було запроваджено вказаним Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства стосовно протидії насильству в сім'ї». Хоча Закон набув чинності з 1 січня 2009 р., дотепер корекцій програми, які визначаються як «програми, спрямовані на формування гуманістичних цінностей та ненасильницької моделі поведінки в сім'ї особи, яка вчинила насильство в сім'ї» (ст. 1 Закону), не було запроваджено у чинну систему попередження насильства в сім'ї та не прийнято відповідних підзаконних актів, які б визначили процедуру проведення корекційних програм та їх зміст.

¹ Попередження насильства над дітьми: Інформаційно-методичні матеріали та аналіз нормативно-правової бази / Уклад. Т. В. Журавель; Авт. кол.: О. В. Грицевич, О. М. Лозован, Ю. В. Онишко. – К., 2007. – С. 141.

Найбільш суперечливим видається законодавче регулювання запровадженого Законом України «Про попередження насильства в сім'ї» інституту захисного припису. Він являє собою запобіжний захід і не є ані видом покарання, ані іншим засобом юридичної відповідальності. Захисним приписом особі, що вчинила насильство в сім'ї, може бути заборонено чинити конкретні акти насильства в сім'ї; отримувати інформацію про місце перебування жертви насильства в сім'ї; розшукувати жертву насильства в сім'ї, якщо жертва насильства в сім'ї за власним бажанням перебуває у місці, що невідоме особі, яка вчинила насильство в сім'ї; відвідувати жертву насильства в сім'ї, якщо вона тимчасово перебуває не за місцем спільного проживання членів сім'ї; вести телефонні переговори з жертвою насильства в сім'ї (ч. 4 ст. 13 Закону). Вказаними змінами термін, на який встановлюються такі обмеження, збільшено з 30 до 90 діб з дня погодження захисного припису з прокурором.

Частиною 1 ст. 13 Закону України «Про попередження насильства в сім'ї» передбачено, що захисний припис виноситься особі «після отримання офіційного попередження про неприпустимість вчинення насильства в сім'ї». Таке положення викликає деякі неузгодженості. По-перше, у Законі не визначено термін, на який виноситься офіційне попередження про неприпустимість вчинення насильства в сім'ї, що ускладнює можливість винесення захисного припису.

По-друге, законодавство містить суперечність у правовому регулюванні порядку винесення захисного припису в разі вчинення насильства в сім'ї у формі злочину. Частиною 1 ст. 10 Закону передбачено, що «члену сім'ї, який вчинив насильство в сім'ї, виноситься офіційне попередження про неприпустимість вчинення насильства в сім'ї, за умови відсутності в його діях ознак злочину». Виходить, що згідно з Законом захисний припис у разі вчинення насильства в сім'ї у формі злочину може бути винесений тільки у тому випадку, якщо до цього особа, що вчинила злочин, скоїла насильство в сім'ї у формі іншого правопорушення та їй було винесено офіційне попередження про неприпустимість вчинення насильства в сім'ї. Такий підхід суперечить духу Закону, який передбачає винесення захисного припису в разі вчинення злочину незалежно від наявності офіційного попередження про неприпустимість вчинення насильства в сім'ї.

Такий висновок підтверджується тим, що законодавець передбачив спрощений порядок винесення захисного припису в разі вчинення злочину: за загальним правилом захисний припис виноситься діль-

ничним інспектором міліції або працівником кримінальної служби у справах дітей за погодженням з начальником відповідного органу внутрішніх справ і прокурором. Проте захисний припис не підлягає погодженню у разі наявності в діях особи, яка вчинила насильство в сім'ї, ознак злочину (ч. 2 ст. 13 Закону). Але з останнім положенням пов'язана інша суперечність, яка знов-таки блокує винесення захисного припису в разі наявності в діях особи, що вчинила насильство в сім'ї, ознак злочину, а саме: як зазначалося, термін обмежень, передбачених захисним приписом, відраховується з «дня погодження захисного припису з прокурором» (ч. 5 ст. 13 Закону). При цьому законодавець не визначив, з якого моменту будуть встановлюватися обмеження, передбачені захисним приписом, у тому випадку, коли він не підлягає погодженню.

Близька до описаної ситуація склалася і стосовно запроваджених корекційних програм: виходячи з системного аналізу ст. 10 Закону, у разі вчинення насильства в сім'ї у формі злочину винна особа може бути зобов'язана пройти корекційні програми тільки у тому випадку, якщо до цього вона скоїла насильство в сім'ї у формі іншого правопорушення та їй було винесено офіційне попередження про неприпустимість вчинення насильства в сім'ї. Такий підхід очевидно не відповідає цілям запровадження корекційних програм, які мають передусім сприяти зміні антисоціальних моделей поведінки осіб, які вчинюють насильство в сім'ї в соціально небезпечних формах та становлять найбільшу загрозу для своєї родини.

Слід також наголосити на колізії між застосуванням спеціальних заходів з попередження насильства в сім'ї, що передбачені Законом України «Про попередження насильства в сім'ї», та заходів адміністративної відповідальності, визначених вже згаданою ст. 173² КпАП України, що настають за вчинення насильства в сім'ї, невиконання захисного припису особою, стосовно якої він винесений, або непроходження корекційної програми особою, яка вчинила насильство в сім'ї. Проблема полягає в тому, що законодавчо не визначена черговість вживання спеціальних заходів з попередження насильства в сім'ї та накладання адміністративних стягнень за ті самі діяння. На практиці це призводить до ситуації, коли у разі вчинення насильства в сім'ї, дільничні інспектори міліції або співробітники кримінальної міліції у справах дітей виносять офіційне попередження про неприпустимість вчинення насильства в сім'ї та складають протокол за ст. 173² КпАП України з подальшим направленням матеріалів до суду. У разі повтор-

ного вчинення насильства в сім'ї алгоритм дій відтворюється, а винесення захисного припису взагалі ігнорується, що призводить до знецінення профілактичного потенціалу цього визнаного в усіх провідних країнах світу запобіжного заходу.

Застосування до кривдника в усіх випадках вчинення насильства в сім'ї, які не містять складу злочину, ст. 173² КпАП України, утримує жертв насильства в сім'ї від звернення із заявою про таке насильство, оскільки найчастіше вживаним на практиці адміністративним стягненням у таких випадках виступає штраф. Від таких заходів протидії сімейному насильству страждає передусім сама жертва насильства в сім'ї, що, як правило, має спільний із насильником сімейний бюджет.

Даний випадок є характерним прикладом виділеного на науковому рівні різновиду юридичних колізій — колізії між правом та правосвідомістю¹. З метою її подолання всі органи та установи, що вживають заходи з попередження насильства в сім'ї, жертви насильства в сім'ї та інші зацікавлені особи дійшли одностайного висновку про категоричну неприпустимість встановлення штрафу як виду адміністративного стягнення за вчинення насильства в сім'ї та необхідність застосування інших видів адміністративних стягнень, передбачених альтернативною санкцією ст. 173² КпАП України.

На підставі зазначеного можна зробити такі загальні висновки:

1. Внесені нещодавно зміни до законодавчих актів України, які мали за мету вдосконалення законодавства стосовно протидії насильству в сім'ї, не усунули наявні в ньому колізії, а лише поглибили їх, а також не вирішили низку притаманних йому системних проблем, які були виявлені в результаті його реалізації (неоднозначність у визначенні форм насильства в сім'ї, неузгодженість між спеціальними заходами попередження насильства в сім'ї та заходами юридичної відповідальності, що накладаються на кривдника за ті самі діяння тощо).

2. Підтверджений у ході дослідження системний характер колізійності законодавства України з попередження насильства в сім'ї дозволяє дійти висновку, що переважна більшість колізій у вказаній сфері правового регулювання виступає результатом порушення законодавцем логіки побудови нормативного матеріалу. Такі колізії не можуть бути подолані у процесі правозастосування через використан-

¹ 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. – С. 327.

ня відомих теорії та практиці способів та прийомів їх подолання (через застосування колізійних норм, тлумачення закону або застосування правоположень)¹ без виходу суб'єктом правозастосування за межі своєї компетенції та вдавання до прямої правотворчості.

3. Сучасний стан законодавства України про попередження насильства в сім'ї вимагає його ґрунтовного перегляду та якнайшвидшого усунення наявних у ньому суперечностей законодавчим шляхом, що є необхідною передумовою забезпечення його ефективності.

Реформування законодавства України щодо запобігання сімейному насильству вимагає не внесення до нього окремих, поодиноких змін, а розробки та ухвалення нової редакції Закону України «Про попередження насильства в сім'ї», яка дозволить усунути колізійність законодавства в цій сфері правового регулювання та сприятиме впровадженню реального механізму протидії цьому небезпечному соціальному явищу².

¹ 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. – С. 332.

² При написанні статті використані матеріали, підготовлені автором у ході реалізації проектів у сфері запобігання сімейному насильству Всеукраїнського громадського центру «Волонтер».

В. Нагребельний, заступник директора Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, кандидат юридичних наук, член-кореспондент Академії правових наук України

Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України — 60 років

У травні 2009 р. Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України відзначив свій 60-річний ювілей. За цей час він пройшов непростий шлях свого становлення і розвитку. Вся історія Інституту є результатом сконцентрованого у часі й масштабного за своєю значущістю складного і багатогранного творчого пошуку, який увібрав найкращі надбання і традиції вітчизняної юридичної думки попередніх століть.

Ідея створення у повоєнні роки правознавчої академічної установи належала тодішньому заступникові голови Ради Міністрів УРСР і одночасно міністрові закордонних справ УРСР Д. З. Мануїльському. Така установа потрібна була насамперед для теоретичного обґрунтування міжнародної правосуб'єктності Української РСР, яка на той час стала членом ООН, і надання допомоги Міністерству закордонних справ УРСР у його діяльності. Цю ідею підтримав доктор юридичних наук, професор В. М. Корецький, який неодноразово входив як радник до складу очолюваних Д. З. Мануїльським урядових делегацій на міжнародних конференціях. Останній високо цінував В. М. Корецького як талановитого вченого і висококваліфікованого фахівця в галузі міжнародного права. Саме В. М. Корецький був у витоків утворення вказаної наукової установи.

Спочатку було вирішено втілити дану ідею шляхом створення в системі АН УРСР невеликого Кабінету держави та права, але внаслідок різних обставин практичної реалізації вона не отримала. 21 квітня 1949 р. Рада Міністрів СРСР своїм розпорядженням дозволила Раді Міністрів УРСР утворити у складі АН УРСР Сектор держави і права. 6 травня 1949 р. Уряд УРСР прийняв постанову за № 1091, якою дозволив АН УРСР утворити у складі відділу суспільних наук академії Сектор держави та права як окрему науково-дослідну одиницю.

13 травня того ж року Президія АН УРСР розглянула дане питання і ухвалила рішення взяти до відома та виконання постанову Ради Мі-

ністрів УРСР від 6 травня 1949 р. за № 1091. Саме з цього рішення Президії АН УРСР і розпочалися конкретні заходи щодо організації Сектору держави та права як самостійної науково-дослідної одиниці в системі відділення суспільних наук АН УРСР, основним завданням якого були всебічний розвиток радянської правової науки в УРСР і теоретичне узагальнення діяльності державних органів республіки. У другій половині 1949 р. сформувався початковий склад наукового колективу Сектору з семи чоловік. Крім В. М. Корецького і Б. М. Бабія, до нього увійшло п'ять молодших наукових співробітників — випускників юридичного факультету Київського державного університету ім. Т. Шевченка (Ц. В. Боцян (Бичкова), М. П. Діденко, М. К. Михайловський, Л. Л. Потарикіна, Є. А. Тихонова). З осені 1949 р. при Секторі почала діяти аспірантура за спеціальністю «Міжнародне право».

Становлення Сектору відбувалося за умов жорсткої сталінської командно-адміністративної системи і партійних вимог послідовно класового підходу до дослідження суспільних і правових явищ. Перші теми наукових досліджень у Секторі стосувалися питань утворення та діяльності державного апарату в роки Жовтневої революції та Громадянської війни, возз'єднання Західноукраїнських земель з Радянською Україною, державно-правового устрою Болгарії і Китаю, організаційно-масової роботи сільських Рад депутатів трудящих, державного керівництва колгоспами. Чимало уваги приділялося науковим розробкам для міністерства закордонних справ УРСР, пов'язаних із зовнішньополітичною діяльністю Республіки.

Хрущовська відлига позитивно вплинула на стан і характер діяльності Сектору, який розпочав підготовку монографічних робіт, поліпшився теоретичний рівень наукових досліджень, поглибилися його зв'язки з практикою державно-правового будівництва. Розширилась і тематика наукової діяльності Сектору; були започатковані дослідження в галузі цивільного, трудового і кримінального права, кримінального процесу, правової охорони природи. Науковці Сектору взяли участь у підготовці проектів Цивільного, Цивільного процесуального, Кримінального, Кримінально-процесуального кодексів УРСР, інших законодавчих актів та матеріалів з питань міжнародного права для МЗС УРСР. Проведені заходи дали можливість більш предметно організувати наукові дослідження у Секторі, зміцнити зв'язки науковців з відповідними державними органами, збільшити кількість і підвищити якість виданих ним монографічних праць. Посилилася роль Сектору як установи з координації наукових державно-правових до-

сліджень у республіці. У цей період відбувалося також чисельне збільшення колективу науковців Сектору та його внутрішнє структурування. З 1961 р. у складі Сектору почали організовуватися науково-галузеві групи на громадських засадах: теорії та історії держави і права; радянського державного і адміністративного права; цивільного і трудового права та процесу, колгоспного і земельного права; кримінального права і процесу; державного права зарубіжних країн; міжнародного права.

У брежнєвський період (1964–1982 рр.) юридична наука виявилася міцно прив'язаною до потреб командно-адміністративної системи щодо теоретичного обґрунтування її політичних рішень. Але, попри ідеологічні нашарування, правова наука і в цей період продовжувала розвиватися значною мірою за своїми внутрішніми закономірностями. Це стосувалося і Сектору, а згодом — Інституту держави і права. Слід зазначити, що наприкінці 1968 р. у Секторі держави і права АН УРСР працювало 42 наукових співробітники, в тому числі 4 доктори і 24 кандидати наук, один академік і один член-кореспондент АН УРСР. Протягом 1950–1968 рр. науковцями Сектору було опубліковано 92 монографії, 73 брошури і понад 320 наукових статей. Як за обсягом і характером науково-дослідної роботи, так і за своїм складом Сектор фактично наблизився до статусу академічного науково-дослідного інституту.

12 червня 1969 р. Рада Міністрів УРСР прийняла постанову № 360 «Про створення Інституту держави і права Академії наук УРСР» і поклала на Інститут проведення наукових досліджень з актуальних питань державно-правового будівництва. На виконання рішення Уряду Президія АН УРСР 24 червня того ж року прийняла постанову № 202 «Про створення Інституту держави і права АН УРСР», відповідно до якої головним завданням новоствореної установи було визнано розробку методологічних проблем правової науки, проведення досліджень у галузі державно-правового будівництва та широке впровадження їх результатів у всі сфери організації і діяльності державного апарату.

Інститут держави і права було введено до складу Відділення економіки, історії, філософії та права АН УРСР (академіком-секретарем цього відділення на той час був Б. М. Бабій). На Інститут поклалися планування та координація наукових досліджень у галузі державно-правового будівництва УРСР. Виконуючим обов'язки директора Інституту було призначено В. М. Корецького (до проведення виборів на цю посаду), а заступником директора з наукової роботи — Б. М. Бабія.

Була визначена структура Інституту у складі п'яти наукових відділів, групи науково-технічної інформації та наукової бібліотеки.

У 1972 р. відділ проблем державного і господарського управління було реорганізовано і на його базі утворено два відділи: а) проблем політичної організації радянського суспільства (завідувач — А. П. Таранов); б) політико-правових проблем управління (завідувач — В. В. Цветков). Таким чином, на початку 1970-х років Інститут держави і права АН УРСР нараховував шість відділів, у яких працював 51 науковий працівник, з них 9 докторів і 31 кандидат юридичних наук. В аспірантурі Інституту навчалось 10 аспірантів. До середини 1980-х років кількість відділів Інституту зросла до восьми. Збільшилася і чисельність наукових працівників. Станом на 1984 р. в Інституті працювало 80 наукових співробітників.

У 1972 р. Б. М. Бабія було обрано академіком АН УРСР, а доктора юридичних наук В. В. Цветкова — членом-кореспондентом АН УРСР. У 1974 р. Б. М. Бабій став директором Інституту, а В. М. Корецький залишився почесним директором і завідувачем відділу міжнародного права і порівняльного правознавства.

Результатом перших п'ятнадцяти років діяльності Інституту стали десятки монографічних праць, підготовлених його науковцями. Помітною подією для Інституту став вихід у 1976 р. нового видання колективної праці «Історія держави і права Української РСР» за редакцією Б. М. Бабія. Авторському колективу цього видання у 1981 р. було присуджено Державну премію Української РСР в галузі науки і техніки. Протягом 1977–1978 рр. Інститут брав активну участь у підготовці й обговоренні проекту Конституції УРСР 1978 р.

У 1980 р. почесному директорові Інституту академіку АН УРСР В. М. Корецькому виповнилося 90 років. За великі заслуги у розвитку юридичної науки та активну громадсько-політичну діяльність йому було присвоєно звання Героя Соціалістичної Праці, що стало непересічною подією в історії радянської юридичної науки.

Розпочата в середині 1980-х років перебудова суспільного життя в СРСР значною мірою демократизувала процеси наукотворення і зменшила ідеологічний тиск на дослідження в галузі гуманітарних наук, у тому числі юридичних наук.

У січні 1988 р. членом-кореспондентом АН УРСР (згодом — академіком НАН України) і директором Інституту було обрано Ю. С. Шемшученка, який очолює його дотепер. У цей час була розроблена систе-

ма заходів щодо перебудови наукової діяльності Інституту на основі переосмислення ідеологічних стереотипів і догм у галузі держави і права, що дісталася у спадок від часів командно-адміністративної системи. Відповідно до цього по-новому були сформульовані пріоритетні напрями наукових досліджень Інституту. З метою поліпшення координації наукових досліджень між відділами у 1990 р. з числа провідних вчених Інституту на громадських засадах було утворено дві наукові ради — «Проблеми правової держави, захисту і забезпечення прав особи» і «Проблеми сучасної політичної системи господарського механізму і управління». Проведені організаційні заходи сприяли позитивним змінам у характері і змісті наукових досліджень Інституту. Саме у цей час розпочалося вивчення проблем правової держави і громадянського суспільства, були поглиблені дослідження питань демократії, прав і свобод людини і громадянина, законодавчої діяльності та інших актуальних питань державно-правового будівництва в Україні. 15 лютого 1990 р. Рада Міністрів УРСР прийняла постанову № 36 «Про присвоєння імені В. М. Корецького Інституту держави і права АН УРСР».

Сучасний і якісно новий етап у діяльності Інституту розпочався після проголошення незалежності України. З цього часу відбулися істотні зміни у підході до дослідження державно-правової тематики. Суть цих змін полягала у тому, що відповідні державно-правові явища почали розглядатися не через призму загальносоюзної політико-правової системи, а як явища суверенної, політично незалежної держави, тобто у рамках власної політико-правової системи. З урахуванням цього наукові дослідження Інституту держави і права ім. В. М. Корецького АН (а з 1995 р. — НАН) України були скориговані на створення юридичної наукової бази для становлення і розвитку української суверенної державності і правової системи, проведення конституційної, адміністративно-правової, судово-правової, економічної та інших реформ.

Основними напрямками наукових досліджень Інституту з початку 1990-х років були проблеми: розбудови державності України; конституційного права і місцевого самоврядування; правового регулювання аграрних відносин та охорони навколишнього середовища; кримінально-правової боротьби з економічними та іншими злочинами; міжнародного права і міжнародної правосуб'єктності України. Надалі ці напрями були укрупнені і зведені до досліджень проблем державотворення в Україні: (теорія, історія, практика), теоретичних

і прикладних проблем розвитку правової системи України, ролі і значення України в системі сучасного міжнародного правопорядку: теорія і практика.

Пріоритетними напрямками сучасних фундаментальних наукових досліджень Інституту є: проблеми державотворення і правотворення в Україні: теорія, історія, практика; правові проблеми демократизації суспільних відносин і формування громадянського суспільства та утвердження і реалізація прав та свобод людини; теоретичні і прикладні проблеми розвитку правової системи України; теоретичні і практичні проблеми реалізації Конституції та законодавства України; Україна в системі сучасного міжнародного правопорядку та європейської інтеграції: теорія і практика; проблеми енциклопедичних юридичних досліджень, філософії і соціології права.

Необхідно зазначити, що 8 вересня 1993 р. Президія НАН України прийняла постанову «Про підготовку фундаментальної Юридичної енциклопедії». 22 лютого 1996 р. Кабінет Міністрів України видав постанову «Про державну підтримку видання Юридичної енциклопедії». Зважаючи на важливість цього питання, підготовка «Юридичної енциклопедії» у 6 томах була включена до пріоритетних напрямів наукової діяльності Інституту і здійснювалася за відповідним державним замовленням. Робота над виданням (відповідальний редактор — Ю. С. Шемшученко) тривала протягом 1998–2004 рр. У 2005 р. ця фундаментальна праця отримала Державну премію України у галузі науки і техніки. Серед нагороджених провідні вчені Інституту: Ю. С. Шемшученко, В. П. Нагребельний, В. Н. Денисов, В. П. Горбатенко, В. Ф. Погорілко, О. М. Мироненко, В. І. Семчик та І. Б. Усенко.

Такої ж премії була удостоєна і видана за участю Інституту 6-томна «Енциклопедія етнокulturознавства» (голова редакційної ради — Ю. І. Римаренко). Лауреатами Державної премії України у галузі науки і техніки у нашому колективі є також Н. Р. Малишева та В. І. Олещенко.

До довідково-енциклопедичної літератури належать також: «Мала енциклопедія етнодержавознавства» (1996 р.), «Політичний енциклопедичний словник» (1997 та 2004 рр.), «Великий енциклопедичний юридичний словник» (2007 р.), «Енциклопедія цивільного права України» (2009 р.) тощо.

Разом з Національним університетом внутрішніх справ України та іншими установами і організаціями Інституту продовжуємо видавати багатотомну «Міжнародну поліцейську енциклопедію» (вже вийшло

чотири томи). З 2008 р. розпочалася робота за проектом видання багатотомної «Енциклопедії міжнародного права».

Помітним у загальнонаціональному масштабі було й видання Інститутом протягом 2002–2005 рр. фундаментальної праці 10-томної «Антології української юридичної думки».

Наприкінці 1990-х років відбулися і суттєві структурні зміни в Інституті. Довелося відмовитися від малочисельних наукових секторів, кілька разів частково реорганізувалися існуючі наукові відділи Інституту, змінювалася їх назва. На даний час головними структурними одиницями Інституту є 9 наукових відділів: теорії держави і права (завідувач — Н. М. Оніщенко); історико-правових досліджень (завідувач — І. Б. Усенко); конституційного права та місцевого самоврядування (завідувач — Ю. С. Шемшученко); проблем державного управління та адміністративного права (завідувач — В. Б. Авер'янов); проблем цивільного і трудового права та підприємництва (завідувач — Я. М. Шевченко); проблем аграрного, земельного та екологічного права (завідувач — В. І. Семчик); проблем кримінального права, кримінології та судоустрою (завідувач — О. М. Костенко); міжнародного права та порівняльного правознавства (завідувач — В. Н. Денисов); правових проблем політології (завідувач — І. О. Кресіна).

Крім того, у складі чи при Інституті діють 7 наукових центрів, а також Рада з координації фундаментальних правових досліджень НАН України (керівник — Ю. С. Шемшученко). Під егідою останньої були видані такі фундаментальні праці, як 6-томна «Юридична енциклопедія», 10-томна «Антологія української юридичної думки», вибрані праці академіка М. П. Василенка у 3-х томах, «Великий енциклопедичний юридичний словник», а спільно з Академією правових наук України — 5-томна праця «Правова система України: історія, стан та перспективи».

За останнє десятиріччя з-під пера науковців Інституту вийшли у світ десятки монографічних робіт з актуальних проблем державно-правового будівництва у суверенній Україні, історії держави і права та міжнародного права. Посилилася увага до видання довідкової юридичної літератури. За останні роки були опубліковані: «Юридичний довідник підприємця» (1992), «Юридичний словник-довідник» (1996), «Політологічний словник» (1997), «Власність громадян. Юридичний довідник» (1997), «Правова охорона культурних цінностей. Міжнародні документи і законодавство України» (1997), «Ядерне законодавство

України» (1998), «Енергетичне законодавство України та Європейського Союзу» (2003), «Космічне законодавство країн світу» у 4-х томах (2001–2007 рр.) тощо.

На початку 90-х років в Інституті було започатковано видання серії «Пам'ятки політико-правової культури України». З цієї серії було опубліковано: «Зібрання малоросійських прав 1807 р.» (1993); «Ділова документація гетьманщини XVIII ст.» (1993); «Права, за якими судиться малоросійський народ» (1997) та ін.

Протягом двох останніх десятиріч наукові праці Інституту неодноразово удостоювалися академічних та інших премій і нагород. Зокрема, у 1991 р. премію АН України імені Д. З. Мануїльського отримали Ю. С. Шемшученко і Н. Р. Малишева — за цикл робіт з правових проблем охорони навколишнього середовища. Премією НАН України імені М. П. Василенка були відзначені: В. Н. Денисов і В. І. Євінтов — за цикл робіт «Міжнародне право і світовий порядок: пошук моделей правового розвитку» (1992); І. Б. Усенко — за цикл робіт «Юридичні аспекти історії Всеукраїнської академії наук» (1994); О. М. Костенко — за цикл робіт «Закон і злочин (соціопсихологічні дослідження)» (1995); Ю. І. Римаренко — за цикл робіт «Етнодержавознавство: понятійний апарат, концептуальні підходи, теорія і практика» (1996); Ю. С. Шемшученко і К. А. Вислобоков — за видання видатної пам'ятки українського права «Права, за якими судиться малоросійський народ» (1997); Н. М. Оніщенко — за цикл робіт «Правова система і парламентаризм в Україні: проблеми становлення і розвитку» (2004 р.); В. І. Семчик, П. Ф. Кулинич, О. І. Ющик — за цикл праць «Теоретичні проблеми аграрної і земельної реформ та законодавчого процесу в Україні» (2006 р.); В. П. Горбатенко — за цикл праць «Проблеми і перспективи політико-правового розвитку України» (2008 р.)

Вчені Інституту брали активну участь у підготовці тексту Декларації про державний суверенітет України, а потім — проекту Конституції України 1996 р. В Інституті були розроблені і надіслані до відповідних державних органів наукова концепція і власний проект Конституції України. Ю. С. Шемшученко був членом Конституційної комісії Верховної Ради України, а В. Б. Авер'янов, І. П. Бутко, Л. Т. Кривенко і В. Ф. Погорілко входили до складу офіційних робочих груп з підготовки проекту Конституції. І. Б. Усенко брав участь у остаточному термінологічному редагуванні тексту Конституції. За участь у роботі, підготовці та прийнятті Основного Закону України В. Б. Авер'янова, В. Ф. Погорілко в 1996 р. були відзначені державними нагородами.

У 2007 р. вчені Інституту долучилися до процесу оновлення чинної Конституції України. Відповідно до Указу Президента України від 27 грудня 2007 р. «Про Національну конституційну раду» 18 лютого 2008 р. Президент України затвердив персональний склад цієї Ради, а 20 лютого провів її перше засідання. До складу Національної конституційної ради від Інституту увійшли Ю. С. Шемшученко, В. Б. Авер'янов та В. Ф. Сіренко, а до складу групи радників — М. І. Сірий.

Творча діяльність Інституту базується на глибокому вивченні практики державотворення та реалізації чинного законодавства, тісної співпраці з державними органами та органами місцевого самоврядування. Зокрема, Інститут має тісні зв'язки з Верховною Радою, Президентом і Кабінетом Міністрів України, Міністерством юстиції України, Конституційним Судом, Верховним Судом, Вищим господарським судом, Вищим адміністративним судом України, Генеральною прокуратурою України, іншими правоохоронними органами, Київською міською радою, місцевими державними адміністраціями та органами місцевого самоврядування. Співробітники Інституту є членами наукових і науково-консультативних рад при відповідних державних органах, працюють у створюваних ними комісіях.

Інститутом підготовлено та надіслано до відповідних державних органів велику кількість наукових доповідей, записок та інших пропозицій і рекомендацій з питань удосконалення чинного законодавства і практики його застосування. З 1995 р. при Інституті діє рада науково-правових експертиз, яка щороку надає понад 100 експертних юридичних висновків.

Інститут традиційно підтримує плідні творчі зв'язки з Академією правових наук України, Національною юридичною академією України імені Ярослава Мудрого, Київським університетом права НАН України, юридичними факультетами Київського та Львівського університетів, Одеською національною юридичною академією, Київським та Харківським національними університетами внутрішніх справ, Національною академією Служби безпеки України, юридичним факультетом Таврійського національного університету ім. В. І. Вернадського, юридичними факультетами Ужгородського державного університету та Української академії банківської справи, Інститутом міжнародних відносин Київського національного університету ім. Тараса Шевченка тощо.

Інститут проводить як національні, так і міжнародні наукові конференції, семінари та симпозиуми. Разом з Національним космічним

агентством України він, зокрема, провів у Києві у 2006 р. Міжнародний симпозіум ООН з космічного права, який набув широкого позитивного резонансу.

Співробітники Інституту включаються до складу міжнародних делегацій України, в тому числі на сесії Генеральної Асамблеї ООН. Інститут здійснює творче співробітництво з Інститутом держави і права Російської академії наук, Інститутом законодавства при Раді Міністрів Російської Федерації, Московською юридичною академією, науковими і навчальними юридичними центрами США, Франції, Німеччини, Угорщини, Польщі, Казахстану, Республіки Білорусь та інших країн.

Справжньою школою для перевірки наукових ідей стали методологічні семінари, які періодично проводяться Інститутом під загальною рубрикою: «Юридична наука і суспільство: проблеми теорії і практики».

За весь час свого існування Інститут багато уваги приділяв підготовці наукових кадрів, примноженню їх творчого потенціалу. Нині в Інституті працює понад 90 наукових співробітників, у тому числі близько 70 докторів і кандидатів юридичних наук, 17 академіків та членів-кореспондентів НАН України і Академії правових наук України (Ю. С. Шемшученко, В. І. Семчик, В. Ф. Сіренко, О. М. Костенко, Н. Р. Малишева, Я. М. Шевченко, В. Б. Авер'янов, В. Н. Денисов, Л. Т. Кривенко, О. М. Мироненко, Г. О. Мурашин, В. П. Нагребельний, Н. М. Оніщенко, Н. М. Хуторян), 9 лауреатів Державної премії України в галузі науки і техніки, заслужені діячі науки і техніки та заслужені юристи України. Багато науковців відзначені високими державними нагородами.

Істотним надбанням Інституту є наукові школи, які сформувалися протягом його існування на засадах наступництва в науці. До них, зокрема, належать наукові школи міжнародного права академіка В. М. Корецького, історії держави і права академіка Б. М. Бабія, державного управління члена-кореспондента НАН України В. В. Цветкова, конституційного права члена-кореспондента НАН України В. Ф. Погорілка, проблем інтересів у праві члена-кореспондента НАН України В. Ф. Сіренка, етнодержавознавства члена-кореспондента Академії правових наук України Ю. І. Римаренка, екологічного права академіка НАН України Ю. С. Шемшученка, аграрного права члена-кореспондента НАН України В. І. Семчика та ін. Ці наукові школи мають продовження в учнях тих їх лідерів, які вже пішли з життя.

Водночас Інститут постійно дбає про наукову зміну, підготовку нового покоління кандидатів і докторів юридичних та політичних наук.

Здійснюється це, головним чином, через аспірантуру і докторантуру. Станом на травень 2009 р. в аспірантурі і докторантурі Інституту навчалися понад 150 осіб на умовах бюджетного фінансування і на контрактній основі. Серед аспірантів — громадяни як України, так і інших країн. Успішно функціонує також інститут здобувачів наукових звань. Нині його кількісний склад налічує близько 120 осіб.

При Інституті функціонує три спеціалізовані вчені ради по захисту дисертацій. Ними охоплені майже всі юридичні спеціальності. Щороку в цих радах захищається 50–55 докторів і кандидатів юридичних та політичних наук.

Чимало уваги Інститут приділяє і періодичним виданням. З 1992 р. він видає щорічник «Правова держава» та збірник наукових праць «Держава і право», є співзасновником журналів «Право України», «Підприємництво, господарство і право», «Судова апеляція», «Порівняльно-правові дослідження» та «Проблеми філософії права». Разом з Київським університетом права НАН України Інститут видає «Часопис Київського університету права», в якому друкуються статті з проблем юридичної науки та освіти.

Отже, за 60 років своєї діяльності Інститут зробив істотний внесок у розвиток української юридичної науки і практики державно-правового будівництва, став провідною науковою юридичною установою в країні, яка здобула визнання вітчизняної та зарубіжної наукової спільноти. Його науковцями за цей час опубліковано близько 500 монографій з актуальних проблем державотворення і правотворення та понад 10 тисяч наукових статей. Вагомим підсумком роботи колективу Інституту є внесок у розбудову незалежної Української держави, створення її правової системи. Разом з тим, оцінюючи пройдений Інститутом шлях, не можна не зауважити, що він був устелений не тільки трояндами. У діяльності Інституту були й недоліки, складні часи і труднощі. Проте за всіх часів він був потрібний державі і суспільству. Фахівці Інституту постійно підвищують теоретико-методологічний рівень наукових пошуків, спрямовують зусилля на неухильне дотримання у своїх дослідженнях засад гуманізму та об'єктивності. Важливим завданням його колективу на близьку перспективу має стати теоретичний внесок у розв'язання актуальних проблем державотворення і правотворення, розвитку демократії і формування громадянського суспільства в Україні, реалізації прав і свобод громадян, гармонізації національного законодавства з європейським і міжнародним правом.

ПИТАННЯ

КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

Ф. Веніславський, кандидат юридичних наук, доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Спеціально-дозвільний принцип у конституційно-правовому регулюванні

У демократичній, правовій державі, якою Україну проголошено на конституційному рівні, загальновизнаними типами правового регулювання є два основоположні, базові принципи: загально-дозвільний — «дозволено все, що не заборонено законом» та спеціально-дозвільний (чи дозвільний) — «заборонено все, що прямо не дозволено законом», або, інакше кажучи, «дозволено лише те, що прямо передбачено законом». При цьому, якщо перший принцип зумовлює зміст і спрямованість поведінки людини та всіх інститутів громадянського суспільства, яким гарантується можливість діяти будь-яким чином та у будь-який спосіб, не порушуючи індивідуальну свободу, права інших людей чи законодавчо встановлені заборони, то другий принцип, поширюючи свій нормативний вплив на органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб, суттєво обмежує цих суб'єктів у виборі варіантів чи моделі своєї поведінки. Адже вони зобов'язані діяти лише таким чином та у такий спосіб, як це прямо передбачено конституційно-правовими нормами і лише в межах закріпленої за ними компетенції. Вчинення ж державним органом чи його посадовою особою дій у межах компетенції, але непередбаченим способом, у непередбаченій законом формі або з виходом за межі компетенції є підставою для визнання таких дій та правових актів, прийнятих у процесі їх здійснення, неправомірними та незаконними і відповідно — підставою для притягнення таких суб'єктів до конституційно-правової відповідальності.

Глибокий аналіз показує, зазначає у зв'язку з цим А. М. Колодій, що принципи публічного і приватного права: диспозитивності й імперативності, координації і субординації, примусовості і добровільнос-

ті, захисту загальносоціальних і особистих інтересів, «дозволено все, що прямо не заборонено законом» і «заборонено все, що прямо не дозволено законом» та ін. ніби перебувають у діалектичному протиріччі і водночас єдині, оскільки належать до тієї чи іншої правової системи і функціонують в її межах. Проглядається їх певна схожість з методами, прийомами, типами, засобами правового регулювання, що використовуються публічним і приватним правом, але ця схожість не означає їх тотожності, оскільки принцип — це явище більш високого порядку абстрагування¹.

Закріплення на конституційному рівні спеціально-дозвільного принципу має важливе значення як для побудови в Україні демократичної, правової держави та становлення і розвитку інститутів громадянського суспільства, так і для забезпечення стабільності та непорушності існуючого конституційного ладу.

По-перше, цей принцип покликаний забезпечити ефективне та прогнозоване функціонування всіх органів державної влади та органів місцевого самоврядування, оскільки зобов'язує їх діяти виключно у визначених Конституцією та законами України межах і лише у закріпленій ними спосіб. Адже, як зазначав С. С. Алексєєв, в умовах демократії головне полягає у тому, що позитивне право перестає бути свого роду додатком державної влади, право ніби «міняється місцями» з державою: утверджується верховенство права, і воно піднімається над державною владою; це і є тим, що прийнято вважати правовою державою².

По-друге, спеціально-дозвільний принцип у поєднанні із загальнодозвільним забезпечує широкі можливості для вільного функціонування й розвитку усіх інститутів громадянського суспільства, оскільки шляхом встановлення правових меж діяльності органів публічної влади та їх посадовців фактично закріплює сферу життя суспільства, вільну від владного втручання.

По-третє, спеціально-дозвільний принцип є необхідною передумовою забезпечення прав і свобод людини і громадянина, бо пов'язує державу та її органи правом, зобов'язуючи їх діяти у правових межах, у правових формах та правовими способами.

¹ Колодій А. М. Конституція і розвиток принципів права України (методологічні питання): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01; 12.00.02 / Київ. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 1999. – С. 22–23.

² Див.: Алексєєв С. С. Право: азбука – теорія – філософія: Опыт комплексного исследования. – М., 1999. – С. 49.

По-четверте, безпосереднім важливим наслідком практичної дії цього принципу є стабільність правової системи держави, а отже, і стабільність конституційного ладу та його засад.

Принципи права в цілому та особливості окремих з них досліджували у своїх працях такі вітчизняні вчені-правознавці, як А. М. Колодій¹, С. П. Погребняк², Б. В. Калиновський³, Т. І. Фулей⁴ та ін. У Росії дослідженням цього питання зокрема займалися: С. С. Алексєєв⁵, З. С. Байніязова⁶, Р. В. Єнгибарян⁷, О. Ф. Єфремов⁸, С. Є. Фролов⁹ та ін. Проблемам конституційного ладу останнім часом приділяли увагу такі науковці, як Н. О. Боброва¹⁰, Н. О. Богданова¹¹, О. П. Заєць¹², В. Т. Кабишев¹³, В. Ф. Погорілко¹⁴, О. Г. Рум'янцев¹⁵, Ю. М. Тодика¹⁶ та інші вчені-

¹ Колодій А. М. Конституція і розвиток принципів права України (методологічні питання): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01; 12.00.02 / Київ. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 1999. – 36 с.

² Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика). – Х., 2008. – 240 с.

³ Калиновський Б. В. Конституційні принципи місцевого самоврядування в Україні: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Нац. акад. внут. справ України. – К., 2004. – 218 с.

⁴ Фулей Т. І. Сучасні загальнолюдські принципи права та проблеми їх впровадження в Україні: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Львів. нац. ун-т ім. Івана Франка. – Л., 2003. – 253 с.

⁵ Алексєєв С. С. Право: азбука – теорія – філософія: Опыт комплексного исследования. – М., 1999. – С. 34.

⁶ Байніязова З. С. Основные принципы российской правовой системы: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Саратов. гос. акад. права. – Саратов, 2004. – 19 с.

⁷ Енгибарян Р. В. Конституционное развитие в современном мире. Основные тенденции. – М., 2007. – 19 с.

⁸ Єфремов А. Ф. Принципы и гарантии законности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / М., 1999. – 19 с.

⁹ Фролов С. Е. Принципы права: Вопросы теории и методологии: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Нижегород. акад. МВД России. – Н. Новгород, 2001. – 19 с.

¹⁰ Боброва Н. А. Конституционный строй и конституционализм в России: Монография. – М., 2003. – 264 с.

¹¹ Богданова Н. А. Понятия науки конституционного права: опыт аналитического и синтетического подходов к построению их системы // Вестн. МГУ: Серия 11: Право. – 1999. – № 5. – С. 3–22; Вона ж. Система науки конституционного права. – М., 2001. – С. 160–161.

¹² Заєць О. П. Правова держава в Україні: концепція і механізми реалізації: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 1999. – 31 с.

¹³ Кабишев В. Т. Становление конституционного строя России. – Саратов, 1993. – 186 с.

¹⁴ Погорілко В. Ф. Основи конституційного ладу України. – К., 1997. – 40 с.

¹⁵ Рум'янцев О. Г. Основы конституционного строя России (понятие, содержание, вопросы становления). – М., 1994. – 285 с.

¹⁶ Тодика Ю. Н. Основы конституционного строя Украины: Учеб. пособ. – Х., 1999. – 320 с.

правознавці. Однак аналіз наукових розробок свідчить, що ні конституційні принципи в цілому, ні спеціально-дозвільний принцип, зокрема в аспекті забезпечення стабільності конституційного ладу та його засад, як окремих об'єкт наукового дослідження все ще не ставали, що й зумовило написання цієї статті та підкреслює актуальність і практичну значущість її тематики.

Насамперед слід зазначити, що найважливіші з правових принципів — принципи Конституції становлять ядро і визначають змістовну, предметну та ціннісну характеристику такої універсальної правової категорії, як «конституційний лад». Адже його головним складовим елементом є засади конституційного ладу, які складаються саме з системи базових політико-правових принципів, що визначають основи організації та функціонування практично всіх державних та суспільних інститутів. Тому повага до основоположних правових принципів, їх безумовне дотримання й виконання усіма суб'єктами конституційно-правових відносин є однією з необхідних передумов забезпечення стабільності конституційного ладу в цілому. Принципи Конституції — це політико-ідеологічні та організаційні засади, відповідно до яких здійснюється регулювання суспільних відносин, що становлять її соціальний зміст¹.

А принципи основ конституційного ладу — це юридично виражені об'єктивні закономірності функціонування й розвитку відповідного суспільства та держави. Як зазначає С. П. Погребняк, під основоположними принципами права слід розуміти систему найбільш загальних і стабільних імперативних вимог, закріплених у праві, які є концентрованим виразом найважливіших сутнісних рис та цінностей, що притаманні цій системі права і визначають її характер і напрями подальшого розвитку².

Одним з важливих конституційних принципів, дотримання й практична реалізація якого має безпосереднє значення як для ефективного функціонування всього державного механізму, так і для забезпечення стабільності конституційного ладу України і його засад, є саме спеціально-дозвільний принцип, який закріплено цілою низкою норм Основного Закону України. Важливе значення цього принципу полягає в тому, що він, суттєво обмежуючи поведінку суб'єктів владних повно-

¹ *Енгибарян Р. В.* Конституционное развитие в современном мире. Основные тенденции. — М., 2007. — С. 153.

² *Погребняк С. П.* Основоположні принципи права (змістовна характеристика). — Х., 2008. — С. 37.

важень, фактично встановлює правові межі державно-владної діяльності в цілому, чим охороняє людину, інститути громадянського суспільства та й усе суспільство від необґрунтованого втручання у сферу їх свободи з боку держави та її органів. При цьому слід зазначити, що спеціально-дозвільний принцип часто називають принципом законності, що, на наш погляд, є достатньо обґрунтованим, оскільки поняття «законність» у строго юридичному значенні виражає загальнообов'язковість права¹, а безумовне дотримання органами публічної влади та їх посадовцями вимог Конституції і чинного законодавства забезпечує встановлення в державі й суспільстві правового порядку. Адже, як відомо, однією з сентенцій давньоримських юристів є *Legalitas regnorum fundamentum*: «Законність — основа держави». А будь-яке правове регулювання влади означає її впорядкування, що передбачає, з одного боку, організаційне і змістовне зміцнення владних інститутів через їх установи і наділення гарантованою компетенцією, а з другого — обмеження влади певними правилами, встановленням її обов'язків. Поза межами повноважень влади існує сфера саморегуляції громадянського суспільства і сфера життєдіяльності людини, вільна від державно-владного втручання².

Аналіз Конституції України свідчить, що спеціально-дозвільний принцип належить до норм-принципів, оскільки він знайшов своє безпосереднє нормативне закріплення щонайменше у двох нормах Основного Закону нашої держави — у ч. 2 ст. 6 та ч. 2 ст. 19. Разом з тим особливості його закріплення зазначеними конституційними нормами вимагають більш глибокого дослідження їх співвідношення. Так, відповідно до ч. 2 ст. 6 Конституції України «органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України». Частина ж 2 ст. 19 Основного Закону України закріпила цей принцип дещо поіншому: «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». Порівняльно-правовий аналіз змісту цих норм Конституції України дозволяє зробити декілька важливих, на наш погляд, висновків.

По-перше, ч. 2 ст. 6 Конституції поширює свій регулюючий вплив виключно на єдиний орган законодавчої влади (парламент України),

¹ Див.: Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. – М., 1999. – С. 38.

² Див.: Богданова Н. А. Система науки конституционного права. – М., 2001. – С. 18.

на органи виконавчої влади (Кабінет Міністрів України та інші органи державної виконавчої влади) і на органи судової влади, а ч. 2 ст. 19 — на органи державної влади в широкому сенсі та на органи місцевого самоврядування, а також на їх посадових осіб. У зв'язку з цим виникає цілком логічне запитання: як саме співвідносяться зазначені конституційні положення, на які саме органи державної влади розрахована нормативна дія ч. 2 ст. 19 Основного Закону України? Адже за Конституцією, окрім органів законодавчої, виконавчої та судової влади в нашій державі існують також і пост Президента України як глави держави, і низка інших державних органів, що займають особливе місце в державному механізмі України. Окрім того, з огляду на формальний нормативний зміст ч. 1 ст. 6 Конституції існує й проблема невизначеності місця та ролі в державному механізмі інституту глави держави, бо ця конституційна норма не передбачає здійснення державної влади іншими, не перерахованими в ній органами. А це, у свою чергу, призводить до виникнення ще низки досить складних запитань, пов'язаних з дією спеціально-дозвільного принципу: а) чи поширюється його вплив на главу держави; б) наскільки обґрунтованою є концепція про наявність у Президента України так званих «дискреційних повноважень», як це доводять деякі науковці¹. Адже, як зазначає Ф. фон Гаек, дискреція — це шпарина, через яку може втекти свобода кожної людини².

По-друге, якщо ч. 2 ст. 6 Основного Закону України встановила, що межі повноважень органів законодавчої, виконавчої та судової влади закріплено виключно Конституцією України, то ч. 2 ст. 19 суттєво розширює рамки правового обмеження органів державної влади та органів місцевого самоврядування, закріплюючи, що вони діють у межах повноважень, які передбачені не лише Конституцією, а й законами України, а це має надзвичайно важливе значення, оскільки дозволяє державі через законодавче регулювання суттєво розширяти сфери своєї державно-владної діяльності. Тобто її межі, з одного боку, залишаються недостатньо чіткими, а з другого — є досить динамічними, що, на наш погляд, створює передумови для зловживань з боку державних органів. І конституційно-правова практика України яскраво підтверджує, що, з одного боку, це не сприяє узгодженому й ефективному функціонуванню різних державно-владних структур, а з другого — становить безпо-

¹ Див., напр.: Барабаш Ю. Г. Державно-правові конфлікти в теорії та практиці конституційного права: Монографія. — Х., 2008. — С. 98–107.

² Гаек Ф. А. Конституція свободи / Мирослава Олійник (пер. з англ.), Андрій Ко-ролишин (пер. з англ.). — Львів, 2002. — С. 218.

середню загрозу стабільності конституційного ладу. Адже за існуючої моделі форми правління політичні сили, що отримують чи утворюють більшість у парламенті за результатами виборів, дуже часто не можуть відмовитися від спокуси законодавчого перерозподілу повноважень, які недостатньо чітко визначено в Конституції.

По-третє, обидві зазначені конституційні норми чітко й однозначно закріплюють, що способи здійснення своїх повноважень органами державної влади і органами місцевого самоврядування визначаються і Конституцією, і законами України. З одного боку, це означає, що у разі відсутності відповідних конституційних положень має бути прийнятий спеціальний закон, а з другого — що жодним іншим нормативно-правовим актом способи здійснення повноважень органами публічної влади встановлювати забороняється.

З метою найбільш повного з'ясування особливостей конституційно-правового визначення спеціально-дозвільного принципу доцільно проаналізувати й інші конституційні положення, які прямо чи опосередковано його закріплюють, і, насамперед, в аспекті правового регулювання повноважень і порядку їх реалізації конкретними державно-владними інституціями. Стосовно українського парламенту цей принцип також закріплено: ч. 2 ст. 85 Конституції України, за якою «Верховна Рада України здійснює також інші повноваження, які відповідно до Конституції України віднесені до її відання»; ч. 5 ст. 89, яка встановила, що «організація і порядок діяльності комітетів Верховної Ради України, її тимчасових спеціальних і тимчасових слідчих комісій встановлюються законом»; ч. 5 ст. 83, яка закріпила, що «порядок роботи Верховної Ради України встановлюється Конституцією України та Регламентом Верховної Ради України»; п. 21 ч. 1 ст. 92, відповідно до якої організація і порядок діяльності Верховної Ради України визначається виключно законами України. Системний аналіз наведених конституційних норм у їх взаємозв'язку з ч. 2 ст. 6 дозволяє зробити висновок, що повноваження парламенту України закріплено виключно Основним Законом, а спосіб та порядок їх реалізації має бути встановлено у спеціальному законі.

Незважаючи на вже зазначену відсутність у ст. 6 та ст. 19 Конституції України вказівки на Президента України, спеціально-дозвільний принцип поширює свій вплив і на цей інститут, який, поза всяким сумнівом, належить до державно-владних інституцій. Це підтверджується змістовним аналізом ст. 106 Основного Закону України, якою закріплено саме державно-владні повноваження глави держави. А про

конституційне закріплення щодо цього спеціально-дозвільного принципу свідчить п. 31 ч. 1 ст. 106 Конституції України, який встановив, що Президент України здійснює інші повноваження, визначені Конституцією України. Тобто межі повноважень глави держави закріплено виключно на конституційному рівні, а тому вони, на наш погляд, розширювальному тлумаченню не підлягають, і відповідно у Президента України жодних дискреційних повноважень бути не може.

Окремо слід зазначити, що формами правових актів глави держави, вичерпний перелік яких закріплено ч. 3 ст. 106, є укази і розпорядження. У зв'язку з цим викликає сумнів легітимність інших актів Президента України, що, як свідчить практика його діяльності, також набули значного поширення: доручення, протокольне доручення, вказівка тощо. Це можна віднести до форм реалізації його повноважень, оскільки їх конституційно не визначено, але в жодному випадку не до форм його правових актів.

Суттєві особливості має конституційне закріплення спеціально-дозвільного принципу стосовно Кабінету Міністрів України, оскільки, на відміну від парламенту і глави держави, межі повноважень всієї системи органів виконавчої влади визначаються не лише Конституцією, а й законами України. Так, відповідно до п. 12 ч. 1 ст. 92 організація і діяльність органів виконавчої влади визначається виключно законами України. Згідно з п. 10 ч. 1 ст. 116 Кабінет Міністрів України здійснює інші повноваження, визначені Конституцією та законами України. Частина 2 ст. 120 закріпила, що «Організація, повноваження і порядок діяльності Кабінету Міністрів України, інших центральних та місцевих органів виконавчої влади визначаються Конституцією та законами України». Досить дивним в аспекті аналізу особливостей дії спеціально-дозвільного принципу стосовно Кабінету Міністрів України видається положення ч. 2 ст. 113 Основного Закону, яка чомусь встановила, що у своїй діяльності уряд керується не лише Конституцією та законами України, а й указами Президента України та постановами Верховної Ради України, прийнятими відповідно до Конституції та законів України. Тобто в даному випадку всупереч ч. 2 ст. 6 та ч. 2 ст. 19 Основного Закону України, межі повноважень уряду можуть бути розширені й указами глави держави, і навіть постановами парламенту, що, на наш погляд, є неприпустимим. У зв'язку з цим вважаємо за необхідне в ході подальшого конституційного реформування змінити редакцію цієї норми Конституції, вилучивши з її тексту укази Президента України та постанови Верховної Ради України.

Як впливає зі змісту ч. 2 ст. 6 Конституції України, дія спеціально-дозвільного принципу поширюється і на органи судової влади. Так, згідно з п. 14 ч. 1 ст. 92 *судоустрій та судочинство* визначаються виключно законами України. Однак, як свідчить аналіз VIII розділу Конституції України, яким закріплено основи правового статусу судів загальної юрисдикції, їх повноваження визначено дуже специфічно: «Юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі» (ч. 2 ст. 124). Тобто жодних конституційних меж повноважень судів загальної юрисдикції фактично не встановлено. Як зазначив щодо офіційного тлумачення цього конституційного положення Конституційний Суд України у своєму рішенні від 7 травня 2002 р. (справа щодо підвідомчості актів про призначення або звільнення посадових осіб), до юрисдикції Конституційного Суду України, судів загальної юрисдикції належить, відповідно до їх повноважень, вирішення питань, що мають правовий характер¹. Таким чином, проведений аналіз свідчить, що Конституція України ні сама не закріплює правових меж повноважень судів загальної юрисдикції, ні вимагає такого закріплення на законодавчому рівні, оскільки передбачена ст. 92 Основного Закону необхідність виключного законодавчого врегулювання судочинства означає лише закріплення форм та способів діяльності судів, втім аж ніяк не їх повноважень.

Слід зазначити, що таке, на перший погляд, демократичне конституційне регулювання повноважень судів загальної юрисдикції на практиці, в умовах українських реалій призвело до суттєвих проблем, які подеколи навіть ставлять під загрозу стабільність конституційного ладу. Так, наприклад, як свідчать численні повідомлення засобів масової інформації, без участі судів не обходиться жодна рейдерська атака на інвестиційно привабливі підприємства, чим не лише порушується встановлений правовий порядок, а й створюються загрози економічній безпеці держави в цілому. Суттєвого поширення набули подібні явища і у сфері земельних відносин, і у галузі будівництва. Масштаби поширення подібних явищ, на наш погляд, заважають становленню України як правової держави, є прямою загрозою її конституційному ладу, оскільки у громадян втрачається віра у справедливість судової системи, у право взагалі. Тому одним із напрямів подальшого конституційного реформування, ми вважаємо, має стати і чітке правове визначення меж повноважень судів загальної юрисдикції.

Одночасно стосовно Конституційного Суду України спеціально-дозвільний принцип закріплено досить чітко. Вичерпний перелік по-

¹ Офіц. вісн. України. – 2002. – № 20. – Ст. 993.

вноважень єдиного органу конституційної юрисдикції визначено статтями 150, 151 та 159 Конституції України. А відповідно до ст. 153 «порядок організації і діяльності Конституційного Суду України, процедура розгляду ним справ визначаються законом». Тобто межі повноважень Конституційного Суду України визначено виключно на конституційному рівні, а способи їх реалізації закріплено у спеціальному Законі. Однак на практиці, на жаль, одним зі своїх перших рішень 5 березня 1997 р. Конституційний Суд України, всупереч зазначеній імперативній конституційній вимозі щодо законодавчого врегулювання порядку його організації, діяльності і процедур розгляду справ, затвердив Регламент Конституційного Суду України, яким фактично і врегулював більшість з цих питань. Легітимність цього нормативно-правового акта викликає більш ніж обґрунтовані сумніви.

Як уже зазначалося, крім передбачених ст. 6 Конституції органів законодавчої, виконавчої і судової влади, в Україні існують й інші державно-владні інституції — органи прокуратури, Рада національної безпеки і оборони України, Національний банк України тощо, а також система органів місцевого самоврядування як окрема система органів публічної влади. Аналіз Конституції України свідчить, що нормативна дія спеціально-дозвільного принципу поширюється на органи публічної влади, межі повноважень та порядок діяльності яких визначаються відповідними Законами України.

Окрім закріплення спеціально-дозвільного принципу безпосередньо, шляхом конституційного визначення повноважень конкретних органів публічної влади, його закріплено ще й опосередковано, через спрямованість інших конституційних норм. Насамперед слід зазначити, що він прямо впливає з принципу верховенства права, сутність якого, зокрема, полягає і в правовому обмеженні держави та її органів. Як зазначає Т. Аллан, «фундаментальною вимогою верховенства права, котре має обороняти індивіда від владної сваволі, є умова, що і виконавча, і судова гілки влади — тобто всі ті посадові особи, що здатні прямо застосовувати примус, повинні діяти відповідно до чинного права, де «право» складається із загальних положень та принципів, зміст яких ґрунтовано на концепції суспільного блага, котра не співвідноситься із заслугами чи становищем конкретної особи»¹.

Опосередковано закріплено спеціально-дозвільний принцип і у ст. 3 Основного Закону України, яка проголосила людину найвищою

¹ Аллан Т. Р. С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права / Пер. з англ. Р. Семківа. – К., 2008. – С. 72.

соціальною цінністю, а її права і свободи та їх гарантії визначальними щодо змісту і спрямованості діяльності держави. Адже принцип поваги і непорушності прав людини передбачає, що в міжнародному і внутрішньому праві демократичних держав права людини розглядаються як вища правова цінність, а їх утвердження і забезпечення є першочерговим обов'язком держави¹. Більше того, однією з найвищих цінностей людини вважається свобода, оскільки тільки в умовах свободи людина може сформуватися як особистість. Тому захист і повагу до особистої свободи людини необхідно розглядати як один із найважливіших обов'язків держави². Виходячи з цього, принцип пріоритету прав людини також, безсумнівно, можна вважати елементом обмежувального принципу Конституції України.

Проведене дослідження особливостей конституційно-правового регулювання дозволяє зробити деякі висновки щодо сутності спеціально-дозвільного принципу: а) його закріплено не однією, а цілою низкою конституційних норм; б) його конституційне закріплення є суперечливим, непослідовним та незавершеним; в) для забезпечення ефективності його дії необхідно у ході подальшого конституційного реформування редакційно змінити декілька норм Конституції України, якими закріплено цей принцип; г) його конституційне закріплення і спрямованість нормативної дії покликані забезпечити панування в державі й суспільстві режиму конституційної законності та правопорядку; г) його практична дія є одним з ефективних засобів забезпечення стабільності та непорушності конституційного ладу, основи якого закріплено в Конституції України.

¹ Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика). – Х., 2008. – С. 128.

² Див.: Кравченко Ю. Ф. Свобода як принцип демократичної правової держави: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2003. – С. 16.

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ

ПОЛІТИКО-ПРАВОВИХ ВЧЕНЬ

В. Стрілець, професор Полтавського факультету Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Права людини в політико-правовій концепції Української радикально-демократичної партії

Актуальність запропонованого дослідження зумовлюється потребою подальшого вивчення питання прав людини в ідеологічних концепціях українських політичних партій початку ХХ ст., зокрема Української радикально-демократичної партії (УРДП), що уможливить об'єктивну узагальнюючу оцінку місця прав людини в українській політико-правовій думці епохи національного відродження. У вітчизняній історії політико-правових вчень є ряд праць¹, в яких у загальних рисах розглядається зазначена проблематика, однак підходи українських політичних партій до питання прав людини не були об'єктом окремого дослідження. Метою статті є аналіз розвитку ідеї прав людини в політико-правовій концепції однією з найвпливовіших українських буржуазно-демократичних партій — УРДП, що діяла в Україні та в еміграції впродовж перших десятиліть минулого століття.

Витоки УРДП сягають 70–80-х рр. ХІХ ст., коли частина громад — первинних осередків ліберально-демократичної української інтелігенції — набуває політичних ознак. Наступним етапом становлення УРДП було утворення 1897 р. загальної української організації. Протягом 1903–1904 рр. остання реорганізувалася в Українську демократичну партію (УДП), із якої у квітні 1905 р. виділилася Українська радикальна партія (УРП). Цього ж року УДП і УРП об'єдналися в Українську демократично-радикальну партію (УДРП). Восени 1908 р. УДРП трансформувалася в Товариство українських поступовців (ТУП), яке збе-

¹ Див.: *Копиленко О. Л.* «Українська ідея» М. Грушевського: історія і сучасність. – К., 1991. – 183 с.; *Андрусак Т. Г.* Шлях до свободи (Михайло Драгоманов про права людини). – Львів, 1998. – 192 с.; *Горбаль В. М.* Права людини у правовій думці Наддніпрянської України кінця ХVІІІ – початку ХХ століття (індивідуалістичні концепції): Дис. ... канд. юрид. наук – Х., 2001. – 211 с.; *Мороз С. П.* Ідея прав людини у політико-правовій думці України (ІХ – початок ХХ століття): Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2001. – 220 с.

регло практично всі ознаки своєї попередниці. Протягом березня — червня 1917 р. ТУП перетворився в Українську партію соціалістів-федералістів (УПСФ). У 1923 р. остання перейменувалася в Українську радикально-демократичну партію (УРДП). Під цією назвою партія діяла в еміграції до 1939 р. У вітчизняній та зарубіжній історіографії утвердився підхід, згідно з яким для позначення всього періоду існування партії вживається саме остання її назва — УРДП. Об'єднуючи в своїх рядах багатьох інтелектуалів (С. Єфремова, Б. Грінченка, М. Славинського, П. Стебницького, О. Лотоцького, Ф. Матушевського, С. Шелухіна, М. Туган-Барановського та ін.), партія суттєво впливала на ідеологію українського національного руху.

Своїм ідейним попередником радикал-демократи вважали видатного українського мислителя та громадсько-політичного діяча М. Драгоманова, творча спадщина якого відзначається певною неоднозначністю, а в деяких питаннях — навіть суперечністю. Все ж, на погляд одного з ідеологів УРДП С. Єфремова, вчення М. Драгоманова базувалося на двох основних постулатах: політичної свободи особистості та децентралізації Росії шляхом федералізму як необхідної умови забезпечення політичних свобод¹. На основі поєднання цих двох фундаментальних принципів і розвивали свою політико-правову доктрину українські радикал-демократи в дореволюційний період своєї діяльності.

Програма УДП вимагала на рівні всієї Російської держави утвердження загальних, прямих, рівних та таємних виборів (без різниці статі, віросповідання та національності), свободи особи, свободи слова, совісті (на основі принципу відділення церкви від держави), свободи зборів, спілок, організацій, страйків та ліквідації станів. У декларуванні економічних прав людини програма УДП не відзначалася розлогістю. Так, автономний краєвий український сейм мав би встановити 8-годинний робочий день та державну пенсію німцям, інвалідам та всім робітникам з 60-річного віку. Програма УДП визнавала в задекларованій автономній Україні рівне з українцями право національних меншин на задоволення їх національних, культурних, політичних та економічних потреб².

Підходи платформи УРП до прав людини відзначалися значно більшим обсягом за рахунок конкретизації відповідних положень. Так,

¹ Єфремов Сергій. Відгуки з життя та письменства // Нова громада. — К., 1906. — Ч. 6. — С. 161–162.

² Українська суспільно-політична думка в ХХ столітті: Документи і матеріали: У 3 т. — Т. 1. — Б. м.: Сучасність, 1983. — С. 140.

згідно з платформою УРП державний лад реформованої Росії мав би забезпечувати загальновідомі права людини, насамперед, право на гуманне покарання в разі порушення закону (без катування, смертної кари, довічного ув'язнення — «кари, що часом буває гірша за смертну»); право на недоторканність особи, житла та листування без санкції суду. Крім того, стверджувалося в програмі, кожна людина повинна мати право оселятися і проживати у будь-якому місці, займатися будь-якою незабороненою діяльністю і вільно розпоряджатися своєю власністю без будь-якого державного дозволу; вільно користуватися рідною мовою в приватному і громадському житті; вільно говорити, писати й друкувати, відповідаючи за можливі порушення тільки в судовому порядку; сповідувати будь-яку віру або не сповідувати жодної; вільно збиратися та об'єднуватися в спілки й товариства та страйкувати. Громадянські права і обов'язки мали бути рівними для всіх, що передбачало скасування всіх класових, станових привілеїв та переваг за ознакою статі, віри та національною ознакою.

Разом з тим платформа УРП, як і програма УДП, встановлювала органічний зв'язок між зазначеними громадянськими правами людини та правами «одиниці колективної» — нації чи народності. Партія вимагала забезпечення таких прав шляхом створення в оновленій Російській державі рівноправних національно-територіальних автономій з правотворчими повноваженнями. Не згадавши про виборче право в масштабі всієї реформованої Росії як федерації національних автономій, платформа УРП задекларувала загальне, пряме, рівне та таємне виборче право за пропорційною системою в майбутній автономній Україні. Як активне, так і пасивне виборче право мало належати всім громадянам з 21-року¹.

Щодо економічних прав, зокрема прав найманих працівників, партія вимагала 8-годинного робочого дня для дорослих робітників і 6-годинного — для підлітків 14 — 18 років при забороні праці дітям віком до 14 років; щотижневих безперервних вихідних мінімальною тривалістю 36 годин; щорічної оплачуваної відпустки для робітників, котрі пропрацювали на одному місці не менше року; заборони понадурочної та нічної праці (остання вважалася можливою лише на безперервних виробництвах за умови добровільності та додаткової оплати); заборони жіночої праці на шкідливих для здоров'я підприємствах; допологової оплачуваної відпустки жінкам на 4 тижні до пологів та

¹ Українська суспільно-політична думка в ХХ столітті: Документи і матеріали: У 3 т. – Т. 1. – С. 142 – 143.

післяпологової — терміном 6 тижнів з можливістю її збільшення в разі шкідливих для матері та дитини умов виробництва.

Програма декларувала повне відшкодування робітнику з боку власника в разі його каліцтва чи втрати працездатності через професійну хворобу, або через нещасні випадки не з вини робітника; пенсійне страхування та страхування на випадок інвалідності та внаслідок нещасного випадку; безплатну лікарську допомогу від власників (крім випадків хронічних хвороб, які б лікувалися за державної допомоги) та збереження заробітку на період хвороби; незалежний від власника санітарно-гігієнічний контроль умов виробництва та проживання робітників; карну відповідальність власника в разі недотримання законодавства про охорону праці¹.

Програма об'єднаної УДРП повторювала без жодних змін відповідні положення програми УРП, однак містила уточнення, згідно з яким загальнодержавний російський парламент мав би здійснювати нагляд за дотриманням зазначених прав «громадянина і нації»².

Здекларована програмами УРП та УДРП ідея національних прав (прав «одиниці колективної») була конкретизована в ряді статей провідних ідеологів радикал-демократів М. Славинського та П. Стебницького. Вже в еміграції у своїй резонансній праці «Національно-державна проблема в СРСР» (1937 р.) М. Славинський так оцінював стан з правами націй у самодержавній Російській імперії: «Для імперського закону вони (нації. — В. С.) мовби не існували. Їх мова була вилучена з державного та публічного вжитку і лише обмеженим чином допускалася в літературних творах і приватному житті. Їх національні установи були розгромлені і замінені загальноімперськими, їх державно-історичні традиції кваліфікувалися як політичні злочини, як державна зрада»³.

У 1906 р. М. Славинський у легальному виданні «Украинский вестник» виступав за державний переустрій Росії на основі принципів справжнього демократизму, з політичною та правовою рівністю всіх громадян незалежно від віросповідання, національності та статі. Водночас М. Славинський сподівався, що Російська держава, розкріпачивши людину, має розкріпачити й нації шляхом надання їм права на самовизначення і «природне доповнення цього права — автономію»⁴.

¹ Українська суспільно-політична думка в ХХ столітті: Документи і матеріали: У 3 т. – Т. 1. – С. 145 – 146.

² Там само. – С. 148.

³ Национально-государственная проблема в СССР. – Paris, 1937. – 75 с.

⁴ Славинский М. Империя народов // Украинский вестник. – 1906. – № 1. – С. 38.

М. Славинський був переконаний, що всі національні права і свободи логічно входять у поняття політичної свободи взагалі. Ідеолог радикал-демократів зазначав, що в теоретичному плані в конституційній державі право кожної людини і всіх разом громадян говорити, писати, друкувати, навчатися і спілкуватися з владою рідною мовою є правом абсолютно безспірним, а замах на обмеження цього права є державним злочином, хоча й підкреслював, що в дійсності навіть у найдемократичніших країнах це право повною мірою не забезпечується на практиці. Тому для забезпечення реальної свободи націй у Росії М. Славинський пропонував прийняти спеціальний конституційний закон про національні права, який насамперед закріпив би політичну рівноправність всіх громадян Росії незалежно від їх національного походження. Потребу в такому закріпленні М. Славинський вбачав зокрема в необхідності нейтралізації позиції правих реакційних кіл російського суспільства, котрі, оголошуючи неросіян «іногородцями», прагнули обмежити їх політичну правоздатність¹. Зазначений закон передбачав створення спеціальних національних установ з метою забезпечення повноцінного національно-культурного розвитку; забезпечення рівноправності національних мов в освітній сфері (негайно — в початковій, і поступово — в середній та вищій школах) та в місцевих державних і громадських установах (насамперед у так званому зовнішньому діловодстві, що передбачало оволодіння відповідними чиновниками не однієї мови)².

П. Стебницький теж стверджував, що новий лад реформованої Росії мав би забезпечити права не лише особи, не лише громади, але й нації³ на основі принципу краєвої автономії (тобто права націй на культурне та в певних межах політичне самовизначення), затвердженого основним державним законом. Цим же законом мали бути забезпечені права національних меншин автономних утворень⁴.

Зв'язок особистих та національних прав простежується і в легально проголошеній платформі діяльності ТУП на виборах до IV Державної Думи (1912 р.) Відповідні вимоги платформи поділялися, умовно кажучи, на загальноросійські та українські. Для всієї Росії платформа вимагала розширення та зрівняння виборчих прав, забезпечення не-

¹ Славинский М. Закон о национальных правах // Украинский вестник. – 1906. – № 7. – С. 412–413.

² Там само. – С. 413–416.

³ Смуток Павло. Краєва автономія України // Вільна Україна. – 1906. – № 1–2. – С. 30.

⁴ Там само. – С. 34 – 35.

доторканності особи, забезпечення свободи професійним спілкам та культурно-просвітницьким організаціям; знищення станових відмінностей, особистих і майнових обмежень, відміни утисків та обмежень за релігійною і національною ознакою та знищення межі осілості для євреїв, як інституту, «що нічим не виправдовується і є вкрай принизливим для людської гідності»; скасування всіх обмежень при вступі до всіх навчальних закладів; видання законів, що забезпечували б інтереси робітництва.

Для України платформа вимагала введення загального навчання українською мовою і викладання нею у початкових школах у місцевостях з українським населенням, обов'язкового навчання в цих місцевостях української мови, літератури, історії і українознавства в усіх середніх і вищих навчальних закладах; допуску української мови в усі громадські заклади та державні установи¹.

Водночас ідеологи ТУП розвинули та детально обґрунтували існуючу в українській політико-правовій думці ідею єдності і взаємозв'язку національних прав українського народу та народів, що проживали на території України. Ця модернізована ідея, якій судилося відіграти істотну роль у перебігу Української революції 1917–1920 рр., включала такі положення: українство виходить за межі культурної творчості й ставить політичні та економічні вимоги, український національний рух — водночас і краєвий рух, який відстоює інтереси всіх націй, що мешкають на території України; децентралізація в порядкуванні всієї Росії та України, розвиток самоврядування — головна вимога українства і єдина умова повноцінного розвитку України; несправедлива економічна політика центру, яка забезпечує насамперед інтереси «державної народності», об'єктивно зумовлює необхідність децентралізації та розвитку місцевого самоврядування на рівні громад, повітів, губернії та краю в цілому, що стає справою всіх націй України; краєві економічні інтереси сприятимуть і національному самоусвідомленню українських народних мас; утвердження краєвих інтересів серед всіх націй України з допомогою й через український рух створить базу для співпраці співзвучних національних течій на політичному ґрунті².

Ідея єдності прав окремої людини та прав «одиниці колективної» — нації — визначала політико-правову концепцію радикал-демократів часів Української революції 1917–1920 рр., коли вони під впливом тогочасних

¹ Украинская платформа // Речь. – Петербург, 1912. – 12 (25) апр. – С. 7.

² Виборець. Українство на виборах до четвертої Думи // Рада. – К., 1912 – 31 трав. (13 черв.). – С. 1.

суспільних настроїв взяли нову для себе назву — соціалісти-федералісти. «Як права людини, одиниці-громадянина становлять наріжний камінь громадського життя, так другим наріжним каменем, підвалиною всякого справедливого ладу суть права нації — одиниці колективної. На цих двох підвалинах — правах людини і нації — засновується все життя вільної держави», — йшлося в програмі УПСФ (1917 р.)¹.

Схвалена у вересні 1917 р. на партійній конференції програма УПСФ повторювала з незначними змінами вищезазначені положення платформи УРП та програми УДРП (відмінності полягали зокрема у вимозі 6-годинного робочого дня для підлітків з 16–18 років при забороні праці дітям віком до 16 років). Разом з тим програма УПСФ задекларувала досить широкі права національних меншин автономної України, що включали: право на пропорційне представництво в законодавчому органі України — сеймі; право вживання рідної мови у всіх приватних товариствах і школах; право об'єднуватися в національно-культурні спілки та товариства; право національних меншин тих районів, де її представники складають не менше п'ятої частини населення, на використання рідної мови у взаєминах з посадовими особами місцевих органів державної влади; створення національних шкіл та підтримка національно-культурних заходів².

Однак обговорювана на конференції ідея національно-персональної автономії³ викликала заперечення всіх делегатів і до програми партії не потрапила. Аргумент був такий: оскільки національно-персональна автономія може забезпечувати не тільки культурні, а й економічні інтереси національних меншин, остільки вона небезпечна для українського народу з його невисоким, зумовленим минулим колоніальним становищем, загальним культурним рівнем, тому обстоювати таку автономію для національних меншин «це значить узаконити ту історичну національно-культурну і економічну несправедливість, яка склалася»⁴. Щоправда, невдовзі партія визначила інститут такої автономії як один із найкращих здобутків революції на Україні, як найкращий варіант вирішення національної проблеми⁵.

¹ Програма Української партії соціалістів-федералістів. – К., 1917 – С. 6.

² Там само. – С. 14.

³ Національно-персональна автономія – право етнічних меншин на самостійне влаштування свого національного життя за екстериторіальним принципом. Була встановлена в Українській Народній Республіці Законом про національно-персональну автономію, ухваленим Центральною Радою 9.01.1918 р.

⁴ Друга конференція Української партії соціалістів-федералістів // Нова рада. – 1917. – 7 верес. – С. 2.

⁵ До первісного стану // Нова рада. – 1917. – 12 лип. – С. 1.

І за революційних часів партія приділяла достатню увагу обґрунтуванню та відстоюванню основоположних прав і свобод людини. Прикладом може служити підхід партії до питання забезпечення свободи слова та друку в кризових умовах існування держави. Так, у 1919 р. соціалісти-федералісти зауважували, що свобода слова і друку є однією з конституційних підвалин, що забезпечує в державі зростання політичної і національної свідомості народних мас, що без зазначених свобод становлення правової держави неможливе, оскільки громадянство тільки тоді здобуває творчих висот, коли не зустрічає зовнішніх перепон у вільному виявленні думок, тому вони, як демократична партія в своїй програмі, завжди проголошували свободу слова і друку як істотні гарантії справді демократичного державного ладу. Але партія визнала, що за певних обставин, що загрожують існуванню самої держави, з метою забезпечення основ державного ладу, або під час війни для забезпечення «військового ладу і дисциплінарного порядку» повна свобода слова і друку може бути обмежена хоча б попередньою цензурою. Однак уведення цензури, її форма, організація і обсяг цензурних прав повинні базуватися на відповідній правовій основі, а здійснення цензури має доручатися «особі або колегії, що вище всього цінять істину, з громадським вихованням та високою освітою»¹.

У 1923 р. вже в еміграції партія прийняла новий програмний документ — платформу, що стала планом дій УДРП при сподіваному відновленні на території Наддніпрянської України Української Народної Республіки. Майбутня Українська держава уявлялася партією демократичною парламентською республікою із загальним виборчим правом, з рівними правами громадян, з децентралізацією державних установ з метою наближення їх до населення. Держава мала гарантувати права кожної людини на життя, на честь, на освіту, на працю та її продукти, на родинне життя, на державне забезпечення у випадку інвалідності, на забезпечену старість, на активну участь у громадсько-політичному житті, що забезпечувалося б свободою пересування, свободою слова та друку, свободою зборів та асоціацій, особистою недоторканністю, недоторканністю кореспонденції та житла².

Проголошенню завдань партії у захисті економічних прав найманих працівників передувало концептуальне осмислення проблеми, чого не було в попередніх програмах. Так, партія визначила своїм осо-

¹ Резолюція партії соціалістів-федералістів з приводу цензури // Трудовий шлях. – Кам'янець-Подільський, 1919. – 2 лип. – С. 4.

² Центральний державний архів вищих органів влади і управління України. – Ф. 4465. – Оп. 1. – Спр. 1058. – Арк. 2 – 2 зв.

бливим обов'язком захист інтересів найманих працівників фізичної та інтелектуальної праці. Соціальне становище останніх пояснювалось, виходячи з однієї із соціологічних теорій, згідно з якою місце того чи іншого класу в суспільстві визначається рівнем, у першу чергу, освіченості та заможності його членів. У зв'язку з цим партія поставила своїм завданням створити умови, що забезпечували б можливість кожному здібному робітникові стати власником чи організатором виробництва, а робітничим масам — відповідний культурний рівень, що визначається соціальною справедливістю. Умови ці зводились до безплатної професійної освіти для різних вікових груп робітників, державної допомоги в забезпеченні житлом, охорони «нормального робочого дня» та соціально-гігієнічних умов на виробництві, свободи професійних об'єднань і страйків, страхування інвалідності й старості та інших способів соціального забезпечення¹.

Платформа декларувала повну громадську та політичну рівноправність тим національним меншинам, які здавна живуть на території України. Їх національно-культурні права держава мала б забезпечувати згідно з принципами тогочасного міжнародного права².

Таким чином, політико-правова концепція українських радикал-демократів впродовж всього часу існування їх як політичної партії відзначалася послідовним демократизмом, відстоюванням основоположних прав людини. Разом з тим партія сповідувала принцип паритету та взаємозв'язку прав людини та прав нації. Аргументуючи право українського народу на самовизначення, на всебічну самореалізацію, партія пов'язувала його з правами національних меншин України, декларуючи відповідні умови для їх розвитку. Навіть в умовах поширення в Європі в 30-х роках тоталітаризму та зростання симпатій в українському суспільстві до «власного» тоталітаризму — націоналістичного руху — УРДП залишалася вірною своїм фундаментальним демократичним принципам. З цього приводу представник молодшого покоління УРДП, один із ідеологів партії Є. Гловінський висловився досить чітко: «Ми... визнаємо засаду, що держава і нація понад усім — понад партіями і класами. Але ми за свободу одиниці, за свободу її думки, переконань, слова. Вважаємо це великими цінностями, якими можна поступитися й обмежувати їх тимчасово і то лише у випадках крайньої потреби, коли існування нації й держави поставлено під загрозу»³.

¹ Центральний державний архів вищих органів влади і управління України. – Ф. 4465. – Оп. 1. – Спр. 1058. – Арк. 4.

² Там само. – Арк. 4 зв.

³ Гловінський Є. Нові політичні течії в Європі // Закордонне Бюро Української Радикально-Демократичної Партії. Бюлетень. – 1934. – Ч. 10. – С. 10.

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА І ПРОЦЕСУ

О. Печений, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права На-
ціональної юридичної академії України
імені Ярослава Мудрого

Деякі проблеми методології спадкування

Спадкове право, будучи підгалуззю цивільного, ґрунтується на тій самій джерельній основі, що й останнє. Для нього справедливі всі принципи, правила, морально-етичні важелі, якими керується і цивільне право в цілому. Єдиним є і категорійно-термінологічний апарат. Думається, що на спадкове право більшою мірою впливають сімейні, родинні та інші норми, що склалися в суспільстві. Не випадково, М. В. Гримич, аналізуючи звичаєве цивільне право України XIX — поч. XX ст., відносить такі поширені у спадковому праві категорії, як заповіти, до внутрішньосімейних односторонніх угод¹. Звичаї, сімейні і родинні підвалини впливали на спадкове право протягом всього часу його існування, не є винятком у цьому сенсі і спадкове право за Книгою VI ЦК України.

Із прийняттям у 2003 р. нового Цивільного кодексу України відбулася реформа спадкового права, воно зазнало істотних змін. І розробники ЦК, і подальші дослідники відзначають прогресивний характер реформування спадкового права. Корінна відмінність спадкового права за ЦК України 2003 р. від спадкового права ЦК УРСР 1963 р. і попередніх кодексів радянських часів полягає не тільки в кількості статей, а й у новій методології спадкування². Спадкове право за новим

¹ Гримич М. В. Звичаєве право українців XIX – початку XX століття. – К., 2006. – С. 367.

² Підопригора О. А., Мельник М. Г., Мельник О. М. Цивільний кодекс України. Міркування з окремих проблем застосування. – К., 2005. – С. 332–333.

ЦК — це право ринкової економіки, що позначилося на всьому змісті правового регулювання спадкування.

Оскільки змінилася методологія спадкування, необхідно визначити основні методологічні підходи, за допомогою яких здійснювалося реформування і які покладені в основу положень Книги VI ЦК. Втім ці положення не можна розглядати як принципи спадкового права, оскільки функції, призначення та роль принципів (універсальність спадкового правонаступництва, свобода заповіту, всебічна охорона прав спадкодавця, спадщини, інтересів спадкоємців від протиправних та аморальних посягань) якісно відрізняються та є дещо іншим. При вирішенні питання про співвідношення методологічних підходів і принципів спадкового права слід визнати за принципами субординаційне значення. Інакше кажучи, обираючи той чи інший методологічний підхід, законодавець не може ігнорувати вимог принципів, які мають керівне значення.

Слід сказати, що підходи, якими керувався законодавець при формуванні норм і інститутів спадкового права, були мінливими і залежали від соціально-економічної ситуації, ціннісних орієнтирів суспільства, пріоритетів правової політики, інших чинників. Тенденції радянського періоду, будучи підпорядкованими комуністичному принципу рівності усіх громадян, зводилися до того, щоб зменшити нерівність громадян, яка зумовлювалася одержанням значної спадщини¹. З цих міркувань, зокрема, за рахунок включення до першої черги спадкоємців за законом не лише дітей, другого з подружжя, а й батьків спадкодавця, збільшувалася кількість спадкоємців цієї черги, що призводило до пропорційного зменшення розміру частки кожного із спадкоємців. Відмітимо, що вплив підходів радянського періоду зазнали в цій частині і норми Книги VI ЦК України 2003 р. Однак при її створенні було використано оновлений інструментарій. Слід назвати такі методологічні підходи, покладені в основу реформування спадкового права:

- 1) максимальне усунення держави від спадкування майна фізичних осіб (і взагалі із сфери спадкового права);
- 2) розширення диспозитивних засад спадкового права, зокрема значно ширше застосування договірної регулювання відносин у сфері спадкування;
- 3) пріоритет спадкування за заповітом над спадкуванням за законом.

¹ Фурса С. Я. Становлення і розвиток спадкування в Україні // Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. – Т. 3: Цивільно-правові науки. Приватне право / За заг. ред. Н. С. Кузнецової. – Х., 2008. – С. 404.

Необхідність мінімізації участі держави у спадкових відносинах (1) обумовлювалася багатьма чинниками, перш за все керівним положенням приватного права: те, що становить приватну власність особи, має залишатись у сфері приватної власності, а держава мусить остаточно відмовитись від зазіхань на те, що їй не належить¹. Дане правило знайшло свій вияв у багатьох нормах Книги VI ЦК, якими, зокрема передбачено:

— виключення держави як з кола спадкоємців за законом, так і з кола суб'єктів, яким переходить спадщина, визнана судом відумерлою (ст. 1277 ЦК);

— збільшення кількості черг спадкоємців за законом з двох до п'яти (статті 1261–1265 ЦК);

— надання фізичним особам додаткових можливостей у сфері спадкування за заповітом (встановлення нових видів заповітів тощо).

Можна сказати, що названий методологічний підхід реалізовано у Книзі VI повною мірою і досить послідовно. У сучасний період держава закликається до спадкування лише тоді, коли вона зазначена спадкоємцем за заповітом, у всіх інших випадках спадкове майно до держави не потрапляє.

У результаті реформування спадкове право стало більш демократичним, доступним і надійним, у ньому враховані сучасні українські реалії, зарубіжній досвід, досягнення правової науки. Слід виділити такий новий методологічний підхід, як розширення диспозитивних засад у спадкуванні (2) і розширення договірної регуляції спадкових відносин, що раніше взагалі не допускалось. Тут слід назвати можливість у договірному порядку змінити черговість права на спадкування (ч. 1 ст. 1259 ЦК), змінити розміри часток у спадщині спадкоємців за законом (ст. 1267 ЦК), здійснити договірний розподіл спадщини (ст. 1278 ЦК) тощо. Спадкоємці дістали можливість здійснювати тлумачення заповіту (ст. 1256 ЦК). Разом із цим законодавець, розширюючи можливості громадян у сфері спадкування, окремі новели врегулював досить фрагментарно, залишивши певні недомовленості. Це стосується зокрема спільного заповіту подружжя (ст. 1243 ЦК), який містить певні елементи договору між подружжям, визначаючи долю спільного майна на випадок смерті. Доцільно було б визначити правила, що відбивають природу спільного заповіту, перед-

¹ Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерт-та. – К., 2000. – С. 286.

бачивши, що після смерті одного з подружжя спадщина відкривається лише стосовно майна, не охопленого спільним заповітом. Неврегульованою є процедура переходу частки у праві спільної сумісної власності після смерті одного з подружжя до другого з подружжя, який його пережив (ч. 2 ст. 1243 ЦК). Очевидно, слід говорити про припинення внаслідок смерті одного з подружжя права спільної сумісної власності. До того ж законодавець невиправдано звузив предмет спільного заповіту, обмеживши його тільки майном, яке набуте подружжям за час шлюбу, хоча спільна сумісна власність може виникати і з інших підстав, наприклад, унаслідок приватизації житла (ст. 8 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду»), у результаті спільної праці і на спільні кошти членів сім'ї (ч. 4 ст. 368 ЦК) тощо. Недоліки законодавця спричинили певне відторгнення цього виду заповіту нотаріальною практикою.

Наступним методологічним підходом є визнання пріоритету спадкування за заповітом над спадкуванням за законом. У працях багатьох авторів стверджується очевидність такого пріоритету принаймні з тих підстав, що законодавець поставив на перше місце норми про спадкування за заповітом, розмістивши їх перед нормами про спадкування за законом. Звичайно, технічне розташування правових норм само по собі не свідчить про принципову позицію законодавця, оскільки при реалізації обраного підходу виявлено певну непослідовність і неповноту. Зокрема, постає питання, наскільки коректно вести мову про пріоритет спадкування за заповітом над спадкуванням за законом, адже сам законодавець розглядає їх як юридично рівнозначні види спадкування (ст. 1217 ЦК). Думаємо, що слід розрізнити вид і підставу спадкування. Очевидно, що йдеться про пріоритет спадкування за заповітом саме як підстави, а не як виду спадкування. У чому це знайшло свій прояв? Перш за все у збільшенні законодавчої уваги до заповіту як підстави спадкування, яке забезпечене шляхом розширення переліку видів заповітів, надання можливості тлумачення заповіту як самими спадкоємцями, так і судом, обмеження кола випадків, коли здійснюється спадкування за законом незалежно від змісту заповіту, тобто спадкування обов'язкової частки у спадщині. Однак поставити спадкування за заповітом на перше місце, перед спадкуванням за законом, не означає забезпечити його пріоритет. П'ятирічна практика застосування Книги VI ЦК і судами, і органами нотаріату свідчить про наявність певних прогалин і непослідовність у застосуванні цього підходу. Проілюструємо це на прикладі. Так, спадкодавець визначив

у заповіті декількох спадкоємців, один з яких помер до відкриття спадщини. Книга VI ЦК не містить відповіді на питання, як здійснюється спадкування в такій ситуації. Відповідно до ст. 1275 ЦК частка у спадщині переходить до інших спадкоємців за заповітом лише тоді, коли спадкоємець відмовився від її прийняття або не прийняв спадщину (п. 5 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 7 «Про судову практику у справах про спадкування»). Говорити в такій ситуації про спадкування за законом означало б нехтувати повністю волю заповідача. Тому видається, що тут повинен повною мірою працювати пріоритет спадкування за заповітом над спадкуванням за законом. Ще з часів застосування ЦК УРСР 1963 р. у судовій та нотаріальній практиці укорінився підхід, згідно з яким конкретно визначена у заповіті частка спадкоємця, який помер (відпав), переходить до спадкоємців за законом і розподіляється між ними у рівних частках. Якщо ж спадкодавець заповідав усе своє майно (без визначення часток) призначеним ним спадкоємцям (спільне закликання до спадкування), частка спадщини, що належала б спадкоємцю, який відпав, переходить до інших спадкоємців за заповітом і розподіляється між ними в рівних частках і в тих випадках, коли є інші спадкоємці за законом (Постанова Пленуму Верховного Суду УРСР від 23 березня 1984 р.). Тобто коли заповідач визначив у заповіті декількох спадкоємців, не визначивши їхніх часток у спадщині, його бажанням було, щоб спадщина перейшла саме цим спадкоємцям. Тому стверджувати, що у разі смерті одного з них спадщина в певній частині є вільною від заповіту, помилково. На нашу думку, від цього закріпленого у правозастосовній практиці правила і за умов застосування ЦК України 2003 р. відмовлятися не слід.

Наступним проблемним місцем застосування пріоритету спадкування за заповітом над спадкуванням за законом є визначення обов'язкової частки у спадщині (ст. 1241 ЦК). Обов'язкова частка у спадщині — по суті єдине правило, що обмежує свободу заповіту в цивільному праві, однак необхідно визнати, що обмежує цю свободу досить істотно. ЦК України виходить з того, що обов'язкова частка формується з усього спадкового майна. Суб'єкти права на обов'язкову частку спадкують незалежно від змісту заповіту половину частки, яка належала б кожному з них у разі спадкування за законом (обов'язкова частка). Це означає, що визначивши розмір обов'язкової частки, нотаріус повинен формувати її за рахунок усього спадкового майна, не розділяючи його на майно, охоплене заповітом і майно, що не охопле-

не ним. Саме такий підхід відповідатиме буквальному змісту ст. 1241 ЦК. При цьому на відміну від ЦК України, у ЦК РФ та інших країнах колишнього Союзу РСР застосовується інший підхід, який вимагає визначення обов'язкової частки спочатку у майні, яке не охоплене заповітом, а вже потім, за недостатності у майні, що охоплене заповітом. Звичайно, обидва підходи мають свої недоліки і переваги. Варіант ЦК України, за яким обов'язкова частка формується з усього складу спадщини, призводить до порушення прав спадкоємців за заповітом і цим нехтується закладений в основу ЦК пріоритет спадкування за заповітом над спадкуванням за законом. Варіант уявного поділу спадкового майна на охоплене заповітом і не охоплене ним не узгоджується з буквальним змістом ст. 1241 ЦК.

Певним компромісом є підхід, запропонований у Постанові Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 7 «Про судову практику у справах про спадкування»: за згодою особи, яка має право на обов'язкову частку у спадщині, належна їй частка визначається з майна, не охопленого заповітом. У разі незгоди ця частка визначається з усього складу спадщини. Звичайно, прагнення авторів пропозиції забезпечити баланс інтересів необхідних спадкоємців і спадкоємців за заповітом є очевидним. Однак, чи відповідає висловлена пропозиція дійсному змісту закону? Нам бачиться, що можуть бути запропоновані й інші підходи до формування обов'язкової частки у спадщині, які б повною мірою відповідали методологічним засадам Книги VI ЦК.

Обравши пріоритет спадкування за заповітом над спадкуванням за законом як магістральний методологічний підхід, законодавець дотримувався його неспішно, а окремі положення Книги VI ЦК є надто лаконічними. Так, у ч. 5 ст. 1275 ЦК міститься застереження, що відмова спадкоємця за заповітом від прийняття спадщини не позбавляє його права на спадкування за законом. Попередньо може скласти враження, що законодавець виокремлює два види відмови від прийняття спадщини — відмова від прийняття спадщини за законом і відмова від прийняття спадщини за заповітом, які мають самостійне, автономне значення. Окремі автори взагалі визнають за спадкоємцем право відмовитись від виконання заповіту із збереженням за ним можливості спадкувати за законом¹. Така пропозиція є вкрай небезпечною і з теоретичних, і з прикладних позицій. Уявімо собі ситуацію,

¹ Солонько М. Ф. Відмова від прийняття спадщини // Проблеми цивільного права та процесу: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті професора О. А. Пушкіна. – Х., 2009. – С. 73–75.

що на спадкоємця за заповітом, який одночасно належить до кола спадкоємців за законом, покладено виконання заповідального відказу. За конструкцією «двох самостійних видів відмов» спадкоємець може відмовитись від прийняття спадщини за заповітом і прийняти спадщину за законом, будучи вільним у такому випадку від будь-якого заповідального відказу. Однак у такому разі не тільки ігнорується воля заповідача, а й нехтується принцип універсальності спадкового правонаступництва. Тому нам видається, що відмовляючись від спадщини, спадкоємець втрачає право на спадкування. Відмова від прийняття спадщини діє незалежно від підстави спадкування і має «наскрізний» характер. Що стосується положень ч. 5 ст. 1275 ЦК, то дану норму слід розуміти таким чином, що відмова спадкоємця за заповітом від прийняття спадщини не позбавляє його права на спадкування **лише спадкового майна, не охопленого заповітом**.

Методологічним недоліком Книги VI ЦК слід визнати недостатнє опрацювання положення про спадкування окремих об'єктів цивільних прав. Законодавець лише фрагментарно торкнувся питань спадкування права на земельну ділянку (ст. 1225 ЦК), частки у праві спільної сумісної власності (ст. 1227 ЦК), права на вклад у банку або фінансовій установі (ст. 1228 ЦК), права на відшкодування збитків, моральної шкоди та сплату неустойки (ст. 1230 ЦК), обов'язку відшкодувати майнову шкоду (збитки) та моральну шкоду, яка була завдана спадкодавцем (ст. 1231 ЦК). Поза увагою залишилися аспекти спадкування майнових комплексів підприємств, цінних паперів, прав на частку у статутному капіталі підприємницьких товариств, зобов'язальних прав вимоги. Втім саме з цих об'єктів і складаються крупні капітали і в умовах формування другого та наступних поколінь власників проблемні питання спадкування вказаних об'єктів будуть досить актуальними. Відмінність радянської та ринкової систем спадкування полягає саме у визначенні об'єктів спадкового наступництва. Не випадково, західні дослідники зазначають, що у невеликих спадкових справах різниця між обома системами є незначною. Однак як тільки мова йде про спадкування земельних угідь, підприємств, цінних паперів, одразу ж проявляється антагонізм цих систем¹. У цьому аспекті можна стверджувати про перехідний характер відповідних норм ЦК України про спадкування, які будуть зазнавати змін і доповнень під впливом потреб часу.

¹ Lange H. lehrbuch deserbrechts. Munchen and Berlin, 1962. – S. 2.

В. Пашков, кандидат юридичних наук,
доцент Полтавського факультету Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Правовий господарський порядок і урядова фармацевтична політика, її наслідки та уроки

Здійснення процесу формування ринкової економіки в Україні і фундаментальні зміни у правовому просторі привели до суттєвих перетворень у сфері охорони здоров'я. При цьому важливим регулятором господарських відносин у цій галузі залишаються господарсько-правові норми, які закріплюють вимоги держави щодо забезпечення конституційних прав громадян на ефективне, доступне і якісне медичне та фармацевтичне обслуговування. У свою чергу суб'єкти господарювання та інші учасники відносин у сфері господарювання здійснюють свою діяльність у межах встановленого правового господарського порядку, конституційні основи якого задекларовані ст. 5 ГК України. При цьому зміст категорії «правовий господарський порядок» досить чітко пов'язаний із конституційно-правовими нормами, які й мають визначити правові засади такого порядку не тільки безпосередньо, а також через визначення змісту всього поточного господарського законодавства¹. А положення ст. 6 ГК фіксують принцип обмеження державного регулювання економічних процесів, але прикрі вади законодавчої техніки його викладення дають підстави прогнозувати подальше його вдосконалення і за формою, і за змістом². Усі інші загальні принципи господарювання, що викладені у ст. 6 ГК України, зобов'язують суб'єктів господарювання та інших учасників відносин у сфері господарювання здійснювати свою діяльність у межах встановленого правового господарського порядку, і які є похідними та тісно пов'язаними з основними принципами національної безпеки, викладеними в Законі України «Про основи національної безпеки України». Тобто національна безпека виступає не просто як стан захищеності особи, суспільства і держави від внутрішніх і зовнішніх загроз, а як

¹ Див.: *Задихайло Д. В.* Правовий господарський порядок в Україні: десятирічний досвід конституційно-правового забезпечення // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 3 (46). – С. 143–153.

² *Задихайло Д. В.* Мобілізаційна стратегія економічного розвитку в контексті правового господарського порядку: постановка питання // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – № 1 (48). – С. 158–168.

пройняте суб'єктивними переживаннями прагнення задоволення потреби окремої особи у безпеці, що є невід'ємним від людського ества, управління загрозами та небезпеками¹.

Проблема охорони здоров'я як невід'ємної частини національної безпеки та вироблення оптимальної стратегії її забезпечення у нерозривній єдності з формами реалізації державою економічної політики (ст. 9 ГК України) вимагає застосування передбачених ст. 10 ГК України основних напрямів економічної політики держави. У той же час принципово важливим є усвідомлення того, що у сфері охорони здоров'я загрозу становить не лише саме явище, а, насамперед, системні чинники, що його обумовлюють та призводять до неефективності впровадження державної політики у сфері охорони здоров'я, невідповідності між визначеними пріоритетами щодо забезпечення здоров'я громадян та станом реформування економіки країни. Йдеться, зокрема, про створення нормативно-правових та економічних умов і механізмів, які б оптимізували розподіл відповідальності саме держави, суб'єктів господарювання всіх форм власності та всього українського суспільства як суб'єкта формування і практичної реалізації державної політики щодо охорони здоров'я. Тобто сфера охорони здоров'я, і зокрема її фармацевтичний сектор, повинна стати органічною й ефективною складовою суспільно-господарського комплексу держави.

З цієї точки зору, серед умов, що сприятимуть докорінному вдосконаленню як самої державної політики у сфері охорони здоров'я, так і підвищенню ефективності її практичного впровадження та дозволять значною мірою нейтралізувати загрози національній безпеці, що зумовлені соціальними факторами ризику, слід розглядати: розроблення та реалізацію єдиної концепції та програми розвитку сфери охорони здоров'я як невід'ємної частини соціальної безпеки України, яка б була органічно пов'язана із суспільно-політичними і особливо економічними перетвореннями в державі, адже стан та розвиток сфери охорони здоров'я знаходиться у нерозривному причинно-наслідковому зв'язку зі станом та умовами розвитку реального сектору економіки, із впроваджуваною бюджетною, інвестиційною, кредитно-фінансовою, податковою політикою тощо. Нова єдина концепція та програма розвитку господарсько-правової політики у сфері охорони здоров'я як соціальної домінанти національної безпеки повинна базуватися на засадах

¹ Див.: Ліпкан В. Поняття та зміст націобезпекознавства // Право України. – 2003. – № 9. – С. 115–118.

забезпечення конституційно визначених соціальних гарантій та реалізації стратегічних пріоритетів соціально-економічного розвитку у нерозривній єдності з євроінтеграційними та глобалізаційними орієнтирами України.

Дослідження господарсько-правових засобів регулюючого впливу держави в контексті застосування основних напрямів економічної політики, спрямованих на забезпечення національних інтересів, займають вагомe місце в роботах науковців з усіх напрямів права, а саме: В. К. Мамутова, О. М. Вінник, Д. В. Задихайла, В. А. Ліпкан, В. С. Мілаш тощо. Однак у дослідженнях цих науковців не відведено належної уваги проблемам визначення правового господарського порядку як чиннику запобігання руйнуванню фармацевтичного ринку України.

Отже, метою статті є визначення необхідного впливу правового господарського порядку на збереження фармацевтичного ринку України за умови застосування Урядом основних напрямів економічної політики держави в контексті забезпечення національної безпеки.

Гарантуючи соціальні права громадян на охорону здоров'я, держава тим самим декларує, що стан соціальної безпеки стає можливим лише за умови застосування механізмів правового регулювання. З метою гарантування соціальної безпеки держава повинна постійно утримувати баланс між сферою публічного та приватного і водночас ефективно діяти в напрямі постійного вдосконалення економічної та правової бази соціальної безпеки. Провідна роль у забезпеченні діяльності фармацевтичного ринку як складової охорони здоров'я належить саме дотриманню конституційного економічного порядку. Особливістю конституційного економічного порядку є те, що відповідні конституційно-правові норми не тільки визначають зміст поточного господарського законодавства (у тому числі й зміст правового господарського порядку), а й на підставі ст. 8 Конституції України є нормами прямої дії, що має підвищувати значення конституційно-правових засад для ефективного розвитку економічних відносин. Положення про пряму дію конституційно-правових норм робить категорію конституційно-економічного порядку не тільки доктринальною, концептуальною категорією, а й безпосередньо самостійним регуляторним правовим феноменом¹. Саме у Конституції України міститься низка принципів положень, котрі мають бути покладені в основу функціо-

¹ Див.: Задихайло Д. Конституційний економічний порядок: проблема систематизації нормативно-правового забезпечення // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 4 (47). – С. 127–137.

нування і розвитку суспільства і держави та їх взаємовідносин, а відповідно і їх правового регулювання. На жаль, ігнорування цих положень, а також ігнорування основних напрямів економічної політики держави призводять сьогодні до руйнування ринкової економіки як такої, зокрема руйнування фармацевтичного ринку України. Спроби проведення кардинальних реформ на фармацевтичному ринку відбуваються систематично, причому за однаковим сценарієм, і всі вони деякою мірою спрямовані на руйнування існуючого фармацевтичного ринку шляхом запровадження «ручного управління» в галузі. Про небезпеку таких реформ постійно попереджають фахівці та науковці, організатори фармацевтичної сфери¹.

Так, у всьому світі фармацевтичний сектор «апріорі» вважається найменш схильним до кризових явищ. Хоча, безумовно, у фармацевції, як і в інших галузях економіки, відбуваються процеси поглинання фармацевтичних компаній, їх банкрутств, але це скоріше пов'язано з процесами внутрішньої конкуренції, ніж із зовнішніми факторами. Тому що, як це не звучить цинічно, люди завжди потребували і потребуватимуть медичного та фармацевтичного нагляду. Прикладом є остання інформація про стабільний приріст ринку лікарських засобів у РФ². І тут хочеться зробити невеличке зауваження: це так у всьому світі, але аж ніяк не в Україні. На жаль, в Україні все відбувається навпаки.

На сьогодні у нас прийнято, стає модним, звинувачувати у всіх економічних негараздах світову кризу. Але дослідження нормотворчої діяльності деяких регуляторних органів в окремих галузях економіки свідчать про штучний цілеспрямований характер цієї кризи, зокрема мова йде про руйнування фармацевтичного ринку. Причому це руйнування на сьогодні відбувається в три етапи. На перший погляд, декілька самостійних, елементарних господарських правовідносин не становлять у системі єдність спрямованої дії. Як відомо, дослідники господарського права розрізняють прості і складні господарські правовідносини, і до складних господарських правовідносин з точки зору, наприклад, О. Віхрова, належать елементарні правовідносини, що складають єдність спрямованої дії³. В організаційно-господарських

¹ Див.: *Святиня М.* Не можна допустити, щоби фармацевтична галузь перейшла на «ручне управління» // *Дзеркало тижня.* – 2003. – № 8 (433).

² Див.: *Терновенко О.* Оплот стабільності. Фармацевтический рынок России в условиях кризиса // *Еженед. «Аптека».* – 2009. – № 17 (688). – С. 8.

³ *Віхров О.* Класифікація господарських правовідносин: загальнотеоретичний підхід // *Вісн. Акад. прав. наук України.* – 2008. – № 4 (55). – С. 134–142.

повноваження органів державної влади щодо здійснення функцій управління фармацевтичним ринком України, опосередковано, шляхом видання нормативно-правових актів реалізуються відповідні господарські правовідносини. У нашому випадку зазначена єдність не зовсім помітна, але вона має місце.

Так, спочатку почалася дискредитація галузі як такої, потім відбулася ліквідація системи управління цієї галузі, і нарешті створення неконкурентоздатних умов для подальшого існування фармацевтичного ринку України. І на «стерильно чистий» фармацевтичний ринок приходять так звані «рятівники», що займають у ньому готову «нішу».

Перший етап відбувався на хвилі боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів та психотропних речовин, коли через засоби масової інформації за допомогою органів МВС професія фармацевтів була дискредитована. Фактично фармацевтів прирівняли до наркобаронів. Мається на увазі постанова Уряду про віднесення препарату «Трамадол» до наркотичних засобів. Немає необхідності доводити, що ця постанова приймалася без будь-якого обґрунтування і обговорення, всупереч Конвенції Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних та психотропних речовин, що ратифікована постановою Верховної Ради України 25.04.1991 р., та всупереч Модельному закону про наркотичні засоби, психотропні речовини та їх прекурсори, прийнятому на двадцять сьомому пленарному засіданні Міжпарламентської Асамблеї держав-учасниць СНД від 16.11.2006 р. №27-6, також ратифікованої в Україні. Найцікавішим є те, що у своїх намаганнях дискредитувати фармацевтів чиновники здійснювали перевірки суб'єктів фармацевтичного ринку ще до набрання чинності цим документом.

На сьогодні незаконний обіг «Трамадола» все одно відбувається за більш високими розцінками і в основному, як це й було раніше, не через аптечні заклади. А пацієнти, це в основному онкохворі, залишаються без необхідних препаратів.

Другий етап руйнування фармринку був спрямований на ліквідацію органів Державного контролю якості лікарських засобів і виробів медичного призначення. Маються на увазі постанови Кабінету Міністрів України № 827 та № 837. Постановою Кабінету Міністрів України від 10.09.2008 р. № 837 «Питання здійснення державного контролю якості лікарських засобів» прийнято рішення про ліквідацію Державної інспекції з контролю якості лікарських засобів Міністерства охो-

рони здоров'я з її структурними підрозділами в областях і містах Києві і Севастополі та створення так званої Держлікінспекції як центрального органу виконавчої влади з широкими, на перший погляд, повноваженнями. Постановою Уряду «Деякі питання державного управління у сфері контролю якості лікарських засобів» було затверджено Положення про Державну інспекцію з контролю якості лікарських засобів.

Але, якщо розглянути повноваження, що викладені в цьому Положенні, більш ретельно, то можна встановити, що вони фактично дублюють повноваження інших державних органів, зокрема, санітарно-епідемічної служби, Держспоживстандарту, Державної інспекції по цінах тощо. Дублювання функцій відбувається за такими предметами контролю, як якість медичної техніки, виробів медичного призначення, дезінфекційних засобів, а також у частині моніторингу за цінами медичної і фармацевтичної продукції. Більше того, новостворений орган, незважаючи на свою гучну назву був приречений із самого початку виконувати свої обов'язки поза межами правового поля, а саме за межами Законів України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності», «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», «Про лікарські засоби». Про ці неузгодженості є відповідний висновок Держкомпідприємництва. Крім того, створення нового органу відбулося через процедуру повної ліквідації існуючих контролюючих органів без будь-якого правонаступництва. Більше того, майже вдвічі збільшилася кількість апарату чиновників. І все це на фоні економічної кризи.

За результатами роботи цієї новоутвореної структури, Держкомпідприємництва листом-роз'ясненням щодо повноважень Держлікінспекції від 06.03.09 р. № 2239 пояснив, що зазначена структура на сьогодні є лише органом ліцензування та наділена повноваженнями щодо здійснення контролю за додержанням ліцензіатами, які здійснюють діяльність з виробництва лікарських засобів, оптової та роздрібною торгівлі лікарськими засобами, ліцензійних умов. А для того щоб цей орган мав право здійснювати державний контроль якості лікарських засобів, як це здійснювала ліквідована структура — Державна інспекція з контролю якості лікарських засобів у складі МОЗ, «...необхідно внести зміни до Закону України «Про лікарські засоби» з метою визначення Державної інспекції з контролю якості лікарських засобів як новоствореного центрального органу виконавчої влади органом контролю за якістю та безпекою лікарських засобів». Тобто можна конста-

тувати, що на сьогодні в Україні відсутній контроль за якістю та безпекою лікарських засобів і в свою чергу здійснюється дубльований контроль у тій складовій, що значно впливає на саму позитивну структуру фармацевтичного ринку. А тим часом зруйнована система державного контролю якості лікарських засобів була визнана найкращою серед країн СНД і була прикладом для запозичення досвіду. Крім того, зазначена система була визнана в країнах ЄС і свого часу велися переговори щодо членства в PIC/S (Міжнародна система співробітництва по фармацевтичних інспекціях — The Pharmaceutical Inspection Convention and Pharmaceutical Inspection Cooperation Scheme)¹.

Дуже цікавою є передісторія руйнування системи державного контролю. На жаль, у зв'язку з порушенням процедури прийняття постанови Кабінету Міністрів про ліквідацію існуючої системи державного контролю якості лікарських засобів не вдалося ознайомитися з офіційним обґрунтуванням документів про руйнування системи державного контролю якості ліків, але із повідомлень засобів масової інформації зрозуміло, що поважних посадовців, м'яко кажучи, дезорієнтували. Обґрунтування посадовців Уряду України були не зовсім професійними, суть зводилася до того, що в нашій країні виявляється лише один відсоток фальсифікованих лікарських засобів, а в розвинутих країнах виявляють від 10 до 50 відсотків фальсифікованих ліків. Безумовно ця оприлюднена інформація щодо виявлення фальсифікованих ліків у розвинутих країнах дещо перебільшена. Навіть за інформацією Всесвітньої організації охорони здоров'я, у країнах, де взагалі відсутня система фармацевтичного контролю, ця цифра не перевищує 30 відсотків, а середній відсоток фальсифікованих ліків у світі не перевищує 10 відсотків².

Кому і навіщо потрібно було зруйнувати дієву і налагоджену систему державного контролю? І тут викликають здивування дії чиновників МОЗ, які спочатку байдууже спостерігали, як усупереч діючому законодавству в Україну ввозиться без належної передбаченої законодавством процедури вакцина проти кору та краснухи, а потім раптом, знову-таки всупереч діючому законодавству, розпочали активні дії зі знищення системи державного контролю. А чи не пов'язано це з тим, що комусь існуючі органи заважають ввозити на територію України

¹ Див.: Пасечник М. Ф., Подпрудников Ю. В., Никитюк В. Г. Организация работы инспектората GMP в Украине: первые результаты // Фармацевтична Україна. – 2004. – №1. – С. 14–17.

² Див.: Горомовик Б. П., Голос І. Я., Гром О. Л. Проблеми якості лікарських засобів // Фармацевтичний журнал. – 2002. – № 5. – С. 25–30.

під виглядом ліків всякий непотріб, які першими підняли питання про незаконне ввезення цієї вакцини? У це легко повірити, якщо ознайомитися з різною інформацією Комітету Верховної Ради України з питань охорони здоров'я у частині як виконання державних програм щодо постачання фармацевтичної продукції, так і взагалі закупівлі лікарських засобів для державних потреб¹.

Третій етап руйнування фармацевтичного ринку відбувся шляхом запровадження постанови Кабінету Міністрів України від 17.10.2008 р. № 955 «Про заходи щодо стабілізації цін на лікарські засоби і виробі медичного призначення». Цей регуляторний акт був прийнятий з ігноруванням вимог Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності», а саме, він не внесений до плану регуляторної діяльності регуляторного органу, розробником не був підготовлений аналіз регуляторного впливу, не був оприлюднений проект регуляторного акта з аналізом регуляторного впливу. На цьому фоні залишається актуальним висловлення О. Кужель у контексті перспектив і ризиків соціально-економічного розвитку України ще у 2007 р., про те, що жоден з урядів не дотримується законів, зокрема щодо участі громадян та громадських організацій у розробці регуляторних актів². Крім того, сам по собі цей документ запровадив «ручне» регулювання цін на фармацевтичну та медичну продукцію. Що відбулося в результаті прийняття цього регуляторного акта, це закриття аптек, перш за все, в сільській місцевості, відмови пацієнтам на визначені групи лікарських засобів. Підприємці зазнали збитків, а пацієнти залишалися без необхідних ліків. Крім того, виник досить великий ризик розповсюдження недорогих, але фальсифікованих ліків на найменування, що користуються найбільшим попитом серед населення. На порядку денному досить серйозно стояло питання спекуляції фармацевтичною продукцією, тяжко хворі були вимушені переплачувати в 2–3 рази за ліки, що ввозилися незаконно. Більшість пацієнтів були позбавлені права вибору на, можливо, більш дорогі, але ефективніші імпорتنі ліки.

В інших країнах також заборонено встановлення вільних цін на ліки, але процедура ціноутворення лікарських засобів у більшості країн є частиною процедури їх реєстрації. І, як правило, максимальна

¹ Див.: Устинов А. Государственные программы: воз и ныне там // Еженед. «Аптека». – 2007. – № 25 (596). – С. 4–5.

² Кужель О. Найбільший ризик – корупція // Національна безпека і оборона. – 2006. – № 12. – С. 44.

відпускна ціна препарату залежить від його ціни у референтних країнах. Маржа дистриб'юторів та аптечні націнки залежать від відпускної вартості препарату¹. У будь-якому випадку у більшості країн ЄС встановлена ціна на лікарські засоби є ринковою². Причому в цих країнах має місце реїмбурсація, тобто відшкодування витрат населенню за лікарські засоби, що закупаються та приймаються за призначенням лікаря. Постановою Кабінету Міністрів України від 25.03.2009 р. № 333 «Про деякі питання державного регулювання цін на лікарські засоби і виробу медичного призначення» здійснена спроба частково виправити ситуацію на ринку лікарських засобів у частині ціноутворення на них, спираючись на закордонний досвід. Але хотілося б нагадати твердження Б. Губського, що держава практичним господарським управлінням переважно вирішує лише локальні завдання і досягає локальних цілей, що становлять повсякденну актуальність, і орієнтує на це всі вектори державної політики³.

З цього приводу необхідно нагадати, що основними пріоритетами правової політики, тобто напрямками діяльності держави у сфері господарювання, які власне і становлять змістовне навантаження останньої, серед іншого є: підтримка пропорційності так званої макроекономічної стабільності (уникнення дефіциту товарів, попередження інфляційних процесів); підтримка конкуренції; забезпечення конкурентоспроможності країни як її здатності виробляти товари та надавати послуги, що задовольняють потреби світового ринку; створення сприятливих умов для розвитку підприємництва, інвестиційної діяльності тощо⁴. Засоби реалізації правової політики у сфері господарювання — це господарсько-правові засоби, що залучаються до впровадження господарських відносин, у тому числі інституалізують засоби державного регулювання економіки⁵.

¹ Див.: Полякова Д., Грищенко Н. Реформи здравоохранения Турции: страхование, ценообразование, возмещение стоимости препаратов // Еженед. «Аптека». – 2007. – № 44 (615). – С. 96–97.

² Див.: Волчик И. В. Регулирование цен на лекарственные препараты в Европе // Провизор. – 2007. – № 11. – С. 6–7

³ Губський Б. В. Внутрішні і зовнішні фактори економічної безпеки України // Проблеми забезпечення економічної безпеки і сталого розвитку України: матеріали круглого столу (28 груд. 1999 р.) / Відп. ред. С. І. Пирожков, Б. В. Губський, А. І. Сухоруків. – К., 2000. – С. 17–18.

⁴ Див.: Мілаш В.С. Комерційний договір у контексті сучасних ринкових умов: Монографія. – Х., 2007. – С. 187.

⁵ Див.: Крохина Ю.А. Правовая политика и правовая жизнь (Круглый стол) // Право и политика. – 2001. – № 3. – С. 133–136.

Заслугує на увагу той факт, що на процес формування господарсько-правової політики впливають і суб'єктивні, і об'єктивні чинники, врахування яких є обов'язковим моментом при визначенні основних засад господарсько-правової політики. Так, об'єктивними чинниками, що впливають на зміст господарсько-правової політики, безумовно, є економічна система України, піднесення або стагнація господарської системи, вплив соціальних та інших стандартів світового товариства тощо. Суб'єктивні передумови, які впливають на господарсько-правову політику, створюються на фоні суспільної правосвідомості, формуються на рівні корпоративних та індивідуальних мотивацій при правотворенні та правозастосуванні. Втім, як слушно зазначає В. В. Лаптев, обов'язковою умовою підприємницької діяльності є законність, якої слід дотримуватися як на горизонтальних, так і вертикальних відносинах, що забезпечується відповідною нормативною базою¹. Тобто, підкреслює А. В. Кряжков, публічні інтереси завжди відображені у правових нормах, а результатом усвідомлення державою об'єктивно існуючих інтересів є їх закріплення у праві².

На сьогодні необхідна розробка законодавчих та інших нормативних документів з питань управління системою охорони здоров'я, фінансування галузі та створення стандартів медичної допомоги. Нагальною для України є потреба формування науково обґрунтованої правової політики держави. На жаль, такої політики у нас наразі немає. Вона почасти підмінюється так званою політичною доцільністю як на стадії творення права (прийняття законів та інших нормативно-правових актів), так і його практичної реалізації³.

Правові засоби регулювання відносин у сфері охорони здоров'я за умов ринкової економіки повинні також ґрунтуватися на принципах саморегуляції господарської діяльності, а властивим для неї має бути посилення ролі правових засобів локального та індивідуального характеру як прояву ринкової свободи та об'єктивної необхідності відмови держави від широкого використання централізованих засобів загального та галузевого значення, що характерно для ринкової економіки в цілому. Крім того, правильно звертає увагу В. Я. Тацій на проблему ставлення держави до підприємницької діяльності, в якій держава одночасно виступає в ролі підприємця та органу контролю,

¹ Лаптев В. В. Введение в предпринимательское право. – М., 1994. – С. 15.

² Кряжков А. В. Публичный интерес: понятие, виды и защита // Государство и право. – 1999. – № 10. – С. 91–99.

³ Див.: Шемшученко Ю. Конституційні засади державотворення і правотворення в Україні: проблема теорії і практики // Юрид. газ. – № 13 (73). – 14 лип. – 2006.

не знаходячи в обох напрямках порозуміння¹. Нарешті, з точки зору В. Мілаш, механізм правового регулювання ринкових відносин — це система різнорівневих правових засобів (правових принципів, велінь, дозволів, заборон, суб'єктивних прав та обов'язків, юридичних та не-юридичних правових норм, правовідносин, у тому числі й договірних, правових режимів, правових понять та конструкцій, інших правових феноменів, а також актів реалізації прав та обов'язків), організованих найбільш послідовно з метою належного впорядкування означених відносин та забезпечення реалізації приватних та загальносуспільних інтересів у вказаній царині як необхідної передумови нормального функціонування всієї ринкової системи². І дійсно, на фармацевтичному ринку, як і в інших галузях народного господарства, крім дозволів, заборон, позитивних зобов'язань, що є способами правового регулювання, залежно від мети використання компетентними органами при підготовці нормативних або індивідуальних актів необхідне додержання публічного та приватного права із дотриманням основних принципів правового господарського порядку.

Господарсько-правове регулювання відносин за участю громадян, суб'єктів господарювання, які здійснюють торгівлю лікарськими засобами, а також іншими суб'єктами господарювання, що здійснюють діяльність у сфері охорони здоров'я, зумовлені необхідністю забезпечення юридичної рівності при значній економічній нерівності. Юридична рівність між зазначеними учасниками господарських відносин повинна забезпечуватися шляхом створення системи урівноважених додаткових обтяжень та додаткових прав. Має місце встановлення додаткових повноважень або привілейованих прав відповідно до основних напрямів економічної політики держави або шляхом застосування основних господарсько-правових засобів регуляторного впливу держави. За функціональним призначенням нормативно-правове забезпечення сфери охорони здоров'я спрямоване на дотримання конституційних гарантій держави щодо надання медичної допомоги шляхом створення сприятливих умов для функціонування закладів охорони здоров'я й інших суб'єктів господарювання, що здійснюють діяльність у цій сфері.

¹ Тацій В. Я. Проблеми правового забезпечення інноваційного розвитку України: стан і перспективи // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2007. — № 1 (48). — С. 13–20.

² Мілаш В. До питання про шляхи вдосконалення господарсько-правового регулювання відносин, що виникають у сфері ринкового обміну // Підприємництво, господарство і право. — 2006 (128). — № 8. — С. 73–77.

Викладене дозволяє зробити неупереджений висновок: нині бракує універсальних загальноприйнятих критеріїв ставлення до охорони здоров'я, зокрема фармацевтичного ринку, як до невід'ємної частини економіки України і, як наслідок маємо неповноцінну реалізацію господарсько-правових аспектів забезпечення інтересів суспільства щодо забезпечення фармацевтичною продукцією. Розроблення цих критеріїв і є важливим завданням держави як одного із сучасних наукових напрямів, зосереджених на системному вивченні процесів і тенденцій забезпечення урядової фармацевтичної політики.

Виконавче провадження в структурі цивільного процесу

Судова влада реалізується шляхом здійснення правосуддя у формі цивільного, господарського, адміністративного, кримінального, а також конституційного судочинства. Один з аспектів проблеми здійснення судової влади і правосуддя — чи належить виконання судових рішень до складу правосуддя, тобто чи означає розгляд судом справи тільки вирішення спору або ще означає і реальне відновлення права в межах виконавчого провадження.

Оскільки термін «правосуддя» використовується при визначенні цивільного і господарського процесів, вважаємо, що проблема співвідношення виконавчого провадження і цивільних процесів є єдиною за своєю суттю.

У науці цивільного процесуального права в період XVIII — першої половини XIX ст. більшість авторів розглядали виконання як складову частину судової діяльності¹. В юридичній науці радянського періоду більшість учених вважали виконавче провадження заключною стадією цивільного та арбітражного процесів². Причому такий підхід вважається традиційним. Він обґрунтовувався насамперед тим, що норми, які регулюють діяльність суду і судових виконавців по виконанню судових рішень і інших правозастосовчих актів, містяться в цивільному процесуальному кодексі.

Однак більш як 30 років тому М. К. Юков піддав сумніву традиційну точку зору. Він дійшов висновку, що сукупність норм, які регулюють відносини по виконанню рішень юрисдикційних органів, являють со-

¹ Див.: *Неттелбдайт Д.* Начальное основание всеобщей естественной юриспруденции, приравленное к употреблению основания положительной юриспруденции и переведенное с латинского языка. — М., 1770. — С. 464–467; *Камбек Л.* Опыт начертания гражданского судопроизводства по российским законам. — Казань, 1848. — С. 4.

² Див.: *Гражданский процесс: Хрестоматия / Под ред. М. К. Треушникова.* — М., 2005. — С. 687; *Смецкая А. М.* Исполнение судебных постановлений путем обращения взыскания на имущество граждан и на заработную плату: Автореф. дис. ... канд юрид. наук. — Харьков, 1968. — С. 3; *Заворотько П. П.* Процессуальные гарантии исполнения судебного решения. — М., 1974. — С. 149; *Курс советского гражданского процессуального права / Отв. ред. А. А. Мельников.* — М., 1981. — Т. 2. — С. 322–323; *Советский гражданский процесс / С. Ю. Каца, Л. Я. Носко.* — К., 1982. — С. 302.

бою відокремлене правове утворення — виконавче право. Ця галузь, на думку вченого, має специфічний предмет правового регулювання, власні принципи, особливий метод правового регулювання, а також загальні положення, «наскрізні» для всієї галузі. Зазначену сукупність правових норм автор розглядав як «вторинне утворення цивільного процесуального права», а одним із суб'єктів правових відносин, що складаються тут, називав суд¹.

Ідеї М. К. Юкова набули розвитку у фундаментальних працях В. М. Шерстюка² і дістали підтримку в роботах учених наступних років³. Відтоді одним з питань, з якого думки процесуалістів суттєво розійшлися, є такі: чи є виконавче провадження самостійною галуззю права або стадією цивільного (арбітражного) процесу?

Цікавими є аргументи, висловлені на підтримку самостійності галузевої належності правових норм, що регулюють виконавче провадження. Так, говорячи про галузеву належність норм, що регулюють діяльність по виконанню рішень, Д. Я. Малешин стверджує, що оскільки законом установлена процедура виконання не тільки судових постанов, а й актів інших органів, є деякі підстави розглядати сукупність норм про виконавче провадження як комплексну галузь права⁴. На думку І. В. Решетникової і В. В. Яркова, із прийняттям законодавства про виконавче провадження поступово утворюється нова галузь, яку можна назвати цивільним виконавчим правом, що доповнює і продовжує цивільне процесуальне право, за аналогією з кримінально-виконавчим правом, що доповнює і продовжує кримінальне право⁵. При цьому В. В. Ярков стверджує, що норми, які регулюють виконавче провадження, складають комплексну галузь права, обґрунтовуючи це принципом поділу влади, відповідно до якого державна влада здійс-

¹ Юков М. К. Самостоятельность норм, регулирующих исполнительное производство // Проблемы совершенствования ГПК РСФСР. – Свердловск, 1975. – С. 91–97.

² Шерстюк В. М. Основные проблемы системы гражданского процессуального права: Дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1989. – С. 66–78.

³ Див., напр.: Валеев Д. Х. Процессуальное положение лиц, участвующих в исполнительном производстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 1999; Генн Ю. В. Участники исполнительного производства: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2002; Куракова Н. В. Исполнительное производство: обращение взыскания на имущество должника-организации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004; Исаенкова О. В. Проблемы исполнительного права в гражданской юрисдикции. – Саратов, 2002. – С. 93–101.

⁴ Малешин Д. Я. Исполнительное производство (функции суда). – М., 2003. – С. 53.

⁵ Решетникова И. В., Ярков В. В. Гражданский процесс: Курс лекций. – М., 2003. – С. 53.

снюється на основі поділу її на законодавчу, виконавчу і судову. Виконавче провадженням, на думку автора, організаційно виведено зі сфери судової влади і передано до ведення органів виконавчої влади. Тим самим із судів зняті безпосередні обов'язки організаційного забезпечення виконання прийнятих ними актів і інших виконавчих документів¹.

Ідея про самостійність виконавчого права і виконавчого провадження останнім часом набула широкого поширення серед вчених-процесуалістів України. Так, Ю. Білоусов вважає, що виконавче провадження має бути відділене від будь-якої галузі права, зокрема від цивільного процесуального права, і зайняти самостійне місце в системі права, називаючи його цивільним виконавчим правом². В. І. Тертишников доводить, що норми права, які регулюють виконавче провадження, не належать ні до цивільного процесуального, ні до адміністративно-процесуального права, а являють собою нову галузь права — цивільне виконавче право, оскільки мають свій предмет правового регулювання (відносини по організації і порядку діяльності органів державної виконавчої служби) і метод правового регулювання, подібний до методів цивільного процесуального й адміністративного права, але в галузі інших правовідносин — він в основному зводиться до влади і підпорядкування, особливим юридичним фактам і санкціям цивільно-процесуального й адміністративного характеру³. На думку О. В. Рожнова, у процесі становлення і розвитку системи органів цивільної юрисдикції (судів, нотаріату), діяльність яких є тісно взаємозалежною, складається нова система процесуальних галузей, до якої входить і виконавче процесуальне право, що регулює діяльність державного виконавця й інших органів виконання⁴.

На наш погляд, висловлені судження є спірними і в основі таких суджень лежить неправомірне ототожнення галузі права з галуззю законодавства. С. С. Алексєєв свого часу звертав увагу на те, що систему законодавства, що складає його підрозділи, необхідно відрізнити від системи самого права, його галузей, інших структурних утворень.

¹ Арбитражный процесс / Под ред. В. В. Яркова. – М., 2002. – С. 360.

² Білоусов Ю. Цивільне виконавче право як самостійна галузь права // Закон і бізнес. – 3–9 лют. – 2001.

³ Тертишников В. И. Гражданский процесс: Конспект лекций. – Харьков, 2002. – С. 197.

⁴ Рожнов О. В. Правовое регулирование исполнительного производства в Украине // Современная доктрина гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства: Теория и практика. – Краснодар; СПб., 2004. – С. 708.

Але і тут може йтися не про тотожність, а лише про відповідність системи законодавства, його підрозділів (зовнішньої форми права) структурі права (змістові). У системі законодавства автор розрізняє галузі законодавства, що: а) відповідають основним галузям права; б) відповідають комплексним утворенням; в) не відповідають яким-небудь підрозділам у праві, а являють собою інкорпоративний збір актів, поєднаних тільки за предметним і цільовим критеріями¹.

Цілком слушно поставити й питання про галузеву належність виконавчого права не лише в контексті його комплексності, але належності до адміністративного процесу. Так, С. Я. Фурса, С. В. Щербак і Є. І. Фурса вважають, що з прийняттям Закону України «Про виконавче провадження» виник новий відносно самостійний юридичний процес — виконавчий, що має ввійти до системи адміністративного процесу. В адміністративному процесі, на думку авторів, виконавче провадження буде займати місце одного з видів проваджень, нарівні з такими їхніми видами, як провадження по справах про адміністративні правопорушення, дисциплінарне провадження та ін.²

Виконавче провадження дійсно передане до ведення органів виконавчої влади. При цьому, на наш погляд, варто підкреслити, що принцип поділу влади зовсім не означає їхнього повного роз'єднання. Влада лише розділена між державними органами залежно від трьох основних державних функцій: законодавчої, виконавчої і судової. Але цей поділ не має абсолютного або виняткового характеру. Між зазначеними функціями або владами мають існувати, і існують на практиці, певні взаємовідносини³. Кожен державний орган, що здійснює одну з трьох функцій державної влади, взаємодіє з іншими державними органами, і при цьому вони обмежують один одного. Однак це не перешкоджає тому, що деякі сфери державної діяльності перебувають одночасно в компетенції різних державних органів, що належать до різних галузей державної влади.

Ця особливість очевидно вбачається й у виконавчому провадженні, де діяльність з примусової реалізації судових рішень перебуває у спільній компетенції як судів, так і органів виконавчої влади. При цьому кожному з них приділяється своя, роль, чітко визначена зако-

¹ Алексеев С. С. Общая теория права: Курс в 2 т. – М., 1982. – Т. 2. – С. 216–218.

² Фурса С. Я., Щербак С. В. Виконавче провадження в Україні: Навч. посіб. – К., 2002. – С. 35; Фурса С. Я., Фурса Е. И. Проблемные вопросы современного гражданского и исполнительного процессов на Украине // Арбитражный и гражданский процесс. – 2004. – № 2. – С. 48.

³ Рязановский В. А. Единство процесса. – М., 1996. – С. 39.

ном: процес реалізації судових рішень здійснюється державними виконавцями, що належать до органів виконавчої влади, а видає виконавчі документи (виконавчий лист, наказ тощо), вирішує питання про відновлення пропущеного строку на пред'явлення виконавчого документа до виконання, питання відстрочки і розстрочки виконання судового акта, призупинення виконавчого провадження, а також розглядає скарги на дії (бездіяльність) державного виконавця — суд. У цьому зв'язку Д. Я. Малешин має рацію, що повноваження з виконання актів судових та інших органів — це своєрідна «прикордонна» зона взаємодій виконавчої і судової гілок влади, де строго формальний підхід розробленої теорії поділу влади є недоцільним¹. Таким чином, принцип поділу влади не може бути підтвердженням самостійності виконавчого провадження.

Галузева належність процесуальної процедури не повинна залежати від органу, що цю процедуру здійснює². Тому не можна погодитися з думкою, що захист матеріального права здійснюється спочатку в межах цивільного процесуального права за допомогою діяльності судових органів, а потім у рамках окремої галузі права — виконавчого права при здійсненні функцій спеціального органу виконавчої влади — державних виконавців.

Виконання рішень суду завершує діяльність по здійсненню правосуддя і завершує процес захисту права, що здійснюється судом. Тому правосуддя варто розуміти в широкому вимірі — як діяльність суду з розгляду спору і виконання судового рішення. Виходячи з цього, навряд чи можна розглядати як незалежний предмет правового регулювання суспільні відносини, що складаються у процесі виконавчого провадження. Ці відносини мають похідно-допоміжний характер і повною мірою відбивають основну модель цивільних процесуальних відносин. Різниця полягає лише в тому, що в даному випадку мова йде про заключну стадію цивільного процесу, в якій реалізується судові рішення і в якій державний виконавець функціонує під контролем суду.

Щодо цього не можна не погодитися з О. Т. Боннером, який стверджує, що дії з виконання судових рішень відбуваються лише в чітких межах відповідних правових відносин, а тому не можуть бути самостійним об'єктом правового регулювання³.

¹ Малешин Д. Я. Исполнительное производство (функции суда). – М., 2003. – С. 58.

² Див.: Протасов В. Н. Юридическая процедура. – М., 1991. – С. 22.

³ Боннер А. Т. Исполнительное производство: отрасль российского права или стадия процесса? // Законодательство. – 2004. – № 8. – С. 66.

Точка зору щодо виконавчого провадження як заключної стадії цивільного процесу підтримується іншими авторами. Так, В. В. Комаров і В. В. Баранкова вважають, що зв'язок виконавчого провадження з попередніми стадіями судового процесу визначається єдністю цілей, закріплених законом для всього судочинства в цілому, і полягає у захисті прав і охоронюваних законом інтересів. Процес захисту права після винесення рішення і набрання ним законної сили продовжується у формі виконавчого провадження, що становить заключну стадію цивільного процесу¹. С. М. Пелевін у цьому зв'язку зазначає, що стадія виконання є останньою, заключною й обов'язковою стадією цивільного процесу, по-перше, тому що вона є наслідком розгляду і вирішення цивільної справи; по-друге, захист суб'єктивних цивільних прав і законних інтересів знаходить у ній своє реальне втілення; по-третє, ця стадія не переходить ні в яку іншу стадію цивільного судочинства.²

На наш погляд, такі точки зору є обґрунтованими. Не має принципового значення, як закріплені в чинному законодавстві правові норми, що регулюють процес виконання, чи викладені вони як відповідні глави цивільного процесуального і господарського процесуального кодексів або ж відокремлені в самостійному нормативному акті (Закон України «Про виконавче провадження»). Головне, що вони мають складати органічне ціле з процесуальним законодавством, що регулює діяльність органів цивільної юрисдикції, доповнюючи його відповідними правовими процедурами і механізмами, спроможними забезпечити реальне виконання приписів судових актів.

Вищевикладене дозволяє виділити основні аргументи на користь концептуального включення виконання рішень судів до складу цивільного (господарського) процесу. Першим є зв'язаність виконавчого провадження з попередніми стадіями цивільних процесів, що визначаються єдністю цілей, зазначені в цивільному процесуальному і господарському процесуальному кодексах для всього судочинства і полягають у захисті порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод або інтересів фізичних осіб, прав і інтересів юридичних осіб, інтересів держави.

Другим аргументом на користь включення виконання судових рішень до складу цивільного (господарського) процесу є та обставина,

¹ Цивільне процесуальне право України / За ред. В. В. Комарова. – Х., 1999. – С. 424.

² Гражданский процесс / Под ред. М. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота. – М., 1996. – С. 370.

що визначені дії по виконанню судових рішень відбуваються в процесуальній формі. Питання про збереження виконавчого провадження в рамках цивілістичного процесу — це питання про збереження гарантій прав усіх осіб, що стикаються з діяльністю по виконанню актів правосуддя.

Третім аргументом обґрунтування виконавчого провадження як стадії процесу є те, що при виконанні судових рішень суд залишається головним і активним його учасником. Участь суду в примусовому виконанні своїх рішень є ключовою. Наприклад, у діючому ЦПК України містяться такі розділи: розд. VI — «Процесуальні питання, пов'язані з виконанням судових рішень у цивільних справах і рішень інших органів (посадових осіб)», розд. VII «Судовий контроль за виконанням судових рішень», розд. VIII «Про визнання і виконання рішень іноземних судів в Україні».

Четвертим аргументом, на що слід звернути особливу увагу, виступає також виражена в рішеннях Європейського суду з прав людини позиція, яка зводиться до того, що право на судовий захист стало б ілюзорним, якби правова система держави дозволяла, щоб остаточне, обов'язкове судове рішення залишалось б недіючим на шкоду однієї зі сторін; виконання рішення, винесене будь-яким судом, повинне розглядатися як невід'ємна частина «суду»¹.

З вищевикладеного випливає, що будь-який судовий процес по конкретній справі повинен знаходити своє завершення в реалізації судового рішення, що набрало законної сили. Саме у стадії реалізації прав, обов'язків, охоронюваних законом інтересів, підтверджених рішенням суду, відбувається їхній реальний захист. Реалізація судового рішення виступає показником соціально справедливого розгляду конфлікту, життєвості застосованого судом закону, його авторитету, а в цілому — ефективності правосуддя.

¹ Рішення у справі «Дубенко проти України» // Вісн. Верхов. Суду України. – 2005. – № 4 (56). – С. 38–39.

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО І ФІНАНСОВОГО ПРАВА

В. Белевцева, кандидат юридичних наук

До питання класифікації адміністративно-правових режимів

Адміністративно-правові режими є своєрідною складовою і необхідною умовою життєдіяльності суспільства, а їх забезпечення має розглядатися як невід'ємна частина управлінських функцій держави. Вони ґрунтуються на загальних принципах, методах та формах державного управління у сфері адміністративно-політичної діяльності, є одним з його основних чинників. Проте мають і свої особливості, що залежать, насамперед, від характеру державних завдань та функцій щодо забезпечення суспільної безпеки, системи компетентних органів, змісту їх режимної діяльності. Саме вказане обумовлює доцільність розгляду даної проблематики як окремого інституту адміністративно-права.

Слід зазначити, що певні проблеми адміністративно-правових режимів досліджували як вітчизняні, так і зарубіжні автори, а саме: В. Авер'янов, Д. Бахрах, Ю. Битяк, Ж. Вендель, В. Гаращук, Є. Додін, А. Комзюк, В. Ласточкин, В. Опришко, О. Остапенко, О. Петков, Г. Пономаренко, В. Рушайло, Х. Ярмакі та ін. Однак, незважаючи на зростаючу інтенсивність наукових досліджень, присвячених різним аспектам даної проблематики, багато її питань дотепер залишаються дискусійними. Це стосується й визначення видів адміністративно-правових режимів.

Отже, зміст та класифікацію правових режимів, які можна віднести до розряду адміністративно-правових, на наш погляд, слід розглядати відповідно до сфер державного управління, де повноваження суб'єкта управління переважно поширюються на невизначене коло об'єктів. Одним з прикладів, що ілюструє такого роду режими, може служити режим безпеки дорожнього руху, який є достатньо визначеним і пер-

соніфікованим та виступає у досить конкретній нормативно-правовій формі.

На початку викладення проблеми слід зазначити, що також існують адміністративно-правові режими, які можуть поширюватися на невідзначене коло не тільки об'єктів, а й суб'єктів державного управління. Типовий приклад — державна служба, що виступає як адміністративно-правовий режим, який спеціально і, власне кажучи, всебічно охоплює трудову діяльність державних службовців та пронизує всі структури й органи усіх гілок державної влади. Вказані режими є достатньо поширеними, оскільки вони виявляються у масштабному спектрі державно-управлінських відносин, виконують широку гаму функцій, які пов'язані як з формуванням систем управління, так і з визначенням ресурсів реалізації інших адміністративно-правових режимів.

Таким чином, цільова спрямованість у державному управлінні означає виконання цілком певних функцій. Ці функції можуть бути сформульовані у регулюючих режимних нормах, а можуть впливати із вимог режиму до функціонування систем управління. Щодо режиму державної служби можна з упевненістю стверджувати, що це режим, який регулює кадрову функцію, що властива будь-якій системі соціального, зокрема державного, управління.

Що стосується функцій тих або інших адміністративно-правових режимів, то вони можуть бути досить різними. Проте ця різноманітність відповідає існуючій впорядкованій системі функцій державного управління. А це означає, що впорядкуванню й класифікації можуть бути піддані самі адміністративно-правові режими з огляду на управлінські функції.

Саме функції й ніщо інше є визначальною характеристикою для здійснення класифікації адміністративно-правових режимів. Вказане підтверджується й встановленим режимом порядку, що накладається на функції даної системи і здобуває в ній конкретне місце й цільове призначення. Більше того, у конкретних системах встановлений режимом порядок може реалізовуватися множинними структурними підрозділами, де він може трансформуватися в їхні власні функції, тому певний адміністративно-правовий режим може бути пізнаний у конкретній системі лише на рівні оцінки її функціонування у цілому.

Розглянемо, наприклад, режим державної таємниці. Реалізація цього режиму стосується інформаційного забезпечення управління і діяльності його об'єкта, кадрового апарату, внутрішнього структу-

рування системи підрозділів, інформаційного обміну з іншими органами й організаціями, пропускну режиму, питання матеріально-технічного й спеціального забезпечення діяльності осіб, які мають допуск до роботи з відомостями, що становлять державну таємницю, їх взаємин з колегами по службі тощо. Причому кожний з названих компонентів може бути самодостатнім лише за умов, коли він є складовою частиною загальної діяльності системи, її підрозділів щодо досягнення загальних інтегрованих цілей режимного спрямування.

При цьому уточнення або зміна складових елементів режиму державної таємниці, наприклад переліку відомостей, що становлять державну таємницю, приведе в динаміку усі компоненти системи й може викликати в ній серйозні структурно-функціональні зміни. За умов детальної нормативності даного режиму, що також поширює свій вплив на безліч державних органів, це може викликати відчутні зміни у всій системі державного управління.

Сьогодні досить часто трапляється й зворотне явище, коли зміни в структурі державних органів спричиняють зміни в адміністративно-правовому режимі.

Наступне, на чому варто зупинитися, це те, на що, власне, спрямований установлюваний режимом порядок управління. Адже сам по собі порядок управління заради порядку — беззмисловна абстракція. Упорядкувати можна лише діяльність, її організацію та забезпечення. Тільки разом із конкретною діяльністю порядок перетворюється у відповідний режим. Якщо ж трансформувати ці судження на адміністративно-правові режими, то варто прямо констатувати, що їхня нормативність відносно структур державного управління можлива лише у випадку, коли регламентована режимом діяльність має для них універсальний характер або містить загальні елементи, які можуть бути режимно впорядковані без будь-якого прямого зв'язку з конкретними структурами.

Це означає, що всі елементи адміністративно-правових режимів безпосередньо поширюються на всі без винятку структури, де має місце діяльність щодо упорядкування цими режимами. Тією чи іншою мірою конкретна реалізація адміністративно-правових режимів звичайно опосередковується прив'язкою до певних функціональних структур.

Конкретизації піддаються також і надзвичайні адміністративно-правові режими, до яких можна віднести правовий режим надзвичайного стану. Для його реалізації в кожному конкретному випадку ви-

дається Указ Президента України, в якому повинні бути уточнені й конкретизовані: обставини, що послужили підставою для введення надзвичайного стану; обґрунтування необхідності введення надзвичайного стану; межі території, на якій уводиться надзвичайний стан; ресурси й кошти, що забезпечують режим надзвичайного стану; перелік надзвичайних заходів і термін їх дії, перелік тимчасових обмежень прав і воль громадян України, іноземних громадян та осіб без громадянства, прав організацій і суспільних об'єднань; державні органи (посадові особи), відповідальні за здійснення заходів, застосовуваних за умов надзвичайного стану; час набрання указом чинності, а також термін дії надзвичайного стану.

Положення надзвичайного стану в Україні або окремих її місцевостях вводиться Указом Президента України, який підлягає затвердженню Верховною Радою України протягом двох днів з моменту звернення Президента України¹.

Таким чином, на підставі зазначеного можна зробити висновок, що адміністративно-правовий режим — це особливий порядок здійснення державного впливу загальнообов'язкового характеру для всієї системи органів державної влади. Сам факт загальнообов'язковості цього порядку і його вираження у формі адміністративно-правового режиму має на увазі детальне правове регулювання відповідних суспільних відносин. При цьому визначальною тенденцією слід вважати постійне підвищення рівня нормативно-правових актів, що регулюють конкретні види адміністративно-правових режимів. Наведене дозволяє говорити про те, що останніми роками адміністративно-правові режими дедалі частіше стають предметом законодавчої діяльності, а їхні засади набувають закріплення у законодавчих актах різного рівня.

Якщо врахувати, що адміністративно-правові режими визначають порядок у певних сферах державного управління, а їхні вимоги нерідко стосуються реалізації прав, свобод і законних інтересів всіх суб'єктів адміністративного права, то така тенденція цілком зрозуміла, її варто всіляко підтримувати відповідно до вимог міжнародних норм і стандартів щодо захисту демократичного статусу людини.

Важливо також мати на увазі, що адміністративно-правові режими не тільки зачіпають права людини й громадянина, але й нерідко певною мірою нівелюють або їх обмежують. У цьому зв'язку не можна не звернути увагу на відповідні конституційні положення. Так, ст. 64 Основ-

¹ Про правовий режим надзвичайного стану: Закон України від 16.03.2000 р. № 1550-III // Відом. Верхов. Ради України. – 2000. – № 23. – Ст. 176.

ного Закону України забороняє обмеження прав і свобод людини і громадянина, крім випадків, передбачених цим Законом Конституцією України. Втім ч. 2 цієї ж статті Конституції встановлює, що в умовах воєнного або надзвичайного стану можуть встановлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень¹. Саме це конституційне положення і визначає можливість встановлення та застосування адміністративно-правових режимів, особливо у випадках відхилення державного управління від звичайного стану функціонування суспільства та держави.

Як прямо впливає з Конституції України, підстави обмеження прав і свобод людини і громадянина врегульовані аналізованою нормою вичерпним чином, оскільки вона безпосередньо вказує на перелік прав і свобод, які не можуть бути обмежені. Отже, введення адміністративно-правових режимів, що зачіпають права і свободи людини й громадянина, також не можуть мати інших підстав і порядку їх застосування. Крім того, враховуючи наведене, можна сказати, що адміністративно-правові режими мають бути врегульовані на законодавчому рівні. Таким чином, сама Конституція України прямо передбачає значний обсяг законодавчого регулювання адміністративно-правових режимів, покликаних забезпечити належну життєдіяльність держави, суспільства та окремих громад.

Однак наявність конституційного порядку ставить значні перепони для створення й застосування адміністративно-правових режимів органами держави, особливо органами виконавчої влади на рівні підзаконного регулювання. Втім, це не означає, що окремі види адміністративно-правових режимів не можуть бути створені й врегульовані іншими, крім законів, нормативно-правовими актами. Наприклад, у тому, що стосується функціонування самих державних органів, зокрема, встановлення режимів особливого впливу може бути здійснене в рамках тих обмежень, які вже заздалегідь передбачені чинним законодавством, а саме Законом України «Про державну службу»².

Крім того, слід мати на увазі, що передбачений Конституцією порядок обмеження прав і свобод людини і громадянина також має чіткі рамки. Так, ч. 2 ст. 64 Конституції України накладає заборону на

¹ Конституція України: офіційне видання / Міністерство юстиції України. – К., 2006. – 124 с.

² Про державну службу: Закон України від 11.05.2007 № 1014-V // Офіц. вісн. України. – 2007. – № 44. – Ст. 1776. – С. 28.

обмеження прав і свобод, передбачених статтями 24, 25, 27, 28, 29, 40, 47, 51, 52, 55–63 цієї Конституції. Чинне законодавство України не може порушувати вказаних конституційних норм і має служити підставою запровадження чинників адміністративно-правових режимів, пов'язаних з обмеженням прав і свобод людини і громадянина.

Обов'язково потрібно враховувати, що функціональні адміністративно-правові режими можуть бути врегульовані не лише нормативно-правовими актами. Так, згаданий правовий режим надзвичайного стану, відповідно до ст. 64 Конституції України, повинен бути врегульований конституційним законом. Отже, режим, що загально визнаний в адміністративному праві як його інститут, власне кажучи, регулюється конституційним правом. Те саме стосується правового режиму іноземців, біженців, осіб без громадянства.

Проте відповідні акти конституційного права містять норми адміністративного змісту, і, що найголовніше, їхня реалізація неможлива поза основними адміністративно-правовими процедурами, в яких, до речі, і виявляється деталізація змісту відповідних правових режимів у різних сферах державного управління. За наявності цих обставин є всі підстави відносити відповідні режими до числа функціональних адміністративно-правових, що мають початкове правове регулювання в конституційно-правових нормах. Резюмуючи викладене, спробуємо дати визначення функціональним адміністративно-правовим режимам.

Отже, під функціональним адміністративно-правовим режимом розуміється врегульований правом порядок певної діяльності, який має нормативний характер відносно державного управління, є загальнообов'язковим для всіх державних органів та членів суспільства і підлягає конкретизації й захисту у процесі його застосування.

Проілюструємо дане визначення характерним прикладом функціонального адміністративно-правового режиму Цивільної оборони. Незважаючи на свою спрямованість щодо дії суб'єктів адміністративного права в умовах, далеких від нормального функціонування, цей режим має постійний характер і реалізується як режим підтримки безперервної готовності до настання несприятливих ситуацій і їх подолання на рівні звичайних умов функціонування.

Розглянутий режим у своїй основі врегульований Законом України «Про Цивільну оборону»¹. Він поширюється на гранично широке коло суб'єктів адміністративного права, про що прямо заявлено в преамбу-

¹ Про Цивільну оборону: Закон України від 03.02.1993 р. № 2974-ХІІ // Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 14. – Ст. 124.

лі: «Кожен має право на захист свого життя і здоров'я від наслідків аварій, катастроф, пожеж, стихійного лиха та на вимогу гарантій забезпечення реалізації цього права від Кабінету Міністрів України, міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування, керівництва підприємств, установ і організацій незалежно від форм власності і підпорядкування».

Розглядуваний режим характеризується своєю належністю до сфери забезпечення державної безпеки. Виходячи з цього, суб'єкти державного управління цивільною обороною дістали можливість залучення до цієї сфери діяльності фактично всіх основних суб'єктів адміністративного права. Більше того, даним режимом встановлюється їх спеціальний правовий статус відповідно до виникаючих завдань життєдіяльності певних територій та їх населення.

Таким чином, ми маємо типовий приклад функціонального адміністративно-правового режиму з усіма властивими йому рисами. Відзначимо, що докладний аналіз даного режиму здійснений нами не тільки з метою ілюстрації викладеного, але й для визначення його основних режимних компонентів, як-от: призначення і мета режиму; розподіл предметів відання й повноважень між суб'єктами режимної організації; система органів державного управління в галузі дій режиму і порядок їхнього функціонування та взаємодії; повноваження органів місцевого самоврядування й інших організацій у галузі режимної оборонно-цивільної інфраструктури; спеціальні повноваження суб'єктів режимної організації в частині нормативного регулювання, здійснення нагляду й контролю за заходами, що у своїй сукупності становлять основу режиму цивільної оборони; система безпосередніх виконавців режиму цивільної оборони, визначення їхнього спеціального статусу, видання відповідних нормативних правових актів; порядок бюджетного фінансування й компенсації витрат на здійснення режимної організації як по вертикалі системи виконавчої влади, так і відносно органів місцевого самоврядування, інших організацій і територіальних громад.

Функціональні адміністративно-правові режими, які мають законодавче регулювання й охоплюють широкі сфери різноманітних суспільних відносин, нерідко трактуються саме як особливі галузі законодавства, які на відомому рівні розвитку починають претендувати й на власне місце у галузевій структурі права. Тому існуюча нині розмитість меж регулювання адміністративного права зовсім не говорить

про його розчинення в інших галузях, навпаки, при ретельному аналізі виявляється, що багато з нових комплексних галузей, які поки ще формуються, є за своїм змістом фактично масштабним адміністративно-правовим режимом, і у дійсності мають характеризуватися з позицій адміністративного права як його структурно-функціональна невід'ємна складова.

І це цілком виправдано, оскільки предмет адміністративного права — державне управління може формувати стабільні структури комплексних різнорідних відносин, що зазнають специфічного відбиття у межах відповідних систем управління. Вони, звичайно ж, не перестають бути самими собою (відносинами, що належать до інших правових галузей), однак у рамках, що окреслюється функціональним адміністративно-правовим режимом, ті ж відносини наділяються адміністративною формою і стають об'єктом адміністративно-правового регулювання. Для прикладу відзначимо, що діяльність із забезпечення виконання повноважень державних органів втілюється у формі особливого адміністративно-правового режиму, яким є державна служба. Це особливий інститут адміністративного права, хоча змістовно врегульовані ним відносини мають початкову природу відносин трудового права. І якщо діяльність у формі державної служби — явище типово публічно-правове, то, власне, самі трудові правовідносини усе більше тяжіють до інституту приватного права.

Отже, функціональні адміністративно-правові режими являють собою свого роду відкрити множинність. Їхня кількість постійно поповнюється одночасно у двох напрямках: перший пов'язаний з формуванням нових режимів, другий — з їхньою конкретизацією відносно функціонування конкретних сфер державного управління. Тому, з погляду наукового дослідження, просте перерахування функціональних режимів та їх відокремлений аналіз не можна визнати продуктивними. Набагато важливіше, на нашу думку, спробувати вибудувати класифікацію цих режимів, орієнтовану на їх функціональне призначення стосовно сфер державного управління. Зрозуміло, що говорячи про функціональне призначення, ми маємо на увазі укрупнені блоки функцій у рамках розгалуженої системи державного управління, при реалізації яких найбільший прояв має тенденція до формування функціональних адміністративно-правових режимів.

Разом з тим необхідно мати на увазі, що будь-який функціональний адміністративно-правовий режим регламентує певну функцію або діяльність, яка має місце у галузях і сферах державного управління,

специфіка й цільові настанови яких є визначальними для конкретизації певного функціонального режиму стосовно окремих управлінських структур. Крім цього, є власна функціональна спрямованість адміністративно-правових режимів як особливого явища, властивого державному управлінню, що відображає його власні закономірності й, насамкінець, забезпечує потреби самої управлінської діяльності.

Інакше кажучи, відповідно до того, як саме державне управління здійснюється у певних галузях і сферах життєдіяльності, виникають функціональні режими, що відображають специфіку цих сфер і реалізовані у них функції держави. Ці режими у нормативно-правовій формі забезпечують режимну організацію саме державного управління як явища загального й універсального для діяльності багатьох державних структур. У цьому зв'язку функціональні режими набувають і власного функціонального призначення у державному управлінні.

Таким чином, намагаючись вибудувати класифікацію адміністративно-правових режимів, слід виходити одночасно з двох підстав. Перша й базова — це належність режимів до галузей державного управління. Друга — власна функціональна специфіка адміністративно-правових режимів.

Варто підкреслити, що всі режими поділяються на режими звичайного функціонування і ті, які пов'язані з подоланням ситуацій надзвичайного характеру. Так, у результаті проведеного аналізу можна зробити висновок, що функціональні режими підрозділяються на режими нормального функціонування, надзвичайні, а також ті, які мають змішаний характер, тобто одночасно поєднують у собі регламентацію нормального функціонування заходу щодо подолання надзвичайних ситуацій. Останнє твердження також необхідно враховувати при побудові класифікації функціональних режимів. При цьому кожний з них, як правило, має кілька складових, а саме: визначення й закріплення найбільш загальних чинників даного режиму, а також його багаторівнева конкретизація.

М. Перепелиця, кандидат юридичних наук, доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Публічний інтерес як мета діяльності суб'єктів фінансового права

У науці фінансового права досить цікавим є питання щодо поняття та змісту категорії «публічний інтерес». Вченими приділялася певна увага цій проблемі¹, але як базова категорія фінансового права публічний інтерес так і не увійшов до її апарату. Можливо, його дослідження у рамках іншої проблеми — функціонування суб'єктів фінансового права — знову приверне до себе увагу вчених. Адже поняття публічного інтересу, як взагалі будь-яке правове явище, існує не окремо, а у зв'язку з іншими правовими поняттями. Взаємозв'язок суб'єктів фінансового права з публічним інтересом виявляється в тому, що саме в результаті здійснення ними відповідних, встановлених законодавством дій, можлива реалізація публічного інтересу в суспільстві. Тобто всі дії учасників фінансових правовідносин певною мірою спрямовані на виконання публічного інтересу в цілому.

Враховуючи зазначене, автор ставить за мету провести аналіз категорії публічного інтересу у фінансовому праві; виділити його особливості та види як фінансово-правового поняття; дослідити зв'язок між діями учасників фінансових правовідносин та публічним інтересом як метою їх існування взагалі.

У правовій науці виділяють поняття публічного та приватного інтересу². Сама ж категорія інтересу не є виключно правовою і досліджується також філософією, соціологією, педагогікою, психологією, іншими

¹ Див.: *Ходский Л. В.* Основы государственного хозяйства. Пособие по финансовой науке. – Спб., 1894. – С. 16–18; *Боголепов М. И.* Финансы, правительство и общественные интересы. – Спб., 1907. – С. 7–8; *Соловьёв В. А.* Частный и публичный интересы субъектов налоговых правоотношений: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002; *Хошуляк В. В.* Публічний інтерес як категорія науки фінансового права // *Наук. вісн. Чернівецьк. ун-ту.* – 2004. – Вип. 236. Правознавство. – С. 5–10.

² Див.: *Тихомиров Ю. А.* Публичное право. – М.: 1995. – С. 55; *Кряжнов А. В.* Публичный интерес: понятие, виды и защита // *Гос-во и право.* – 1999. – № 10. – С. 92; *Тихомиров Ю. А.* Публично-правовое регулирование: динамика сфер и методов // *Журн. рос. права.* – 2001. – № 5. – С. 5.

науками¹. У кожній науці це поняття характеризується своїм специфічним змістом, обумовленим її предметом. Перш ніж визначитися з поняттям та особливостями публічного інтересу в науці фінансового права, необхідно проаналізувати основні положення та висновки, які вже розроблені іншими науками у цілому щодо його поняття, його поділу на види.

У філософії та соціології під інтересом розуміють об'єктивне ставлення соціальних суб'єктів (індивіда, групи, суспільства) до явищ та предметів навколишнього середовища, обумовлених становищем цих суб'єктів, і таке, що включає їх об'єктивно існуючі соціальні потреби та шляхи їх задоволення².

У гуманітарних науках підходи щодо визначення інтересу класифікуються за трьома головними напрямками: 1) теорія зовнішніх обставин; 2) теорія внутрішнього фактора; 3) теорія взаємодії³. Немає можливості у межах цієї статті досить глибоко розглядати ці напрями, але коротко на суті кожного з них необхідно зупинитися, для того щоб визначитися з поняттям публічного інтересу як фінансово-правовим явищем.

Основне значення теорії зовнішніх обставин виражається в тому, що джерелом інтересу завжди виступає відповідна потреба. Як цілком логічно зазначав К. Ю. Тот'єв, «у такій трактовці інтерес постає як зосередженість особи на відповідному зовнішньому предметі»⁴. Далі вчений виділяє кілька ознак інтересу: 1) спрямованість на визначений предмет; 2) усвідомлена значущість та емоційна зацікавленість предмета; 3) проявом інтересу служить увага; 4) інтерес пов'язаний з потребою, але не збігається з нею.

Теорія внутрішнього фактора при визначенні інтересу робить акцент на єдності об'єктивної та суб'єктивної сторін інтересу. Інтерес — це «мотив або мотиваційне становище, що підштовхує до пізнавальної діяльності»⁵. Він виникає на основі внутрішнього бажання пізнати дійсність. У такому разі виділяється вольовий момент інтересу. У рамках цієї теорії дослідники намагаються поєднати об'єктивне та

¹ Див.: Энциклопедический социологический словарь. – М., 1995. – С. 242–243; Чесноков Д. И. Общественный интерес и механизм действия социального закона // Вопросы философии. – 1966. – № 9. – С. 5.

² Там само.

³ Тот'єв К. Ю. Публичный интерес в правовой доктрине и законодательстве // Гос-во и право. – 2002. – № 9. – С. 19–25.

⁴ Там само. – С. 19–20.

⁵ Психологический словарь / Под ред. В. П. Зинченко, Б. Г. Мещерякова. – М., 1998. – С. 140.

суб'єктивне, тобто інтерес служить сполучною ланкою між суб'єктом та об'єктом діяльності.

Суть теорії взаємодії полягає в тому, що інтерес може виявитися тільки у разі якщо суб'єкт бере участь у різних суспільних відносинах і взаємодіє з іншими особами. «Інтерес являє собою особливий прояв потреби у суспільних відносинах, який спрямовує діяльність кожного так, щоб зробити можливим реальне використання предмета»¹.

Розглянувши коротко головні підходи до визначення інтересу, слід зазначити, що вони не суперечать один одному, а скоріше, доповнюють та виступають як етапи послідовного його розвитку. Спочатку (теорія зовнішніх обставин), йдеться про існування об'єктивної потреби, що не залежить від волі суб'єкта, потім (теорія внутрішнього фактора), виникає зв'язок між цією об'єктивною потребою, яка виражена відповідним предметом та внутрішнім усвідомленням суб'єкта, що зрештою спонукає останнього до здійснення пізнавальної діяльності, і у підсумку (теорія взаємодії), кристалізація самого інтересу та конкретна діяльність щодо його здійснення.

Ці положення виглядають загальними, тобто стосуються як поняття приватного, так і публічного інтересу. Спираючись на них, можна, наприклад, простежити еволюцію інтересу суб'єкта (суб'єктів) щодо сплати обов'язкових платежів. У цьому випадку матиме місце прояв публічного інтересу особи. На першому етапі сплата загально-обов'язкових платежів є об'єктивною потребою, що не залежить від волі особи. У подальшому виникає зв'язок між об'єктивною потребою сплати платежу та внутрішнім розумінням суб'єкта щодо необхідності здійснення цієї дії; і в підсумку, вступаючи в податкові правовідносини і взаємодіючи таким чином з іншими суб'єктами, особа конкретно реалізує даний інтерес.

Як правильно, на наш погляд, зазначав К. Ю. Тот'єв, публічність передбачає здійснення різних видів діяльності для досягнення суспільних цілей. Публічність інтересу означає, що його суб'єктом (носієм) є суспільство як органічне ціле. Найбільшою мірою спільності володіють інтереси всього суспільства (суспільні інтереси). Вони відображають базові потреби людей і у багатьох обумовлюються необхідністю соціального розвитку. Дійсно, при дослідженні публічного інтересу перш за все слід виходити з того, що поєднуючим моментом тут завжди виступатимуть існуючі зовні життєво важливі для всього суспільства потреби.

¹ Бернацкий В. О. Интересы и их роль в обществе. – Омск, 1990. – С. 21.

Якщо розмірковувати у цьому ракурсі у межах фінансової сфери життєдіяльності суспільства, то стрижневим моментом тут будуть виступати об'єктивні потреби суспільства щодо організованої та цілеспрямованої мобілізації (створення), розподілу та використання загальних (публічних) фінансових ресурсів, які можуть бути виражені у різній предметній формі (кошти, інші матеріальні цінності), а також здійснення контролю за даними процесами. Саме це положення є головним при обґрунтуванні необхідності існування публічного інтересу у фінансових правовідносинах. Навряд чи щось інше у фінансовій сфері може мати настільки важливе значення, щоб об'єднати навколо себе все суспільство та спрямувати його зусилля в одне русло.

У правовій науці при розгляді поняття публічного інтересу одним із ключових постає таке запитання: чи збігаються інтереси суспільства і держави та чи можна їх розуміти як тотожні? Не торкаючись цілком цієї проблеми, як вона того заслуговує, тобто не вникаючи в інші галузі права, що займаються цим (загальна теорія держави та права, конституційне право), повернемось у русло нашого питання. А саме: чи є тотожними інтереси суспільства та держави у фінансових правовідносинах, чи становлять вони єдине поняття?

Безумовно, публічні інтереси держави та суспільства зобов'язані становити єдине ціле. Інакше, як показує дійсність, все суспільство буде «обслуговувати» фінансові потреби олігархічної держави. Інтереси держави та суспільства щодо питань, пов'язаних із створенням, розподілом та використанням фінансових ресурсів на своїй території, мають збігатися і таким чином становити єдиний цільний інтерес. Втім цього положення не завжди дотримуються у фінансовому праві, навіть коли мова йде про його законодавче оформлення. Так, одним із принципів фінансової діяльності держави є принцип гласності, що фактично також розуміється як публічність (відкритість для публіки). Він виражається у процедурі доведення до відома суб'єктів за допомогою різних засобів масової інформації, електронних систем і т. ін. змісту фінансово-правових актів з усіх питань, що стосуються фінансової діяльності держави, починаючи від проектів і закінчуючи звітами щодо виконання цих актів. Це положення стосується перш за все Закону про Державний бюджет України на поточний календарний рік. Але не завжди у цьому Законі висвітлюються секретні витрати держави, необхідність яких встановлена на рівні Бюджетного кодексу України. Інакше кажучи, виникає ситуація, коли у держави є свої секретні фінансо-

ві інтереси, які б вона бажала приховати від суспільства. Ні спрямованість цих витрат, ні тим більше їх обсяг — суспільство не має можливості знати. У такому разі виникає досить закономірне питання: може держава отримувати кошти, що розподіляються на такі цілі, іншим шляхом, що не пов'язаний взагалі з функціонуванням у суспільстві національного доходу? Навряд чи. А якщо це так — то і права на створення так званих секретних видатків у держави не повинно бути. У такій ситуації має місце явний розрив між інтересами суспільства та держави на стадіях розподілу та використання фінансових ресурсів і ні про який загальний суспільний інтерес мова тут не йде.

У цілому під публічним інтересом розуміють життєво необхідне становище великих соціальних груп (включаючи суспільство взагалі), обов'язок щодо реалізації (досягнення, розвитку) якого лежить на державі¹; або визнаний державою та забезпечений правом інтерес соціальної спільноти, задоволення якого служить гарантією її існування та розвитку².

Таким чином, під публічним інтересом у фінансовому праві логічно розуміти визнані державою та забезпечені правом об'єктивні потреби суспільства щодо організованої та цілеспрямованої мобілізації (створення), розподілу та використання загальних (публічних) фінансових ресурсів, які можуть бути виражені у різній предметній формі (кошти, інші матеріальні цінності), а також здійснення контролю за даними процесами, задоволення яких служить гарантією його існування та розвитку.

На підставі наведеного можна зробити такий висновок. Оскільки від реалізації даних потреб залежать існування і розвиток всього суспільства, саме тому і всі дії учасників фінансових правовідносин спрямовані на їх виконання. Будь-який суб'єкт фінансового права (незалежно від організаційно-правового устрою, виду діяльності, форми власності, правового статусу в цілому) в суспільстві так чи інакше бере безпосередню участь або на стадії формування, або розподілу, або використання публічних коштів (одночасно на декількох стадіях). Це є об'єктивною потребою і причиною діяльності суб'єктів фінансового права. Тому що саме у здійсненні публічного інтересу у фінансовій сфері і виражається сенс існування учасників фінансових правовідносин. Реалізація публічного інтересу суб'єктами фінан-

¹ Див.: *Тотьєв К. Ю.* Публічний інтерес в правовій доктрині і законодавстві // Гос-во и право. – 2002. – № 9. – С. 25.

² Див.: *Тихомиров Ю. А.* Публічне право. – М., 1995. – С. 55.

сового права виступає як об'єктивна потреба, що обумовлена законами життя.

При розгляді категорії публічного інтересу хотілося б звернути увагу на наступне положення. У різних науках, зокрема у правовій, можливо класифікувати це поняття на види відповідно до різних підстав. Так, за сферою дії інтереси поділяють на матеріальні (економічні), політичні та духовні. Такий поділ можна застосувати і до поняття публічного інтересу.

Матеріальні інтереси пов'язані з виробництвом, розподілом та використанням матеріальних благ, політичні лежать у сфері державної влади, а духовні пов'язані з духовними цінностями, продуктами духовного мистецтва¹. Виходячи з цього, публічний інтерес у фінансовому праві можна охарактеризувати як матеріальний (економічний), тому що виявляє він себе у сфері виробництва, розподілу та використання матеріальних благ. У цьому випадку мова буде йти не про всі матеріальні блага, що концентруються у суспільстві, а тільки про їх частину, що є за своєю сутністю публічною.

За спрямованістю дії інтереси (у тому числі й публічний) поділяють на внутрішні та зовнішні. При цьому обидві групи одночасно належать до економічної, політичної та духовної сфер життя². Публічний інтерес у фінансовому праві виражається як через внутрішнє, так і зовнішнє регулювання фінансовою політикою.

До внутрішнього публічного інтересу у фінансовому праві можна віднести різні питання, які встановлюють та регулюють процеси мобілізації, розподілу та використання публічних коштів, здійсненні контролю за цим на внутрішньому ринку країни. Сюди можна віднести, наприклад, положення, що міститься у Конституції України (ст. 95) стосовно того, що виключно законами України встановлюються Державний бюджет України, бюджетна система, система оподаткування, податки та збори; основи створення та функціонування фінансового, грошового, кредитного та інвестиційного ринків; статус національної валюти; порядок створення та погашення державного внутрішнього та зовнішнього боргу; порядок випуску та обігу державних цінних паперів.

Зовнішнім проявом публічного інтересу у фінансовому праві будуть також виступати питання, що встановлюють та регулюють про-

¹ Див.: *Кряжнов А. В.* Публічний інтерес: поняття, види и защита // *Гос-во и право.* – 1999. – № 10. – С. 96.

² Там само. – С. 96.

цеси мобілізації, розподілу та використання публічних коштів, а також контролю, але такі, що виникають на зовнішньому міжнародному фінансовому ринку. Сюди належатимуть, наприклад, положення, які регулюють ситуації щодо одержання та використання Україною міжнародної фінансової допомоги або надання такої допомоги; ситуації щодо вирішення проблем у сфері подвійного оподаткування; ведення митної політики. Зовнішньоекономічні публічні інтереси України будуть відображатися у міжнародних договорах, що визнаються частиною внутрішнього національного законодавства.

За рівнем своєї дії публічний інтерес можна поділити залежно від державного устрою країни. Якщо це федерація, наприклад Російська Федерація, тоді будуть виокремлюватися публічні інтереси всієї держави, окремих суб'єктів федерації та територіальних громад. Якщо країна є унітарною — Україна, можливо виділити два рівні, на яких реалізуються публічний інтерес — державний та муніципальний. Хотілося б звернути увагу, що проблема, яка стосується цих видів публічного інтересу (державний, муніципальний і т. ін., тобто залежно від територіальної спрямованості), розглядалася ще у дореволюційній фінансово-правовій науці. Одним із відомих дослідників у цій галузі був Р. Кауфман, що поставив питання про співвідношення понять інтересу держави, провінцій та громади. Він зазначав, що загальний суспільний інтерес є за своєю суттю диференційованим і може виражатися і забезпечуватися не тільки державою, а і безпосередньо громадами¹.

Державний публічний інтерес виражається у рішенні важливих, вже вищезазначених питань у сфері публічних фінансів, що охоплює об'єктивні потреби всього суспільства як єдиного суб'єкта. Муніципальний публічний інтерес (або інтерес територіальних громад) спрямований на задоволення аналогічних з державними потреб, але вже у меншому обсязі, та буде стосуватися суб'єктів, що мешкають на окремій відповідній території з урахуванням специфіки її розвитку. Фактично, муніципальний публічний інтерес являє собою вирішення питань щодо мобілізації, розподілу та використання публічних фондів, необхідних для реалізації соціально-економічних завдань місцевого значення.

Отже, з огляду на викладене, можна зазначити, що під публічним інтересом у фінансовому праві логічно розуміти визнані державою та забезпечені правом об'єктивні потреби суспільства щодо організова-

¹ Кауфман Р. Государственные и местные расходы европейских стран по их назначением: Пер. с нем. изд. А. Гурьева. — СПб., 1895. — С. 28.

ної та цілеспрямованої мобілізації (створення), розподілу та використання загальних (публічних) фінансових ресурсів, які можуть бути виражені у різній предметній формі (кошти, інші матеріальні цінності), а також здійснення контролю за цими процесами, задоволення яких служить гарантією його існування та розвитку. Від реалізації даних потреб залежать існування й розвиток всього суспільства, саме тому всі дії учасників фінансових правовідносин спрямовані на їх виконання. Будь-який суб'єкт фінансового права (незалежно від організаційно-правового устрою, виду діяльності, форми власності, правового статусу в цілому) у суспільстві, так чи інакше, бере участь або на стадії формування, або розподілу, або використання публічних коштів (одночасно на декількох стадіях). Це є об'єктивною потребою і причиною діяльності суб'єктів фінансового права. Реалізація публічного інтересу суб'єктами фінансового права виступає як об'єктивна потреба, що обумовлена законами життя.

ПРОБЛЕМИ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВознавства

доктор **Бранко Вучкович**,
Голова Основного суду в Которі та
Голова Асоціації кримінального права та
кримінальної політики Чорногорії, доцент

Реформа кримінально-процесуального законодавства Чорногорії

Вступ

Реформа кримінально-процесуального законодавства Чорногорії розпочалася ще за існування Співдружності держав Сербія і Чорногорія, оскільки Конституцією цих країн законодавча компетенція в галузі кримінального права належала державам-членам Співдружності. Тільки через сто років Чорногорія прийняла Кодекс кримінального процесу¹ (далі — КПК), який в основному відповідає міжнародним правовим стандартам та сучасним науковим ідеям. Вже через два роки після набрання чинності КПК Чорногорії був прийнятий Закон про внесення змін та доповнень до КПК Чорногорії². Ці зміни не слід вважати істотними, вони були, скоріше, технічними. Зміни кримінально-процесуального законодавства є дещо незвичними для Чорногорії і головним чином супроводжують зміни до Конституції, але в країнах перехідного періоду, таких як Чорногорія, вони зумовлені також і соціальними змінами.

Кодекс кримінального процесу 2003 р.

Наприкінці 2003 р. був прийнятий новий чорногорський Кодекс кримінального процесу. Цим законодавчим актом Чорногорія, незважаючи на те, що все ще перебувала у складі Співдружності із Сербією,

¹ Кодекс кримінального процесу. Службовий лист Республіки Чорногорія, № 71/03 та 7/04.

² Закон про зміни та доповнення до КПК Чорногорії. Службовий лист Республіки Чорногорія, № 47-06.

вперше після сімдесятилітнього спільного (югославського) законодавства, повернула собі законодавчу компетенцію в галузі кримінального судового процесу, а також законодавчу компетенцію у всіх галузях права. Цей Кодекс був прийнятий після першого чорногорського Кодексу про судовий процес у кримінальних справах, який було прийнято 30 січня 1910 р. і який діяв до 1 січня 1932 р., коли був змінений першим югославським Кодексом кримінального процесу від 16 лютого 1929 р.

Кодекс кримінального процесу Чорногорії розроблено за зразком союзного Кодексу 2001 р., і незважаючи на те, що в Чорногорії він так і не застосовувався, поряд із оригінальними положеннями більша частина норм КПК Чорногорії 2003 р. взята із цього джерела. Це є причиною високого ступеня збігу положень цих двох Кодексів.

Хоча чорногорський Кодекс, як вже зазначалося, не є оригінальним законодавчим феноменом, він все ж таки містить певну кількість нових і оригінальних положень. Метою нового Кодексу було узгодження норм кримінального процесу із європейськими стандартами в цій галузі, що знайшло свій вияв у спрямуванні більшої уваги на захист прав людини, у тому числі і всіх учасників кримінального процесу.

Кодекс значно розширив права потерпілого на внесення скарги в судовому процесі. Тепер потерпілий, який вважається другорядним учасником процесу, може на законних підставах оскаржити і виправдальний вирок, поряд із правом повної скарги, яке він як другорядний учасник процесу мав і до сих пір, але лише у двох випадках. Ця новизна не вносить серйозних змін у правовий статус потерпілого в кримінальному процесі, але обтяжить суд другої інстанції новою кількістю роботи, від якої не буде значної й істотної користі. Поряд із цим виникає питання — чи не буде більш корисним для потерпілого, якщо йому вже надається право на скаргу на вирок кримінального суду, надати йому також право оскаржити виправдальний вирок, тобто, чому б йому не надати право на оскарження обох видів вироків.

На відміну від свого зразка Кодекс містить деталізовані положення щодо захисту свідка в кримінальному процесі, які разом із положеннями окремого Закону про захист свідків (позапроцесуальний), повністю врегульовує цю галузь правовідносин так, як це прийнято у більшості європейських держав.

Підстави попереднього взяття під варту в Кодексі більш систематизовані, ніж у КПК СФРЮ 1977 р., особливо, якщо зважати, що відсутня норма про обов'язкове попереднє взяття під варту.

У Кодексі все більше присутні риси англо-американського обвинувального процесу, який займає дедалі більше місця не тільки в процесуальному праві Чорногорії, а і у всьому європейському континентальному праві. Передбачена норма про перехресний допит (cross examination) під час розгляду справи в суді. Замість допиту головуючим суддею, після промови захисника, обвинуваченому спочатку ставить питання прокурор, потім захисник, а вже потім головуючий та члени суду, а нові питання можна ставити по кілька разів у такому ж порядку.

Особливу увагу слід звернути на положення Кодексу щодо заходів нагляду (заборона на зміну місця проживання, заборона відвідувати конкретно визначені місця тощо), порядок застосування яких розроблено більш детально та ефективно. Крім цього Кодекс передбачає і застосування окремих заходів таємного нагляду, які застосовуються на стадії попереднього судового розгляду по кримінальних справах, що стосуються діянь, вчинених організованими злочинними угрупованнями, та по особливо тяжких злочинах, у санкціях, за вчинення яких передбачені покарання у вигляді позбавлення волі строком на десять років або більш тяжке покарання.

На серйозну увагу заслуговує положення ч. 1 ст. 385 Кодексу, відповідно до якого суд другої інстанції зобов'язаний провести судовий розгляд і винести рішення за скаргою завжди, коли буде вважати, що існує причина для скасування вироку суду першої інстанції. Це означає, що суд другої інстанції може повернути після скасування вироку суду першої інстанції на розгляд суду першої інстанції по тому самому предмету лише один раз. Це положення, по суті, сприйняте із Закону про судовий процес з метою скорочення часу набрання вироком законної сили і виконання вироку, а також з метою підвищення відповідальності суду другої інстанції. Це положення потягне організаційні та технічні наслідки і значною мірою збільшить обсяг роботи суддів вищих судових інстанцій.

Нарешті, слід відзначити і деякі нові риси нового чорногорського Кодексу: повернута можливість повторного розгляду кримінальної справи після набрання вироком чинності навіть не на користь обвинуваченого; виключені конкретні справи приватного обвинувачення; передбачено тільки один випадок призначення покарання спрощеним способом (без судового розгляду).

До Кодексу включені норми міжнародного кримінально-процесуального законодавства, які мають «переваги над правом Сербії та Чорногорії і правом держав-членів» (ст. 16 Конституції Чорно-

горії). Особлива увага приділена нормам Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, які Співдружність ратифікувала у 2003 р., а також іншим джерелам міжнародного права, які містять кримінально-процесуальні норми (Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, Конвенція проти тортур та інших жорстких, нелюдських та таких, що принижують людську гідність, покарань; Конвенція проти транснаціональної організованої злочинності; Європейська конвенція проти тероризму; Європейська конвенція про екстрадицію; Римський устав Міжнародного кримінального суду тощо)¹.

Можна стверджувати, що чинний Кодекс значною мірою сприяє захисту основних прав та свобод людини саме шляхом розширення прав підозрюваного, обвинуваченого та захисника, що у свою чергу свідчить про приєднання до сучасного демократичного кримінально-процесуального законодавства. Реформа кримінально-процесуального законодавства розпочалася після прийняття нової Конституції, адже необхідним є узгодження норм процесуального Кодексу із нормами Конституції.

У березні 2008 р. прийнято Проект нового Кодексу кримінального процесу, який на сьогодні знаходиться в стані публічного обговорення. У ньому збережена змішана «обвинувально-слідча система» кримінального процесу із яскраво підкресленими елементами обвинувальної системи. Дві найважливіші мети нового Кодексу — створення нормативних підстав для ефективного кримінального процесу та забезпечення всебічного захисту прав і свобод людини, гарантованих Конституцією та міжнародними документами.

Новизна у Проекті Кодексу кримінального процесу 2008 р.

1. Одним із найважливіших питань є зміна концепції слідства, тобто переміщення слідства із компетенції суду до компетенції прокурора. Процесуальний статус суб'єктів та інших учасників кримінального процесу, таким чином, змінюється завдяки введенню нового слідчого процесу. Замість судового слідчого вводиться нова посада «суддя для слідства» (слідчий суддя), до компетенції якого входить винесення постанов на обшук, тимчасову виїмку предметів та ексгумацію трупів, попереднє затримання на стадії слідчого огляду та попереднього (досудового) роз-

¹ Грубач М., Вучкович Б. Коментар Кодексу кримінального процесу Чорногорії. – 2-ге вид., доп. – Цетіньє, 2006. – С. 21–24.

слідкування. Виключно до компетенції слідчого судді входить проведення окремих слідчих дій під час попереднього слідства на вимогу сторін, коли є очевидним, що ці дії неможливо буде повторити під час судового слідства («головного розгляду справи») або «коли надання доказів в судовому (головному) слідстві буде неможливим або утрудненим». Слідчий суддя повинен провести допит свідків, якщо існує небезпека, що цей свідок через певні обставини (хворобу, старість тощо) не зможе бути допитаний під час судового слідства. Ці положення прискорюють кримінальний процес, але ставлять запитання про відповідність міжнародним нормам та стандартам у галузі забезпечення прав людини. Наприклад, на думку автора статті, вони суперечать ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод¹, тому що в момент допиту свідків на стадії слідчого огляду не завжди відомо, хто саме є підозрюваним; допит свідків можна провести і за відсутності підозрюваного та його захисника (що прямо суперечить принципу справедливого процесу), і свідчення свідків на попередньому розслідуванні можна рівноправно використовувати як докази і на стадії судового (головного) слідства поряд із безпосередньо отриманими доказами (це суперечить праву обвинуваченого на «рівність зброї»).

Для ефективності обвинувальної концепції слідства в кримінальному процесі, яку постійно підкреслюють для виправдання її внесення до Кодексу, вона має ґрунтуватися на принципах самої концепції, тобто на точному і конкретному розмежуванні повноважень та компетенції активних суб'єктів процесу, тому що тільки таким чином можна виключити можливі порушення процесуальних норм шляхом свавілля та арбітрарності суб'єктів.

2. Маючи на увазі зміни концепції розслідування, найзначніші зміни стосуються «основних принципів», які в Проекті називаються «основні правила», а саме: принципу безпосередності та принципу контрадикторності. Докази, зібрані прокурором в ході попереднього розслідування, мають бути досліджені під час судового розслідування (головного розслідування), а віддалення від принципу безпосередності має бути якомога меншим, ніж у чинному Кодексі. До сьогодні суд міг обґрунтувати вирок на підставі доказів, які були зібрані слідчим, а тепер, відповідно до Проекту, вирок не може ґрунтуватися тільки на доказах прокурора та слідчого, оскільки вони є позасудовими органами.

¹ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. Службовий лист Сербії і Чорногорії. – Міжнародні договори, № 9/03.

Поряд із принципом істини передбачений і принцип справедливості (ст. 16), що являє собою забезпечення справедливого судового розгляду, передбаченого Європейською конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод. Втім, незважаючи на значущість принципу справедливості, все ж одним із найзначніших принципів залишається принцип істини.

3. Принципи істини та справедливості пов'язані із питанням вільної оцінки доказів. Оцінка доказів не пов'язана та не обмежена формальними нормами, але існує питання стандартизації доказів вини обвинуваченого. Положення ч. 2 ст. 17 Проекту, в якому говориться, що судові рішення не може ґрунтуватися на доказах, які зібрані з порушенням положень кримінального процесу, не відповідає тим положенням Кодексу, які стосуються питань санкцій за порушення процесуальних норм. Ексклюзія¹ не є процесуальною санкцією для кожного порушення процесуальних положень доказового права (як і не кожне порушення процесу є приводом для оскарження). Докази, які зібрані під час обшуку, підлягають ексклюзії тільки тоді, коли обшук було проведено без санкції суду, за відсутності осіб, присутність яких під час обшуку є обов'язковою, або суперечить ст. 83 Кодексу (ст. 84 Проекту). Але окрема категорія доказів не підлягає ексклюзії: нічний обшук, відсутність акта обшуку або відсутність підпису на ньому особи, яка проводила обшук, тощо, хоча вони і є зібраними незаконно. Таким же чином, відповідно до ч. 11 ст. 100 Проекту, ексклюзії підлягають тільки свідчення обвинуваченого, вказані в цій нормі, але не підлягають ті, які отримані з порушенням інших процесуальних положень. У статті 110 вказаний перелік окремих (не всіх) незаконно отриманих свідчень свідків, які не можуть служити для обґрунтування судового рішення. Саме тому положення ч. 2 ст. 17 Проекту мають бути сформульовані із максимальною точністю².

4. Що стосується юрисдикції судів, то реформа кримінально-процесуального законодавства привела до таких змін — у кримінальному судовому процесі більше не буде суду присяжних, а тільки «судді за викликом»; компетенція одноособового судді розширена і включає розгляд злочинів, за які передбачене грошове покарання або позбавлення волі на строк до десяти років, за винятком злочинів, розгляд

¹ Ексклюзія – виключення, неприйняття до уваги при обґрунтуванні судового рішення.

² Грубач М. Замітки до Проекту Кодексу кримінального процесу Чорногорії 2008 р.: Доповідь. – м. Бuzдва, 5–7 черв. 2008 р. // Чорногорський журнал кримінального права і кримінальної політики. – 2008. – С. 253–254.

яких входить до компетенції суду вищої інстанції. Такий спосіб робить кримінальний процес більш ефективним та дешевим, і це у свою чергу не завдає шкоди законності рішення по конкретній кримінальній справі.

5. Інститут субсидіарного обвинувача внаслідок нової концепції розслідування змінився, і тепер потерпілий може порушити кримінальну справу тільки шляхом пред'явлення безпосереднього обвинувачення, тобто потерпілий більше не може порушувати кримінальну справу шляхом подання вимоги про початок розслідування і не може таку вимогу пред'явити прокурору. Процесуальний статус потерпілого, таким чином, погіршився внаслідок збереження у Проекті інституту субсидіарного обвинувача, але без будь-яких інструментів для реалізації своєї обвинувальної функції.

6. Серйозні зміни виникають у процесуальному статусі обвинуваченого і його захисника внаслідок переходу до обвинувального розслідування. Обвинувачений у процесі розслідування позбавляється матеріального захисту, який на його користь при судовому розслідуванні провадив слідчий.

Згідно з Проектом обвинувачений може мати захисника протягом всього кримінального процесу, а «до того відповідно до чинного закону». Таке положення зменшує обсяг права на захист і суперечить практиці Європейського суду з прав людини, який визнає право на захист, незважаючи на момент порушення кримінальної справи і подання формального обвинувачення.

7. Найбільш істотні зміни стосуються контролю обвинувачення. Замість існуючих двох видів контролю — контролю по забезпеченню і контролю за ініціативою голови суду — передбачено тільки один вид контролю — контроль ради, що складається із трьох суддів, яка затверджує обвинувачення, але має право повернути його на доповнення або зміну (ст. 293 Проекту).

8. Одним із нових важливих інститутів є угода про визнання вини. Цей інститут є характерним для англосаксонського кримінального процесу і його характеризують попередні переговори про визнання вини між прокурором і обвинуваченим та регресивне прийняття або неприйняття судом досягнутої угоди між прокурором та обвинуваченим. Виникає питання про те, чи дозволені переговори про фактичне описування злочину, яке, по суті, має об'єднати всі факти, що мають

бути представлені в суді, і чи дозволяється домовлятися щодо кваліфікації вчиненого¹.

Уведення цього інституту виправдовують наданням обвинуваченому певної концесії за визнання вини, і цей інститут відносять до злочинів, за які передбачене покарання у вигляді позбавлення волі на строк до 10 років. Така угода має бути пред'явлена в письмовій формі після пред'явлення обвинувачення, але не пізніше розгляду справи в суді (головного розгляду). Угода може бути взята або не взята до уваги судом, але не може бути непринятною для розгляду.

9. До важливих елементів новизни слід віднести і підготовче судово-засідання (ст. 305 Проекту), на якому планується хід головного судового розгляду — його дата, перелік доказів, які будуть розглядатися; якщо на головному судовому розгляді будуть представлені нові докази, то має бути надане детальне роз'яснення, чому їх не розглядали на підготовчому засіданні, і суд має право ці докази не брати до уваги, «якщо сторони не доводять до відома суду, що в момент підготовчого засідання про ці докази чи факти не було відомо, і не було відомо, що їх треба доводити». Метою такої норми є намагання уникнути непотрібної відстрочки судового розгляду, що дуже часто відбувається. Поряд із розглянутим положенням до важливих елементів новизни слід віднести і заборону проведення судового розгляду за відсутності обвинуваченого.

10. У положеннях, які стосуються головного судового розгляду, в Проекті значних змін не передбачено. Найсуттєвіші зміни стосуються важливості визнання вини, що являє собою повний її доказ, і тоді відпадає необхідність в інших доказах, пов'язаних із доказуванням факту вчинення злочину і вини, а мають значення тільки ті обставини, які впливають на покарання. У зв'язку з уведенням обвинувальної концепції розслідування, в якій принципу безпосередності приділено особливу увагу, на судовому розслідуванні його дія значно скорочена. Відповідно до ст. 356, якщо обвинувачений користується правом не виносити захист на головне судово-розслідування, то протокол про його допит на попередньому розслідуванні може бути зачитаний на головному судовому розгляді, але це положення діє тільки тоді, коли обвинувачений про це був попереджений і дав на це свою згоду. Втім тільки на цьому доказі не може ґрунтуватися судове рішення.

¹ Ніколич Д. Угода про визнання вини. Сербія та Чорногорія. – Ніш, 2006. – С. 137.

11. Вирок виноситься, відповідно до Проекту, від імені Держави Чорногорія, а не від імені народу, як це було раніше.

Згідно з Кримінальним кодексом¹ виключення кримінальної відповідальності не може стати причиною виправдувального вироку, тому що вина є елементом загального поняття злочину; достатньо вказати, що за законом це — не злочин.

12. Найбільш значні зміни юридичної допомоги (реагування) стосуються порушень ведення процесу. Істотними порушеннями вважаються ті, за якими суд має слідкувати на підставі службових повноважень. Усі інші порушення судового процесу називаються умовними.

13. Що стосується позачергової юридичної допомоги — виключена вимога перегляду правомочного вироку. Обвинувачений має право користуватися правом на перегляд правомочного вироку. Обвинувачений і його захисник можуть протягом одного місяця з моменту отримання правомочного вироку вимагати від верховного прокурора подати вимогу про захист законності, коли обвинувачений отримав безумовний вирок, покаранням в якому є позбавлення волі строком на один рік або більш тяжке покарання; або позбавлення волі неповнолітнього, якщо вони вважають, що цей вирок порушує Кримінальний кодекс або в процесі судового розгляду були допущені порушення процесуального законодавства, чим було порушене право обвинуваченого на захист, і це вплинуло на винесення законного справедливого вироку.

14. Спрощений процес також зазнав змін — тепер передбачено спрощений процес щодо злочинів, за які в санкціях передбачені покарання у виді грошового стягнення або позбавлення волі на строк до п'яти років. Процес щодо злочинів, за які передбачені покарання у виді грошового стягнення або позбавлення волі на строк до трьох років, дозволяється провести без головного судового розслідування. Це рішення приведе до більш ефективного ведення кримінального процесу та, звісно, до зменшення кількості переглянутих кримінальних справ.

15. У Проекті не передбачені окремі процеси для організованої злочинності і для неповнолітніх, які вчинили злочини, хоча ці питання слід було б врегулювати спеціальним законом щодо неповнолітніх, а процес надання міжнародної кримінально-процесуальної допомоги

¹ Кримінальний кодекс Чорногорії. Службовий лист Республіки Чорногорія, № 7/03 і Закон про зміни та доповнення до Кримінального кодексу. Службовий лист Республіки Чорногорія, № 47/06

врегульований Законом про міжнародну правову допомогу у кримінальних справах¹.

Обвинувальна концепція попереднього розслідування

Як вже вказувалося, найважливішою рисою Проекту є перехід на новий вид попереднього розслідування, що є характерним для англосаксонського права, і який є притаманним більшості європейських країн. Виникає питання щодо переваг та недоліків цієї концепції.

Переваги обвинувальної концепції розслідування. Сьогодні загальноприйнятною є думка, що судове розслідування злочинів є менш ефективним, ніж обвинувальне. Згідно з судовою концепцією поліція має зібрати викривальний матеріал у повному обсязі, а слідчий (судовий слідчий) збирає лише особисті докази. Таке розслідування є більш «кабінетним», адже основний обвинувальний матеріал зібрано попередніми діями поліції. Прокурор за цією концепцією веде себе пасивно і повністю спирається на докази, отримані поліцією або слідчим (судовим слідчим). Вважається, що ця обставина не відповідає основній функції кримінального переслідування злочинця.

Поліцейсько-обвинувальне розслідування вимагає збільшення кількості поліцейських та контролю за їх роботою прокурором, а з другого боку, слідчий (слідчий суддя) є суб'єктом розслідування. Така концепція можлива в сучасному праві — і в порівняльному національному законодавстві, і в міжнародних кримінальних судах².

Країни, які сприйняли цю концепцію через ефективність ведення кримінального процесу, підкреслюють її обґрунтованість та ефективність розслідування. Ця концепція дозволяє уникнути неодноразового отримання тих самих доказів (на відміну від існуючого порядку), зокрема, шляхом допиту підозрюваного, обвинуваченого по кілька разів: у поліції, слідчим, потім у судовому процесі. На користь прийняття цієї концепції слід віднести доцільність та ефективність ведення кримінального процесу, тому що виконавчі органи (поліція, прокуратура) є більш ефективними та оперативними для виконання слідчих дій, ніж судові органи, а норми кримінально-процесуального права допоможуть досягти розумної рівноваги між інтересами ефективності кримінального процесу та громадянськими правами і свободами.

¹ Закон про міжнародну допомогу в кримінальних справах. Службовий лист Чорногорії, № 4/08.

² Шкулич М. Міжнародний кримінальний суд. – Белград, 2005.

Недоліки обвинувальної концепції розслідування. В обвинувальній концепції розслідування головною функцією слідчого (слідчого судді) повинна бути функція прийняття рішення стосовно питань, пов'язаних із правами й обов'язками обвинуваченого та інших суб'єктів розслідування¹.

Попереднє розслідування не повинне мати процесуального характеру; дії повинні мати слідчо-оперативний характер, як це встановлено в Законі про поліцію. Виникає основне питання — чи слід ці питання регламентувати Законом про кримінальну справу?

Одним із серйозних зауважень, яке ми вважаємо цілком виправданим, є брак кадрів поліції і неадекватне матеріально-технічне забезпечення поліції і прокуратури для успішної реалізації цього Проекту. Можливо, вирішення проблеми може бути здійснене від моменту набрання чинності Проектом до початку застосування його положень шляхом продовження *vocatio legis*.

Наслідки заміни судового розслідування обвинувальним

Обвинувальне розслідування є менш формальним і, як наслідок, більш ефективним, аніж судове. Тобто суддя (судовий слідчий) виконує низку процесуальних дій на відміну від поліцейських та слідчих, які не мають таких процесуальних форм, унаслідок чого вони діють швидше, ефективніше та економічніше. Але виникає питання щодо того, як таке розслідування позначиться на закінченні кримінального процесу. Суд тепер може використовувати всі докази, зібрані слідчим (судовим слідчим), а відповідно до обвинувальної концепції, суд сам повинен прийти до визнання доказів. Можна дійти висновку, що в плані судового процесу це не вносить у нього нічого значного.

Поліцейсько-обвинувальна концепція менш формальна, але контроль обвинувачення більш складний. Не передбачено заперечень обвинувачення, а тільки їх підтвердження (ст. 296 Проекту) зі сторони ради, яка складається із трьох суддів. Таке підтвердження обвинувачення і являє собою «судовий процес» обвинуваченню.

Концепція судового розслідування є певним фільтром щодо захисту прав та свобод людини саме тому, що захищає особу від необґрунтованих підозр і перешкоджає необґрунтованому обвинуваченню. Тому вирішення питань, пов'язаних із позбавленням або обмеженням прав та свобод громадян, мають залишатися в компетенції суду. Прокурор немов міняється «роллю» із слідчим (судовим слідчим) — він

¹ Белтович С. Загальноприйняті юридичні стандарти та пропозиції в КПК. – Белград: Юрид. довідник, № 6/06.

стає суперактивним, а слідчий суддя — більш інертним і має виконувати роль арбітра.

Дії, які здійснює прокурор в цій концепції розслідування, не мають суто судового характеру, тому що прокурор не звертається до суду з позовом і не вступає у процесуально-правові відносини із іншими суб'єктами кримінальних правовідносин. Зібрані докази служать прокурору виключно для обвинувачення та звернення до суду.

Уведенням поліцейсько-слідчої концепції власне процес базується на головному процесі, тому що процес починається саме з моменту пред'явлення обвинувачення уповноваженим прокурором до компетентного суду і закінчується набранням чинності вироком суду.

Можна дійти висновку, що така концепція розслідування стосовно судової концепції може розглядатися як відношення попереднього кримінального процесу до кримінального процесу, який складається із судового розслідування та головного судового розгляду. Обвинувальне розслідування в цьому випадку є адміністративним, кримінальним, але не судовим процесом.

Беручи до уваги той факт, що обвинувальне розслідування не є судово-процесуальною діяльністю, воно не може бути прирівняним до судового процесу з точки зору процесуально-правового значення.

Причини реформи кримінально-процесуального законодавства

Аналізуючи вищезазначені положення, слід дійти висновку, що основні тенденції у сучасній науці кримінального процесу спрямовані на підвищення ефективності судового процесу, але не на шкоду законності судових рішень і не на звуження гарантованих прав та свобод учасників судового процесу.

Новий Кодекс кримінального процесу викликаний нагальною потребою переглянути існуючий порядок ведення судового розгляду кримінальних справ, який часто тягнеться невинувато довго.

Відповідно до Проекту КПК слід дійти висновку, що Чорногорія пішла шляхом імплементації обвинувального розслідування у процесуальне законодавство, але при цьому зберегла специфіку норм національного законодавства. Заміна судового розслідування обвинувальним має свою специфіку, але основним є те, що у національне чорногорське законодавство, що належить до європейської континентальної традиції, вносяться елементи англосаксонської системи.

Слід наголосити на тому, що процес внесення положень англосак-

сонської системи права у континентальну є непростю справою, і підходити до цього процесу виключно механічно неможливо. Слід розуміти, що повністю змінюється система, а тому є необхідним всебічний спеціальний та специфічний науковий аналіз нових рішень та проблем, які виникнуть у процесі застосування нового КПК Чорногорії.

Висновки

Проект КПК Чорногорії являє собою хорошу вихідну базу для подальшого реформування кримінально-процесуального законодавства.

У законодавця, по суті, є два шляхи: або впорядкувати та організувати чинний КПК Чорногорії, уникаючи радикальних заходів, або розпочати розробку абсолютного нового Кодексу із радикальними змінами, у ряді яких була б і нова модель процедури розслідування. Ці два напрями можна і комбінувати, але найгіршим вирішенням цієї проблеми був би поверхово і «наспіх» скомбінований існуючий Кодекс, який належав би до європейського континентального кримінально-процесуального законодавства, за допомогою елементів недостатньо вивчених інновацій англо-американського права. Ні в Чорногорії, ні в інших європейських країнах не розглянуті наслідки введення так званого обвинувального розслідування в існуючий правовий порядок. Залишається не до кінця з'ясованим, які саме конкретні зміни слід внести на випадок переходу до нового виду розслідування і які нові інститути повинні бути розроблені у кримінальному процесі (питання подальшого існування субсидіарного обвинувачення, тобто введення нових інструментів для контролю за обвинуваченням, введення положень про повідомлення щодо доказів розслідування протилежній стороні, внесення доказів досудового розслідування у головний судовий процес, інструменти «розвантаження» головного судового розгляду, техніка складання процесуальних актів тощо).

Ця робота не викликана причинами «транзиційної поспішності», тому що Чорногорія має достойний Кодекс кримінального процесу, який прийнятий всього п'ять років тому, і про який не можна сказати, що він має ідеологічну спрямованість, не відповідає сьогоденним потребам країни та сучасним стандартам. Судове розслідування є легітимним, як і розслідування, що проводиться кожною із сторін. По суті, кардинально змінювати процесуальне законодавство не вимагає ні Конституція Чорногорії, ні міжнародне право,

тому що не існує нагальної потреби експериментувати швидкоруч і невиважено¹.

Вважаємо, що кримінально-процесуальне законодавство Чорногорії узгоджене із сучасними тенденціями сучасного кримінального права і процесу.

Необхідно попередньо ознайомитися із досвідом країн, кодекси яких передбачають обвинувальну концепцію розслідування, провести відповідні дослідження і, таким чином, знайти відповідь на питання, які переваги має обвинувальна концепція перед судовою концепцією розслідування. Слід особливо підкреслити проблеми обвинувальної концепції розслідування, тому що саме вона лежить в основі питання щодо реформування кримінально-процесуального законодавства. Застосування цієї системи вимагає змін інших законодавчих положень, зокрема тих, які стосуються головного судового розгляду, а також ряду інших інститутів як судового розгляду, так і в цілому процесуального законодавства.

На завершення слід вказати, що у процесі прийняття нового КПК Чорногорії слід керуватися ідеєю захисту прав людини і основних свобод, щоб не піти шляхом *Lex citistolerante vult privatum damnum quam publicum malum* — «Закон скоріше допустить страждання людини, аніж держави».

¹ Див.: *Грубач М.* Замітки про Проект Кодексу кримінального судочинства Чорногорії 2008 р. Доповідь. – Будва, 5–7 червня 2008 р. // Чорногорський журнал кримінального права та кримінальної політики. Спецвипуск, 2008. – С. 269.

Приватноправовий контекст німецької кримінально-правової концепції свободи

Актуальність проблеми застосування та взаємодії приватноправових з кримінально-правовими засобами є багатоаспектною. Недостатньо дослідженими є теорія та практика використання засобів приватного права для кримінологічних цілей в рамках окремих наукових концепцій. Між правниками Німеччини і України не набули бажаного поширення наукові дискусії з питань взаємодії та взаємовпливу названих засобів у національних системах права. Підготовка законопроектів, адаптація українського законодавства до законодавства Євросоюзу здійснюються без достатньо широкого обговорення та врахування досвіду, проблем і суперечностей права країн-учасниць ЄС. Разом з тим заклики до «звільнення кримінального права від цивілістичного мислення» (Н.-J. Bruns) не перешкодили зростанню ваги приватноправових засобів у попередженні злочинності¹, традиційно досліджуваної кримінально-правовими галузями. Сказане обґрунтовує необхідність вивчення особливостей, подробиць їх об'єктивно зумовленої взаємодії, зокрема на матеріалах відомих західноєвропейських правових концепцій. Здійснене дослідження змісту, теоретичних основ та середовища функціонування німецької кримінально-правової концепції свободи дає можливість викласти деякі результати.

Професор Франкфуртського університету П.-А. Альбрехт у монографіях, підручниках, статтях, експертних висновках, у ЗМІ та перед різними аудиторіями (вивчалось 27 публікацій та записаних виступів автора) розвиває вчення про свободу. Стан свободи він пов'язує з функціонуванням принципів кримінального права ФРН та кримінального права країн Європи. Зокрема, вимоги до втілення в життя принципу законності науковець як експерт обґрунтував і виклав у Бундестазі² в концепції майбутнього кримінального права об'єднаної

¹ *Мошак Г. Г.* Цивільно-правові аспекти профілактики домашнього насильства у ФРН // Вісн. Акад. прав. наук України. – Х., 2007. – №2 (49). – С. 157–167.

² Deutscher Bundestag: Stellungnahmen der Sachverständigen Kurzfassung: Rechtsausschuss Stellungnahmen der Sachverständigen Stellungnahme Prof. Dr. Peter-Alexis Albrecht. - 22.11.2007 // www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/26_eu_strafrecht/

Європи¹. Основоположною ідеєю кримінального права об'єднаної Європи має бути свобода як спадок доби Просвітництва. Національні та міжнародні правові питання концепції свободи вчений детально розглянув у монографії «Забута свобода: принципи кримінального права в європейській дискусії про безпеку»², в якій аналіз «спеціалізованої кримінально-правової дискусії»³ опирається на філософське вчення І. Канта, висловлювання представників доби Просвітництва. Монографія отримала позитивні рецензії у ФРН⁴, визнана однією з десяти книг року, рекомендованих для читання⁵, у перекладі російською мовою⁶ здобула схвальні відгуки вчених Одеси, Харкова, Києва та Москви за глибину розробки проблеми та оригінальність поглядів автора.

Вирішальним чинником неналежного стану свободи професор П.-А. Альбрехт вважає недодержання принципів сучасного кримінального права правової держави, зміцнення безпеки за рахунок свободи шляхом використання кримінально-правових засобів (незважаючи на те, що кримінальне право самостійно не в змозі забезпечити безпеку)⁷, «приватизацію» кримінального права, «приватизацію суверенних засобів влади»⁸. «Приватизацією» кримінального права та кримінального процесу вчений вважає передачу приватним службам безпеки публічних функцій держави⁹ за додержанням правопорядку (в громадських місцях, у місцях паркування), попередження конфліктів, викриття безбілетних пасажирів; передачу приватним службам безпеки функцій розслідування, а поліції — прав призначати зі згоди Федеральної судової палати приватну особу для проведення розслідування¹⁰;

¹ Albrecht P.-A. Europäischer Strafrechtsraum: ein Albtraum? / P.-A. Albrecht In: Zeitschrift für Rechtspolitik 37 (2004), 1. – S. 1–4.

² Albrecht, P.-A. Die vergessene Freiheit – Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte – Berlin, 2003. – 187 s.

³ Ibid. – S. 11.

⁴ Vogel J. Peter-Alexis Albrecht: Die vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte. – 18. April 2003 JZ Juristischen Zeitung № 8. – S. 31.

⁵ Die vergessene Freiheit – Eines der juristischen Bücher des Jahres' 2004/ Leseempfehlung aus NJW 2004, Heft 48, 3466.

⁶ Альбрехт П.-А. Забытая свобода — принципы уголовного права в европейской дискуссии о безопасности / пер. з нем. яз. на рус. яз. и предисл. Г. Г. Мошак. – Одесса, 2006. – 160 с.

⁷ Albrecht, P.-A. Die vergessene Freiheit – Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte – Berlin, 2003. – S. 168.

⁸ Ibid. – S. 111.

⁹ Ibid. – S. 108, 111.

¹⁰ Ibid. – S. 109.

дедалі більше набуття приватними особами самостійності в кримінальному процесі¹; розширення прав потерпілих у питаннях припинення кримінального переслідування шляхом досягнення угод зі звинувачуваними, яке дестабілізує кримінальний процес, перетворює застосування кримінального права в економічно абсурдне; укладення угоди між слідством та звинувачуваним, що прискорює завершення слідства та надає певні пільги звинувачуваному; передачу окремих функцій виконання покарання у приватні руки та будівництво приватними компаніями місць позбавлення волі².

Професор П.-А. Альбрехт вважає, що дедалі більше віддаляючись від зростаючої кількості ситуацій ризику, відмовляючись від впливу, держава дозволяє домінувати приватним інтересам та впливам. Кримінальне право розвивається в напрямі «деліктів безпеки»³. Здійснюється приватизація суверенних прав підтримки влади⁴. Вчений закликає: «Геть від приватного судочинства»⁵. Наведені висловлювання створюють враження про намір відсторонити приватноправові засоби від взаємодії і засобами кримінального права і кримінального процесу, а отже, від спільного забезпечення умов функціонування свободи.

Незгоду із застосуванням приватноправових засобів в кримінальному праві та кримінальному процесі професор П.-А. Альбрехт мотивує тим, що розподіл безпеки в такому разі стає нерівномірним, тому несправедливим та неправим, безпека все більше може ставати селективною. Тоді як мета кримінального права — обмежувати владу держави, реагувати на всі неправомірні порушення, забезпечувати свободу. Кримінальне право не повинно бути засобом управління державою⁶. Заперечуючи проти «приватизації» кримінального права, професор П.-А. Альбрехт разом з тим, у принципі, не проти застосування засобів приватного права в боротьбі зі злочинністю, оскільки приватне право здатне сприяти порозумінню між людьми, тоді як кримінальне право ситуацію «скандалізує»⁷.

¹ Albrecht, P.-A. Die vergessene Freiheit – Strafrechtssprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte – Berlin, 2003. – S. 108–110

² Ibid. – S. 111–112.

³ Ibid. – S. 76–77.

⁴ Ibid. – S. 108.

⁵ Ibid. – S. 106.

⁶ Ibid. – S. 169.

⁷ Мошак Г. Г. Германская модель частноправовой профилактики / Предисл. П. А. Альбрехта. – Одесса, 2005. – С. 5–6.

Міркування про існуючі у ФРН загрози свободі вчений розвинув у третьому виданні підручника «Кримінологія»¹, розглянувши окремі прояви злочинності та систему юстиції в боротьбі з ними². У «Кримінології» також критикується «приватизація» кримінального права, хоча стіна між цивільним та кримінальним правом не зводиться.

Професор П.-А. Альбрехт, як і представник доби Просвітництва Т. Гоббс, вважає джерелом свободи суспільний договір держави та народу³. У зв'язку зі зміною суспільних умов Альбрехт звертає увагу на необхідність нового суспільного договору, який би відповідав умовам життя людей, забезпечував би недоторканність свободи⁴. Проте слід мати на увазі, що договір як інструмент регулювання суспільних відносин найбільш властивий німецькому цивільному праву, свобода договору є його принципом⁵, що водночас не виключає можливості використання договору як правового інструмента публічним правом, зокрема в міждержавних відносинах чи в новому суспільному договорі.

В іншому висловлюванні, коментуючи для 1-го каналу німецького телебачення правову сторону сумнівних угод з нерухомістю, професор П.-А. Альбрехт звертає увагу на ймовірну причетність банків у вигляді кримінальної «класичної співучасті»⁶. Зосередження та виділення перш за все кримінально-правових ознак переважно приватноправового явища — угоди з нерухомістю — свідчать про специфіку його «фокусу сприйняття», яке може залишати поза увагою приватноправові сторони досліджуваного об'єкта, зокрема в складному та багатогранному феномені свободи.

Професор П.-А. Альбрехт обґрунтовує кримінально-правову концепцію свободи посиланнями на «Метафізику моральності» І. Канта⁷. Використання в монографії «Забута свобода» висловлювань І. Канта

¹ Albrecht, P.-A. Kriminologie. 3. Auflage. -Verlag C.H. Beck. – München, 2005. – 374 s.

² На відміну від інших німецьких видань, наприклад від «Кримінології» Б.-Д. Майера, в якій аналізується феномен злочинності як основний об'єкт дослідження.

³ Albrecht, P.-A. Kriminologie. 3. Auflage. – Verlag C.H. Beck. – München, 2005. – S. 95.

⁴ Ibid. – S. 100.

⁵ http://beckmann.jura.uni-saarland.de/veranstaltungen/recht-b/ss_2008/2_II_prinzipien_zivilrecht.pdf

⁶ www.swr.de, www.ard.de 19.03.2007, 21.45 Uhr, Report Mainz, Das Erste

⁷ Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken Bände und Verknüpfungen zu den Inhaltsverzeichnissen // <http://www.ikp.uni-bonn.de>

не тільки переконує в існуванні авторитетного філософського теоретичного підґрунтя кримінально-правової концепції свободи, а й надає підстави для дослідження її приватноправових граней. Вивчення за першоджерелом використаних професором П.-А. Альбрехтом слів І. Канта про свободу як «незалежність від примушуючого свавілля іншого»¹ показує, що це визначення є тільки початком відповідної частини тексту. У названому виданні роботи в цитованому абзаці І. Кант разом з терміном «свобода» вживає терміни «рівність» та «незалежність», вказуючи, що природжена рівність, тобто незалежність, полягає в тому, що інші не можуть зобов'язати кого-небудь до більшого, ніж те, до чого він зі свого боку може їх зобов'язати². Думки І. Канта щодо свободи, рівності та незалежності висловлені в загальних положеннях про право «Метафізики моральності». У подальшому приватноправові питання свободи на 65 сторінках «Метафізики моральності» конкретизуються ним при розгляді окремих інститутів приватного права на прикладах тодішнього життя³.

Професор П.-А. Альбрехт цитує слова І. Канта щодо суспільного договору та необхідності покладати в основу не союз держав, а свободу індивіда, і солідаризується з І. Кантом у тому, що «торговий дух», правові угоди банків та великих концернів, які здійснюються за ними ж створеними правилами, ними ж створеному «недержаному законодавству» можуть бути гарантією миру⁴. Підкреслюючи значення суспільного договору, «торгового духу», угод та «недержаного законодавства», Альбрехт у даному випадку визнає позитивну роль приватноправових засобів у попередженні конфліктів.

У цитованій науковцем праці «Метафізика моральності» І. Кант вказує як на кримінально-правові, так і на приватноправові складові свободи. Зокрема, у праві користування І. Кант виділяв користування річчю, підкреслюючи, що воно виключає всі інші домагання, ... воно здійснюється згідно з законом зовнішньої свободи⁵. І. Кант визначав, що набуття права «на моє» здійснюється, коли річ перебуває в моєму володінні згідно з законом зовнішньої свободи; річ, яку я маю у своїй

¹ Albrecht, P.-A. Die vergessene Freiheit. – Strafrechtssprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte. – Berlin, 2003. – S. 20.

² Kant I: AA VI, Die Metaphysik der Sitten. – S. 237 // www.ikp.uni-bonn.de/kant

³ Ibid. – S. 243–308 // www.ikp.uni-bonn.de/kant

⁴ Albrecht, P.-A. Die vergessene Freiheit. – Strafrechtssprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte – Berlin, 2003. – S. 27.

⁵ Kant I: AA VI, Die Metaphysik der Sitten. – S. 256–258 // www.ikp.uni-bonn.de/kant

владі, є моєю, тому що моя воля не суперечить закону зовнішньої свободи¹.

Розглядаючи проблему первинного набуття права, І. Кант вважав перепоною захоплення чужої речі свободу інших. Правовим актом первинного набуття, вступом у володіння він назвав заяву про тримання тілесної речі, що має узгоджуватися із законом зовнішньої свободи кожного². Надання І. Кантом переваги приватному праву та його засобам перед публічним правом ґрунтується на близькості галузі до життєвих потреб людей. І. Кант визначає місце та формулює положення публічного права³ лише після розгляду загальних положень про право та після аналізу основних проблем приватного права і розгляду його окремих складових — речового права⁴, особистого права⁵, договорів дарування⁶, позики⁷ тощо. Аналізуючи поняття права та справедливості, І. Кант пропонував кожне правове питання вирішувати на основі цивільного права⁸. Із вчення І. Канта випливає, що приватне право є абсолютною основою свободи особистості, засобом індивідуалізації суб'єкта в соціумі. Саме приватне право втілює неперервність людської цивілізації, доказами чого є рецепція римського приватного права та еволюція цивілістичної доктрини в європейській традиції права.

Ідеї «Метафізики моральності» І. Канта відносно приватноправових та публічно-правових аспектів свободи не є істиною в останній інстанції і не спрямовані на перегляд усталених поглядів в українській правовій науці. Висловлювання інших дослідників — І. Берліна⁹, Е. Фромма¹⁰ — містять чимало критичних оцінок свободи. Різнострамовані думки (І. Канта також) цінні конкретними деталями та часо-

¹ Kant: AA VI, Die Metaphysik der Sitten Kant. – S. 253–254.

² Ibid. – S. 263–265.

³ Ibid. – S. 309–372.

⁴ Ibid. – S. 260.

⁵ Ibid. – S. 271, 276.

⁶ Ibid. – S. 297.

⁷ Ibid. – S. 298.

⁸ Der Sinnspruch (*dictum*) der Billigkeit ist nun zwar: «Das strengste Recht ist das größte Unrecht» (*summum ius summa iniuria*); aber diesem Übel ist auf dem Wege Rechtens nicht abzuhelfen, ob es gleich eine Rechtsforderung betrifft, weil diese für das Gewissensgericht (*forum poli*) allein gehört, dagegen jede Frage Rechtens vor das bürgerliche Recht (*forum soli*) gezogen werden muß / Kant: AA VI, Die Metaphysik der Sitten. – S. 235 // <http://www.ikr.uni-bonn.de/kant>

⁹ Берлин И. Две концепции свободы // Современный либерализм. – М., 1998. – С. 19–43.

¹⁰ Е. Фромм. Бегство от свободы (Erich Fromm, Die Furcht vor der Freiheit (1941). München, 2000. – S. 24–28.

вими особливостями бачення проблеми. Екстраполяція висловлювань дослідників минулого на сучасні умови, застосування їх рекомендацій унеможлиблюється вже зміненими суттєвими ознаками та умовами існування свободи, а також радикалізмом попередників. Якщо слідувати І. Канту, то сьогоденних насильників та гомосексуалістів необхідно каструвати, а зоофілів навечно виганяти із громадянського суспільства¹, що проблематично в Європі, яка об'єднується.

У минулому та сучасному цивільному праві Німеччини дослідники знаходять чимало «карних» елементів², використовуваних кримінальним правом. Критичних зауважень цивілістів з цього приводу в німецьких джерелах не знайдено. Численні випадки заперечень застосування цивільно-правових засобів у кримінально-правових галузях мають переважно кримінально-правове та кримінологічне походження³. До найбільш помітних своєю нетерпимістю, витриманою

¹ Kant: AA VI, Die Metaphysik der Sitten. ... , S. 363 (Wie wird es aber mit den Strafen gehalten werden, die keine Erwidderung zulassen, weil diese entweder an sich unmöglich, oder selbst ein strafbares Verbrechen an der Menschheit überhaupt sein würden, wie z. B. das der Nothzüchtigung imgleichen das der Päderastie, oder Bestialität? Die beiden ersteren durch Castration (entweder wie eines weißen oder schwarzen Verschnittenen im Serail), das letztere durch Ausstoßung aus der bürgerlichen Gesellschaft auf immer, weil er sich selbst der menschlichen unwürdig gemacht hat).

² Ebert I. Pönale Elemente im deutschen Privatrecht: Von der Renaissance der Privatstrafe im Deutschen recht. Veröffentlicht von Mohr Siebeck, 2004. – S. 664.

³ Eser, Albin: Funktionswandel strafrechtlicher Prozeßmaximen: Auf dem Weg zur «Reprivatisierung des Strafverfahrens? In: Kroeschell, Karl (Hrsg.): Recht und Verfahren. Heidelberg. – 1993, 21–53; Großfeld, Bernhard : Die Privatstrafe: Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Frankfurt a. M. 1961; Kürzinger, Josef : Private Strafanzeige und polizeiliche Reaktion. Berlin u.a. 1978; Pelikan, Christa / Stangl, Wolfgang: Private Gewalt: Das Strafrecht, die Konfliktregelung und die Macht der Frauen. In: Hamerschick, Walter; Pelikan, Christa; Ponschat, Reiner : Anwaltliche Schlichtung – Privatisierung der Justiz, Interessenwahrnehmung oder Parteiverrat? Anwaltsblatt 1993, 430.; Rosellen, Richard: Soziale Kontrolle durch Anzeigerstattung: Eine empirische Untersuchung zu den situativen Bedingungen, Motiven und Zielen privater Strafanzeigen. In: Kerner, Hans-Jürgen; Kury, Helmut; Sessar, Klaus (Hrsg.): Deutsche Forschungen zur Kriminalitätentstehung und Kriminalitätskontrolle. Band 6/2. Köln u.a. 1983, 798–822; Spieker, Gabi / Lerche, Wolfgang: Täter-Opfer-Ausgleich in Hamburg. Von der mühsamen Implementation eines wichtigen kriminalpolitischen Instruments. Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, 1999, 320–324; Stehr, Johannes : Verhandeln und Mobilisierung von Privatrecht im Rahmen alltäglicher Konfliktverarbeitung. Kriminalsoziologische Bibliographie, 1989, 32–49; Stratenwerth, Günter: Zum Verhältnis von Privatrecht, öffentlichem Recht und Strafrecht. In: Privatrecht – Öffentliches Recht – Strafrecht. Grenzen und Grenzüberschreitungen. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, hrsg. von der Juristischen Fakultät der Universität Basel. Basel, Frankfurt a. M., 415–429; Stempel, Dieter: Anwaltliche Schlichtung – Privatisierung der Justiz, Interessenwahrnehmung oder Parteiverrat. Anwaltsblatt 1993, 435; Eder, Klaus : Die Zivilisierung staatlicher Gewalt. Eine Theorie der modernen

в душі націонал-соціалізму, належить дисертаційна робота Х.-Ю. Брунса «Звільнення кримінального права від цивілістичного мислення», захищена в 1938 р. Здійснювати «звільнення» він вимагав шляхом заміни юридичних конструкцій та кримінально-правових приписів на здорові народні відчуття як вищі директиви¹.

Концепція професора П.-А. Альбрехта (згідно з якою безпека розвивається за рахунок свободи) з метою виявлення збігів і відмінностей зіставлялася з концепцією свободи правлячої у ФРН партії — Християнсько-демократичного союзу (ХДС)². Концепція свободи ХДС своєрідно поєднує свободу та безпеку, не виключає використання засобів приватного права. У програмі партії (під заголовком «Свобода та безпека», прийнята 21 з'їздом ХДС 3–4 грудня 2007 р.)³ надається майже рівне значення як публічно-правовим, так і приватноправовим засобам, свободі і безпеці. Програма містить 369 пунктів, 35 з яких стосуються безпеки, у 49 пунктах йдеться про свободу та вільний розвиток особистості. Переважно приватноправовий зміст мають шість пунктів, що стосуються власності, а також 34 пункти щодо сім'ї і 19 пунктів відносно гідності людини. Засоби приватного права для досягнення публічних партійних цілей використовуються в Програмі без застережень та обмежень.

Публічна дискусія, проведена у січні 2008 р. у рамках 2-х Берлінських дебатів про безпеку на тему «Скільки безпеки витримає свобода?»⁴, у ході якої обґрунтовувалося співвідношення свободи і безпеки та засобів їх забезпечення, ще раз показала посилену увагу юрис-

Strafrechtsentwicklung. In: Neidhardt, F. u.a. (Hrsg.): Kultur und Gesellschaft. Opladen 1986, 232–262; Frehsee, Detlev: Verhaltenskontrolle zwischen Strafrecht und Zivilrecht. Kriminologisches Journal 18, 1986, 105–114.; Gropp, Stephanie: Stalking – Braucht die Polizei strafrechtliche Sondertatbestände, um zu intervenieren? Oder: Wie effektiv ist das zivilrechtliche Gewaltschutzgesetz? Neue Kriminalpolitik 14, Heft 3, 2002, 112–115; Kuhlen, Lothar: Strafrechtliche Grenzen der zivilrechtlichen Deliktshaftung Minderjähriger? Juristenzeitung 1990, 273–279.; Micklej, Angela: Konflikte zivil bearbeiten – Ausbildung auf verschiedenen Ebenen. Konsens 2, 6, 1999, 362–366.; Stangl, Wolfgang: Über Unterschiede und Gemeinsamkeiten von Zivil- und Strafrecht. Kriminalsoziologische Bibliographie 17, Heft 66/67, 1990, 3–20; Stratenwerth, Günter: Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam. In: Oswald, Hans (Hrsg.): Macht und Recht. Festschrift für Heinrich Popitz. Opladen 1990, 257–267.

¹ Bruns, H.-J. Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken. – Berlin, 1938; Müller-Dietz, Heinz: Zur Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken – am Beispiel der Schadenswiedergutmachung (§ 56b II Nr. 1 StGB). In: Jahr, Günther (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz. Köln 1987, 253–269.

² Головою ХДС є канцлер ФРН пані А. Меркель. ХДС діє в коаліції з ХСС.

³ www.grundsatzprogramm.cdu.de

⁴ www.berliner-sicherheitsgespraeche.org

тів та політиків до проблеми. Вона надала можливість переконатися¹, що загрози свободі, викладені професором П.-А Альбрехтом, хвилюють учасників (службовців кримінальних служб, Фонду попередження злочинності та інших присутніх) набагато більше, ніж факти та цифри щодо необхідності посилення безпеки його опонента — заступника голови парламентської фракції ХДС\ХСС в Бундестазі пана В. Босбаха². Високий рівень учасників дискусії (високопосадовці, декілька депутатів Бундестагу) та офіційність її проведення — у берлінському Представництві Баварії — засвідчують важливість цього питання для німецького суспільства і актуальність подальшого дослідження багатогранної, міждисциплінарної проблеми свободи та розробки адекватних сучасній ситуації правових засобів її забезпечення³. Проблема залишилася невичерпаною, через півроку після цих дебатів пан В. Босбах у публікації на його офіційному веб-сайті ще раз наполягав на відсутності протиріч між свободою та безпекою⁴.

Правляча партія, органи виконавчої влади разом із Міністерством юстиції ФРН⁵ є поборниками дотримання певного балансу між свободою та безпекою, який не вбачає порушень свободи. Збалансовано використовуючи публічно-правові та приватноправові засоби, державі вдається об'єднувати свободу та безпеку, оскільки її метою є свобода, стверджує Голова конституційного суду ФРН професор Х.-Ю. Папір у газеті «Die Welt»⁶ та доповідях⁷.

Результати аналізу Другої періодичної доповіді про безпеку Уряду ФРН⁸, допуск у ФРН приватних фірм до здійснення публічно-правових функцій, надання ними як поліцейських, так і військових послуг⁹, збільшення Урядом ФРН у жовтні 2008 р. розміру штрафу відносно

¹ www.osmu.odessa.ua/inp

² W. Bosbach ist ein deutscher Politiker (CDU) <http://de.wikipedia.org>

³ <http://www.cop2cop.de/>

⁴ Bosbach W. Freiheit und Sicherheit kein Widerspruch // <http://wobo.de/home/nachrichten/freiheit-und-sicherheit-kein-widerspruch/?searchterm=freiheit>

⁵ Zypries, B. Balance zwischen Freiheit und Sicherheit bei Terrorismusbekämpfung wahren // www.bmj.de

⁶ Papier, H.-J. Wie der Staat Freiheit und Sicherheit vereint; Der Zweck des Staates ist die Freiheit // www.welt.de

⁷ Papier, H.-J. Freiheit versus Sicherheit -Die schwierige Balance zwischen Freiheit und Sicherheit in Zeiten des Terrorismus Vortrag anlässlich der gemeinsamen Abendveranstaltung des Rheinischen Merkur und der Katholischen Akademie Berlin am 10.12.2007 in Berlin; *Sicherheit versus Freiheit* – eine schwierige Balance in Zeiten des Terrorismus // www.elsa-berlin.de; <http://log.handakte.de/9717/freiheit-vs-sicherheit-prof-dr-hans-jurgen-papier/>

⁸ www.bmj.bund.de/files/-/1481/PSB.pdf

⁹ www.ardmediathek.de

злочинців з великими доходами (який планується визначати виходячи з одноденного заробітку в розмірі до 20 000 євро замість існуючого заробітку до 5000 євро в день)¹, а також численні інші зібрані факти свідчать про системне та зростаюче використання арсеналу приватноправових засобів у боротьбі зі злочинністю, долучення до вже застосовуваних засобів приватного права² все більше подібних нових. Діями правлячої партії, органів виконавчої та судової влади у ФРН забезпечується правове середовище функціонування свободи, у структурі якого засоби приватного права займають належне місце. Сукупність засобів приватного права утворює не тільки контекст, а є важливою складовою забезпечення функціонування кримінально-правової концепції свободи.

Присутність приватноправових засобів у змісті, у філософському підґрунті і середовищі функціонування кримінально-правової концепції свободи професора П.-А. Альбрехта об'єктивно зумовлена багатоаспектністю свободи; її політично-філософські, математичні, історико-комунальні прояви, індивідуальна, колективна, внутрішня, зовнішня, особиста, суверенна, громадянська свобода, її інші грані й нюанси, детально описані в німецькомовній енциклопедії «Вікіпедія»³, примушують дослідників виходити за рамки кримінально-правової теорії при поясненні сутності, механізму її дії. Залучення наук приватноправових галузей для вивчення контексту кримінально-правових концепцій і таких феноменів, як свобода, сприяє активізації резервів, розширенню меж і сили впливу на протиправну поведінку об'єднаних потенціалів цивільного та кримінального права, розвитку міжгалузевих зв'язків і підготовці несуперечливих законопроектів.

Публікації, наукові конференції і публічні дискусії, інші суспільні події у ФРН і деяких країнах, зумовлені концепцією професора П.-А. Альбрехта, засвідчують її спроможність бути основою та стимулом подальших наукових пошуків.

¹ Mehr Gerechtigkeit: Künftig höhere Geldstrafen für Spitzenverdiener [http://www.bmj.bund.de/enid/newsletter/October 15, 2008 12:11 PM](http://www.bmj.bund.de/enid/newsletter/October%2015,2008%2012:11%20PM)

² Zivilrechtsübereinkommen über Korruption Straßburg, 4.XI.1999 (Bereinigte Übersetzung zwischen Deutschland, Österreich und der Schweiz abgestimmte Fassung) <http://conventions.coe.int/Treaty/GER/Treaties/Html/174.htm>

³ www.wikipedia.de

О. Дашковська, доктор юридичних наук,
доцент Національної юридичної академії
України імені Ярослава Мудрого

Законодавче забезпечення прав жінки в США другої половини ХХ ст.

Багато дослідників правового становища жінки вважають, що державні відомства нездатні забезпечити ефективні зміни у тих структурах влади, де переважають чоловіки. Втім досвід США, навіть за умов ліберально орієнтованої ринкової економіки, свідчить, що державні установи можуть не тільки сприяти змінам, але й ініціювати реформування суспільно-політичних відносин у напрямі впровадження гендерної рівності в американське суспільство.

Послідовна законодавча політика, націлена на створення рівних можливостей для жінок на ринку праці, стимулювала зміни в соціально-економічному просторі та поведінці жінок. Винятково важливе значення для розвитку законодавчої бази у сфері правового регулювання трудових відносин мав закон США «Про громадянські права» 1964 р., який сприяв ліквідації нерівності при прийнятті на роботу¹. Зокрема, ст. VII чітко визначала всі аспекти трудових відносин — від приймання на роботу до звільнення, включаючи просування по службі, надання допомоги усіх видів, проведення перепідготовки і професійного навчання. У 1972 р. закон був доповнений положеннями, що поширювали його вплив на кадровий склад федерального і місцевого апаратів органів виконавчої влади. Комісією з рівних можливостей були розроблені й опубліковані інструкції, в яких визначалося поняття дискримінації за ознакою статі, що у свою чергу спростило звернення жінок до суду. Зокрема, чимало страхових компаній вимагали від жінок сплати великих щомісячних внесків за страховий пенсійний поліс на підставі того, що їх очікувана тривалість життя довша ніж у чоловіків. Тому Верховний суд США у 1978 р. визнав цю практику дискримінаційною за ознакою статі і такою, що порушує ст. VII Закону про громадянські права 1964 р. До того ж Верховний суд США використав цю статтю і при винесенні рішення про незаконність дій роботодавців,

¹The American Woman. 1988–1989. A Status Report. Edited by Sara E. Rix for the Women's Research & Education Institute. W. W. Norton Company. New York. London. 1989. P. 53–54, 61–62.

які надавали жінкам меншу за чоловіків допомогу для забезпечення пенсійної страховки¹.

Доповненням ст. VII Закону про громадянські права 1964 р. став Закон про громадянські права 1991 р., який визнав протиправними акти сексуальних домагань щодо жінок на роботі. Жінки набули право звертатися до суду за відшкодуванням шкоди, яка завдана внаслідок сексуальних домагань, для чого достатньо довести, що жінка зазнала агресивних або таких, що принижують її гідність, дій з боку працівника або начальника. Комісія з рівних можливостей видала відповідні інструкції, в яких визначила зміст «сексуальних домагань» на робочому місці. За допомогою Комісії була спрощена і процедура звернення жінок до суду. А керівництво американського профспілкового центру розпочало кампанію за включення в колективні договори положень, що зобов'язують роботодавців уживати спеціальних заходів із захисту робітниць від домагань з боку чоловіків-працівників, і що особливо важливо — від домагань з боку чоловіків-начальників.

Закон про рівність у житловому будівництві 1968 р. забороняв дискримінацію за ознакою статі при продажу, оренді, фінансуванні або кредитуванні житлового будівництва. У 1974 р. він був доповнений чітко сформульованими положеннями, в яких указувалося, що використання статевої ознаки як підстави для будь-якого обмеження прав при господарській діяльності є незаконним і підлягає судовому переслідуванню.

Закон про рівні можливості при кредитуванні 1975 р. визначив лінію американського законодавства щодо розробки конкретних напрямів подолання дискримінаційної практики стосовно жінок у сфері економічних відносин. Цей закон був спрямований на ліквідацію дискримінації за ознакою статі або сімейного становища при одержанні кредитів. Для реалізації положень цього закону були створені спеціальні виконавчі підрозділи, які приділяли особливу увагу перевірці скарг від жінок.

Закон про податкову реформу 1976 р. санкціонував уведення індивідуальних пенсійних рахунків для непрацюючих чоловік і жінок та полегшив податковий тягар для вдів. Закон про податки та економічне оздоровлення 1981 р. зменшив податковий тягар для подружньої пари, яка виплачувала податки, що в сукупності перевищували індивідуаль-

¹The American Woman. 1988–1989. A Status Report. Edited by Sara E. Rix for the Women's Research & Education Institute. W. W. Norton Company. New York. London. 1989. P. 252–257.

ні виплати. Крім того, законом були скасовані податки при передачі майна від одного подружжя іншому, збільшені розміри індивідуальних пенсійних рахунків чоловіка і жінки, збільшені податкові кредити для працюючих платників податків у разі догляду за утриманцями. Був заснований новий вид податкових пільг, що мав назву «Програма медичної допомоги утриманцям». Звільнялися від оподаткування суми, витрачені роботодавцем на утримання дитячих установ, організацію медичних послуг, виплати на особисті пенсійні рахунки.

Закон про рівність пенсійного забезпечення 1984 р. усунув багато перешкод, що заважали жінкам заробити власну пенсію й одержувати пенсійний дохід після розлучення або у разі смерті чоловіка. Закон заборонив існуючу практику, за якою переривання стажу працюючою жінкою, яка виховує малолітніх дітей, позбавляло її права на одержання пенсії. Закон наділяв жінок правом збереження пенсійного кредиту в разі переривання стажу протягом п'яти років. Законодавчий акт містив положення про захист пенсійних доходів жінок, які овдовіли або розлучилися. Насамперед указувалося, що всі одружені особи наділяються особистими пенсійними рахунками. Дуже важлива обставина укладалася в застереженні, що особа може відмовитися від права на пенсійну допомогу на користь іншого з подружжя, шляхом письмової заяви. Закон санкціонував право чоловіка і жінки відповідно до судового рішення знімати з пенсійних рахунків кошти на утримання дітей або одного з подружжя.

Закон про дискримінацію, яка пов'язана з вагітністю, і Закон про введення податкових пільг 1978 р. були прийняті в межах програми соціального захисту жінок і передбачали стимулюючі економічні методи впливу на розвиток мережі приватних дитячих дошкільних установ і створення прямих федеральних фондів, кошти яких повинні йти на розвиток дитячих установ для незаможних родин. Федеральний уряд, усвідомлюючи об'єктивну потребу в жіночій робочій силі на ринку праці, де переважали працюючі матері, проводив пропагандистську кампанію з метою привернути громадську увагу до проблем нестачі дитячих установ, у результаті чого були надані податкові кредити для розвитку мережі дитячих установ.

Особливе місце належить законодавству, що визначало рівні можливості чоловіків і жінок у здобутті освіти. Якісна освіта передбачає подальше забезпечення особи високооплачуваною роботою. Тому здобуття вищої освіти набуло принципового значення в процесі забезпечення гендерної рівності в суспільстві. І в цій сфері в США відпо-

відно до ст. IX Поправки до Закону про освіту 1972 р. була заборонена дискримінація за ознакою статі в галузі освіти. У межах цього закону була запроваджена спеціальна програма по забезпеченню рівності жінок на всіх рівнях освіти — від дошкільної до професійної перепідготовки фахівців. Пізніше цей закон був доповнений поправками про гранти і субсидії для малозабезпечених студентів, які вирішили присвятити свій час вивченню інженерно-технічних наук і міжнародних відносин у вищих навчальних закладах. Режим найбільшого сприяння був наданий жінкам.

Закон про федеральну освіту 1975 р. з поправками 1978 р. забезпечував набуття середньої освіти і професійних навичок особами, які не були задіяні на ринку праці, оскільки не мали відповідної кваліфікації, більшість з яких становили жінки. Основним завданням ст. 11 Доповнень до Закону про професійну освіту було руйнування гендерних стереотипів про так звані традиційно «чоловічі» і «жіночі» професії. Федеральний уряд виділяв кошти штатам для організації центрів з професійної підготовки жінок — домашніх господарок. Важливо зазначити, що законом санкціонувалося створення в кожному штаті посади «координатора з питань рівності статей», на якого покладалася відповідальність за реалізацію цього закону. І вже з середини 80-х рр. ХХ ст. більше половини студентів вищих навчальних закладів у США становили жінки. Усі федеральні агентства і відомства, відповідальні за розвиток науки і техніки, мали спеціальні програми із просування жінок на тих факультетах, що традиційно вважалися «чоловічими» — математичному, хімічному, медичному, юридичному, управлінню і бізнесу тощо.

Фонд національної науки заснував дві спеціальні програми — «Професура для жінок» і «Гранти дослідницьких можливостей для жінок», завдяки яким жінки-вчені могли одержати субсидії для проведення необхідних досліджень і підвищення професіоналізму в академічних інститутах США. Зайнятість жінок у науці і серед інженерно-технічних працівників помітно збільшилася.

У 80-ті рр. ХХ ст. була проведена тотальна перевірка законодавства США, для того щоб виявити законодавчі акти, в яких існували положення дискримінаційного характеру. У результаті чимало законів та інструкцій були доповнені поправками, що знімають дискримінаційні ознаки. У 1986 р. Генеральним прокурором США були переглянуті федеральні закони, інструкції, практика застосування законодавчих положень, яка допускала нерівність за статевою ознакою.

У 1990 р. Конгрес США прийняв закон, відповідно до якого роботодавці, на підприємствах яких зайнято 50 і більше осіб, повинні надавати неоплачувану відпустку працівникам, які мають немовлят, нещодавно усиновлених або хворих дітей, або у випадку серйозного захворювання подружжя, батьків чи самого працівника терміном на 12 тижнів протягом року. Відповідно до цього законопроекту, працівникам гарантувалося збереження робочого місця і відновлення на посаді. Установлювався мінімальний стаж — 1 тис. робочих годин протягом року — для набуття права, гарантованого даним законом¹.

Одним із перших законодавчих актів, підписаних президентом Клінтоном на виконання своїх передвиборних зобов'язань, був Закон про сімейну і медичну відпустку 1993 р. Його вплив поширювався на 67 млн працівників, що становили понад 50 % від усієї робочої сили країни. Цей крок мав продемонструвати американцям, що президент, за якого вони віддали свої голоси, виконує свої обіцянки і піклується про сімейні цінності.

Відповідно до Закону про реформу соціальної допомоги 1996 р. надання соціальної допомоги готівкою вважалося неприйнятним. Одинокі матері, які одержують допомогу, повинні знайти роботу для забезпечення своєї родини, а термін державних виплат і пільг скоротився до 5 років. Причому держава почасти знімає із себе турботу про бідних і перекладає відповідальність за це на уряди 50 штатів. Федеральний уряд відраховує певні суми і стежить за виконанням соціальних програм.

Конгрес США прийняв закони, які забороняли дискримінацію за ознакою статі в оплаті праці, що неминуче привело до скорочення розриву в зарплаті чоловіків і жінок. Закон про програму розвитку індивідуальних рахунків 1996 р., підписаний президентом Клінтоном як демонстраційний проект вартістю в 125 млн доларів, був розрахований на п'ять років і передбачав надання допомоги категоріям населення з низьким рівнем доходу для акумуляції коштів з метою покупки першого власного будинку, здобуття вищої освіти або початку власної справи. Враховуючи, що до низькооплачуваних категорій робітників належать насамперед жінки, даний законодавчий акт мав

¹ US Congress House. Hearing on H. Я 2. the Family and Medical Leave Fact of 1991. 102 Congress, 1-st Session. Washington, US Govt Print. Off, 1991; CRS Issue Brief. Parental Leave Legislation. Updated October 1, 1992. Congressional Research Service. The Library of The USA Congress. 1992; President Clinton and Vice President Gore. (Title) Supporting Women and Families (WH/html/helpdsk.html) 01.19.1999.

велике значення для поліпшення соціально-економічного становища саме жінок¹.

Вражаючий характер завоювань американок у напрямі забезпечення гендерної рівності в суспільстві за відносно короткий історичний період не знімає з порядку денного багато невіршених проблем. І це пов'язано насамперед з Поправкою до Конституції США про політичну рівність жінок, яка була вперше подана до Конгресу ще в 1923 р., але заблокована штатами на етапі ратифікації. Їй не вистачило голосів трьох штатів до 2/3, необхідних для її проходження. Тому ратифікація поправки залишається історичним завданням сучасного американського суспільства.

США дотепер не ратифікували Конвенцію ООН «Про ліквідацію усіх форм дискримінації щодо жінок». Це єдина індустріально розвинута демократична держава, яка ще не визнала Конвенцію, і це ставить її в ряд з такими країнами, як Судан і Афганістан². Конвенція зобов'язує країни, що її підписали, уживати заходів щодо забезпечення рівноправного розвитку і просування жінок з усіх громадянських, політичних, економічних і культурних напрямів. Разом з тим з гострих проблем правового становища жінок у США були розроблені і набули гласності плани подолання кризових ситуацій, прийняті нові закони і проведені комплексні перевірки законодавства з метою виявлення тих законодавчих актів, в яких містяться дискримінаційні положення. У результаті чимало законів та інструкцій були доповнені поправками.

На початку третього тисячоліття Конгрес США продовжує залишатися ареною боротьби за розширення й уточнення законодавства про правове становище жінок з метою забезпечення гендерної рівності і справедливості в суспільстві.

¹ President Clinton and Vice President Gore. (Title) Supporting Women and Families< (/WH/html/helpdsk.html» > 01.19.1999.

² Див.: Мельник Т. Міжнародний досвід гендерних перетворень. – К., 2004. – С. 110.

О. Грудзур, ад'юнкт кафедри кримінального права Київського національного університету внутрішніх справ

Кримінально-правова характеристика провокації хабара за законодавством зарубіжних країн

Про актуальність тематики кримінально-правової характеристики провокації хабара свідчить специфіка проявів цього злочину, які, з одного боку, є протиправними, а з другого — все-таки спрямовані на виявлення фактів давання-одержання хабара та на викриття осіб, що дали чи одержали хабар. Для всебічного дослідження правової природи та ознак провокації хабара необхідним є вивчення кримінально-правових норм, які передбачають відповідальність за згаданий злочин у законодавстві зарубіжних країн. У свою чергу, такий підхід дасть можливість окреслити шляхи удосконалення існуючої норми, що передбачає відповідальність за провокацію хабара у Кримінальному кодексі (далі — КК) України.

Серед вчених, які досліджували проблеми кримінальної відповідальності за провокацію хабара, можна виділити С. А. Бабиць, Б. В. Волженкіна, Н. Єгорову, М. І. Мельника, В. О. Навроцького, О. В. Побризаєву, О. О. Ришову та ін. Однак комплексного вивчення кримінально-правової характеристики провокації хабара за законодавством зарубіжних країн раніше не проводилося.

Метою статті є дослідження кримінально-правової характеристики норм, що передбачають відповідальність за провокацію хабара у законодавстві зарубіжних країн та порівняння її з об'єктивними і суб'єктивними ознаками провокації хабара за КК України.

Перш за все, зазначимо, що кримінальна відповідальність за провокацію хабара у законодавстві зарубіжних країн передбачається тільки у відповідних нормах КК Киргизької Республіки, Республіки Білорусь, Республіки Болгарія, Республіки Вірменія, Республіки Казахстан, Республіки Таджикистан та Російської Федерації. Проте не у всіх згаданих законах провокація хабара має однаковий зміст. Так, КК Республіки Білорусь (ст. 396) передбачає відповідальність не за провокацію, а за інсценування одержання хабара чи комерційного підкупу. Разом із тим відповідальність за провокацію хабара у кримінальному законодавстві зарубіжних країн нерідко пов'язується із відповідальністю за провокацію комерційного підкупу, однак така ситуація,

насамперед, обумовлена специфікою норм, що передбачають відповідальність за одержання чи давання хабара, і лише внаслідок цього проявляється у нормах щодо відповідальності за провокацію хабара.

Розбіжним у розглядуваних нормах законодавства зарубіжних країн є закріплення й інших ознак складу злочину. Натомість, аналіз об'єктивних ознак провокації хабара свідчить, що норми, які передбачають відповідальність за цей злочин у КК зарубіжних країн, є досить схожими між собою і фактично більшість із них є подібними до ст. 304 КК Російської Федерації. Відмінними є лише ст. 307 КК Республіки Болгарія та певною мірою ст. 321 КК Республіки Таджикистан і ст. 396 КК Республіки Білорусь.

На нашу думку, важливим залишається те, що провокацію хабара окремі законодавці зарубіжних країн відносять до злочинів проти правосуддя і безпосередньо пов'язують із процесом доказування (виявлення та закріплення доказів) одержання чи давання хабара, а це вказує на специфічність родового об'єкта кримінально-правової охорони. Останній, за твердженнями Н. Єгорової, охоплює суспільні відносини, котрі виникають при здійсненні правосуддя¹. На підставі цього безпосереднім об'єктом провокації хабара необхідно визнати суспільні відносини, що мають місце при виявленні та закріпленні доказів давання-одержання хабара.

По-іншому родова належність провокації хабара визначається у КК Республіки Болгарія, де досліджуваний злочин належить до злочинів, пов'язаних із хабарництвом. Тому об'єктом провокації хабара за КК Республіки Болгарія можуть бути суспільні відносини порядку оплати праці службових осіб.

У свою чергу КК Республіки Таджикистан пов'язує провокацію хабара зі злочинами проти державної влади та інтересів державної служби, до яких входять також давання і одержання хабара. Об'єктом провокації хабара є суспільні відносини порядку оплати праці службових осіб і суспільні відносини, які виникають при виявленні та закріпленні доказів давання-одержання хабара.

У цьому контексті очевидним є те, що лише в КК Республіки Болгарія та КК Республіки Таджикистан провокація хабара належить до злочинів проти державної влади та інтересів державної служби, подібно до вітчизняного КК, де провокація хабара включена до розділу XVII Особливої частини «Злочини у сфері службової діяльності». Але

¹ Єгорова Н. Провокация взятки либо коммерческого подкупа / Н. Егорова // Российская юстиция. – 1997. – № 8. – С. 26.

російські вчені висловлюють пропозиції стосовно необхідності віднесення провокації хабара до злочинів проти державної влади, інтересів державної служби та служби в органах місцевого самоуправління¹, на зразок того, як це відображається у законодавстві України.

Поряд із цим предмет провокації хабара, безумовно, повинен збігатися із предметом давання та одержання хабара. Проте майже у всіх наведених нормах КК предмет провокації хабара знаходить безпосереднє формулювання у нормах щодо відповідальності за згаданий злочин і не є ідентичним предмету давання чи одержання хабара (комерційного підкупу). Винятком є тільки ст. 307 КК Республіки Болгарія, яка не описує предмет провокації хабара, але його зміст впливає зі ст. 301 та ст. 304 і розуміється як дар чи інші майнові блага². До речі, ст. 370 КК України також не конкретизує предмет хабара, але на відміну від КК Республіки Болгарія, КК України взагалі не уточнює предмет хабара.

Предмет провокації хабара та предмет давання-одержання хабара за кримінальними законами зарубіжних країн (крім КК Республіки Болгарія) не збігаються у частині того, що предметом провокації, поруч із грошима, цінними паперами та іншим майном, є послуги матеріального характеру, а предметом давання чи одержання хабара (комерційного підкупу) — вигоди майнового характеру. Інакше кажучи, правове визначення предмета провокації хабара та предмета давання-одержання хабара характеризується певною непослідовністю, що зумовлює неоднозначність у розумінні цих понять.

Визначаючи предмет хабара, безумовним є той факт, що предметом можуть бути як гроші у національній валюті відповідної країни, так і гроші в іноземній валюті. Натомість, під іншим майном слід розуміти будь-які матеріальні речі, котрі знаходяться у відкритому чи обмеженому цивільному обігу або виключені з нього. При цьому до уваги не береться, хто і на якій підставі володіє майном, що є предметом хабара, а важливим залишається тільки те, що майно виражає певну матеріальну цінність.

Цінні папери у контексті предмета провокації хабара — це документи, які посвідчують грошові або інші майнові права. Обов'язковою ознакою таких документів є наявність всіх необхідних реквізитів, що підтверджують їх оригінальність, дійсність та юридичну силу.

¹ Рыжова О. А. Совершенствование уголовного законодательства, предусматривающего ответственность за провокацию взятки либо коммерческого подкупа / О. А. Рыжова // Российский следователь. – 2004. – № 8. – С. 19.

² Уголовный кодекс Республики Болгария. – СПб., 2001. – С. 212.

Послуги майнового характеру можна пояснити як послуги, результати яких мають конкретні матеріальні прояви. Тобто послуги майнового характеру за своїм змістом спрямовані або на задоволення майнових потреб особи, або на створення, зміну чи удосконалення матеріальних речей. Однак поняття «послуги майнового характеру» не збігається із поняттям «вигоди майнового характеру», адже вигоди, на нашу думку, не пов'язуються зі створенням, зміною чи удосконаленням матеріальних речей.

Дещо абстрактним видається формулювання предмета хабара у КК Республіки Болгарія через те, що дар або інші майнові блага охоплюють широке коло матеріальних цінностей, послуг, переваг та вигід майнового характеру, але зовсім не конкретизують їх ознаки.

Спільним для вітчизняних правових положень та правових положень зарубіжних країн, які передбачають відповідальність за провокацію хабара, є відсутність законодавчого обмеження мінімального розміру предмета хабара. Йдеться про те, що навіть невеликі суми грошей, майно мінімальної вартості чи незначні майнові послуги формально можуть визнаватися предметом хабара.

Позитивним моментом зарубіжного кримінального законодавства у частині відповідальності за провокацію хабара є безпосереднє визначення предмета цього злочину, але у той же час негативним — певна невідповідність ознак предмета провокації хабара та предмета давання-одержання хабара (комерційного підкупу).

Досліджуючи об'єктивну сторону провокації хабара за КК зарубіжних країн, очевидно вбачається її принципова відмінність у порівнянні з об'єктивною стороною провокації хабара за КК України. Розбіжності тут стосуються і способу, і спрямованості дій при провокації хабара.

У всіх КК зарубіжних країн, які передбачають відповідальність за провокацію хабара (окрім КК Республіки Болгарія) об'єктивна сторона розглядуваного злочину є вужчою, ніж у КК України. Так, об'єктивна сторона провокації хабара у цих кодексах формулюється як спроба передати гроші, цінні папери, інше майно чи надати послуги майнового характеру посадовій особі (особі, що виконує розпорядчі або інші управлінські функції у комерційних чи інших організаціях) без її згоди. Із цього випливає, що кримінально караною є тільки провокація одержання хабара, яка вчиняється саме шляхом спроби передачі матеріальних цінностей чи надання послуг майнового характеру. Втім вчинення провокації одержання хабара будь-

яким іншим способом або вчинення провокації давання хабара не визнається злочином.

Дії, які утворюють об'єктивну сторону провокації хабара, спрямовані або на посадових осіб (суб'єктів одержання хабара), або на осіб, що виконують розпорядчі чи управлінські функції у комерційних організаціях (суб'єктів комерційного підкупу). Законодавче розмежування посадових осіб та осіб, що виконують розпорядчі й управлінські функції у комерційних організаціях, приводить до виділення окремого складу злочину — «комерційного підкупу». Через це у КК зарубіжних країн провокація хабара поєднується із провокацією комерційного підкупу, а дії, які вчиняються при провокації хабара (комерційного підкупу), спрямовуються як до посадових осіб, так і до осіб, що виконують розпорядчі або управлінські функції у комерційних чи інших організаціях. При цьому такі особи є службовими особами відповідних організацій.

Значимо, що тільки КК Республіки Болгарія та КК Республіки Таджикистан не поєднують відповідальність за провокацію хабара із відповідальністю за провокацію комерційного підкупу, оскільки останній взагалі не виділяється у цих кодексах.

Кримінальне законодавство зарубіжних країн (за винятком законодавства Республіки Болгарія) визнає провокацію хабара злочинною тільки за умови, що спроба передачі грошей, цінних паперів, майна чи надання послуг майнового характеру відбувається без згоди посадової особи (службової особи комерційних чи інших організацій). Ця ознака об'єктивної сторони, на думку Б. В. Волженкіна, дещо суперечить дійсному змісту досліджуваного поняття, адже провокація спрямована саме на спонукання особи до вчинення злочину, а не на передачу посадовій особі без її згоди предмета хабара¹. Така передача, як правило, має місце у випадках підкидання або залишення грошей чи інших матеріальних цінностей у кабінетах посадових осіб, які відмовилися їх прийняти². Відтак ознака схилення посадової особи до вчинення злочину відсутня, що свідчить про певну неоднозначність об'єктивних проявів провокації хабара.

Із дослівного розуміння диспозиції норм, які передбачають відповідальність за провокацію хабара у КК зарубіжних країн, випливає, що схилення посадової особи прийняти гроші, цінні папери чи інше

¹ Волженкин Б. В. Допустима ли провокация как метод борьбы с коррупцией? / Б. В. Волженкин // Российская юстиция. – 2001. – № 5. – С. 43.

² Егорова Н. Провокация взятки либо коммерческого подкупа / Н. Егорова // Российская юстиция. – 1997. – № 8. – С. 26.

майно не охоплюється об'єктивною стороною цього злочину, а спроба передати матеріальні цінності посадовій особі без її згоди більшою мірою є ознакою штучного створення доказів, ніж ознакою провокації хабара. Тому ряд вчених, зокрема російських, висловлюють пропозиції стосовно зміни редакції зазначених норм. Так, вказується, що ст. 304 КК Російської Федерації повинна визначати провокацію хабара як схилення посадової особи (службової особи комерційних чи інших організацій) до одержання грошей, цінних паперів, іншого майна чи вигід майнового характеру з метою подальшого викриття того, хто прийняв хабар (комерційний підкуп). Поряд із цим провокація хабара має охоплювати також і випадки провокації давання хабара, тобто схилення посадовою особою до давання грошей, цінних паперів, іншого майна чи надання вигід майнового характеру з метою подальшого викриття особи, що дала хабар¹.

На противагу цьому, О. О. Рижова взагалі стверджує, що провокацію хабара в КК Російської Федерації необхідно розуміти як свідоме створення посадовою особою обставин та умов, які породжують давання або одержання хабара, з метою подальшого викриття особи, котра дала чи одержала хабар². Така позиція очевидно є подібною до визначення провокації хабара, яке дається у ст. 370 КК України, а це свідчить про відповідність вітчизняного законодавчого закріплення ознак цього злочину загальному змісту поняття «провокація».

Суттєвим видається те, що за конструкцією об'єктивної сторони провокацією хабара у КК зарубіжних країн (крім КК Республіки Білорусь та КК Республіки Болгарія) є саме спроба передати відповідні матеріальні цінності. Однак ця ознака може оцінюватися по-різному і вказувати не лише на усічений склад провокації хабара, але і на специфічність позиції законодавців зарубіжних країн, які фактично відкидають можливість прийняття посадовою особою матеріальних цінностей при провокації хабара. Такий висновок впливає із того, що розглядувані норми виключають не тільки згоду посадової особи на одержання хабара, але безпосередньо й сам факт одержання хабара, встановлюючи відповідальність лише за спробу передати гроші, цінні папери, майно чи надати послуги майнового характеру. Внутрішня логіка цієї позиції вбачається у тому, що оскільки одержання та даван-

¹ Побрызгаева Е. Вопросы квалификации провокации взятки либо коммерческого подкупа / Е. Побрызгаева, С. Бабыч // Уголовное право. – 2009. – № 5. – С. 74.

² Рижова О. А. Совершенствование уголовного законодательства, предусматривающего ответственность за провокацию взятки либо коммерческого подкупа / О. А. Рижова // Российский следователь. – 2004. – № 8. – С. 21.

ня хабара не може відбутися без згоди посадової особи, яка виключається іноземними законодавцями, то відповідальність встановлюється за спробу передати хабар.

Спробу передати гроші, цінні папери, майно чи надати послуги майнового характеру, на думку Н. Єгорової, слід оцінювати як невдалу спробу такої передачі, що не відрізняється від замаху на давання хабара¹. Мова йде про те, що провокація хабара за нормами КК зарубіжних країн зводиться тільки до передачі хабара, яка не відбулася через відсутність згоди посадової особи. Натомість факт передачі хабара виходить за межі об'єктивної сторони провокації хабара і повинен розглядатися як давання хабара.

У цей же час російські вчені висловлюють й інші точки зору, зокрема стосовно неприпустимості буквального тлумачення спроби передачі грошей, цінних паперів, майна чи надання послуг майнового характеру як ознаки провокації хабара. Так, О. В. Побризаєва та С. А. Бабич вважають цю ознаку прагненням законодавця перенести момент закінчення злочину на більш ранній період, яке не пов'язує склад провокації хабара чи комерційного підкупу із конкретною поведінкою провокованої особи. Обґрунтовуючи свою позицію, вчені звертаються до змісту поняття «спроба» і зазначають, що КК Російської Федерації не отожднює спробу з неможливістю закінчити діяння через причини, що не залежать від волі винного².

Поряд із цим КК Республіки Білорусь описує об'єктивну сторону інсценування одержання хабара чи комерційного підкупу саме як передачу відповідних матеріальних цінностей або надання послуг майнового характеру посадовій особі (службовій особі комерційної чи іншої організації) без її згоди. Таким чином, законодавець Республіки Білорусь не переносить момент закінчення злочину на більш ранній період. Інсценування одержання хабара чи комерційного підкупу є закінченим із моменту передачі грошей, цінних паперів, майна чи надання послуг майнового характеру.

Позитивною рисою такого формулювання об'єктивної сторони є відмова від незрозумілого та двозначного поняття «спроба». Втім негативною рисою слід визнати те, що за відсутності згоди посадової особи (службової особи комерційної або іншої організації) на прийняття хабара (комерційного підкупу) не може відбутися і його пере-

¹ Єгорова Н. Провокация взятки либо коммерческого подкупа / Н. Егорова // Российская юстиция. – 1997. – № 8. – С. 26.

² Побризаєва Е. Вопросы квалификации провокации взятки либо коммерческого подкупа / Е. Побризаєва, С. Бабич // Уголовное право. – 2009. – № 5. – С. 74.

дачі, а отже, формально інсценування одержання хабара чи комерційного підкупу не може бути закінченим злочином.

Однак це вказує, що під поняттям «передача» розуміється не давання одержання хабара, а підкладання чи залишення предмета хабара посадовій особі без її відома. У зв'язку з цим стає зрозумілою назва ст. 396 КК Республіки Білорусь «Інсценування одержання хабара чи комерційного підкупу» та віднесення згаданого злочину до злочинів проти правосуддя, адже інсценування уособлюється штучним створенням доказів вчинення злочину і посягає саме на суспільні відносини, які виникають під час здійснення правосуддя (під час виявлення та закріплення доказів). Таким штучним створенням доказів є по суті й підкидання та залишення предмета хабара посадовій особі без її згоди.

На відміну від кримінально-правових норм, які передбачають відповідальність за провокацію хабара, у законодавстві інших зарубіжних країн ст. 307 КК Республіки Болгарія за своїм змістом є найбільш подібною до ст. 370 КК України. Подібність виражається не тільки в об'єкті кримінально-правової охорони, але і в описанні об'єктивної сторони, котра виражається як «створення обстановки та умов, що викликають пропозицію, давання чи одержання хабара»¹. Крім того, провокація хабара за КК Республіки Болгарія охоплює як провокацію одержання, так і провокацію давання хабара.

Досліджуючи суб'єктивні ознаки провокації хабара, слід зазначити, що вони є досить подібними у законодавстві зарубіжних країн та певним чином збігаються із суб'єктивними ознаками провокації хабара за КК України.

Проте принципово відмінним видається підхід до визначення суб'єкта злочину. Згідно зі ст. 370 КК України суб'єктом провокації хабара є службова особа, тоді як відповідно до норм кримінального законодавства зарубіжних країн суб'єктом досліджуваного злочину є загальний суб'єкт, тобто фізична осудна особа, що досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність. З урахуванням цього коло суб'єктів провокації хабара у зарубіжних країнах розуміється значно ширше і не обмежується суто службовими особами. На нашу думку, така позиція є виправданою, адже в дійсності провокаційні дії можуть вчинятися будь-якими особами і не обов'язково, щоб це були саме службові особи. Тому вважаємо, що в КК України варто було б врахувати законодавчі положення зарубіжних країн стосовно визначення суб'єкта провокації хабара.

¹ Уголовный кодекс Республики Болгария. – СПб., 2001. – С. 212.

У свою чергу, форма вини при провокації хабара виражається прямим умислом, що є спільним у всіх КК, які передбачають відповідальність за цей злочин. Прямий умисел свідчить, що винна особа усвідомлює провокаційний характер власних дій щодо іншої особи, яку вона провокує на одержання чи давання хабара, і бажає вчинити такі дії¹.

Ще однією ознакою, яка знаходить безпосереднє закріплення у диспозиціях всіх норм, котрі передбачають відповідальність за провокацію хабара у кримінальному законодавстві зарубіжних країн, є мета вчинення злочину. Мета формулюється по-різному, але загальна її суть залишається однаковою. Кримінальні кодекси, які передбачають відповідальність за провокацію хабара (окрім КК Республіки Болгарія та КК Республіки Таджикистан), визначають мету розглядуваного злочину як «штучне створення доказів вчинення злочину або шантаж»². Під цією метою розуміється створення фактичних даних, що вказують на наявність складу злочину в діях провокованої особи. Такі фактичні дані є штучними і можуть мати місце тільки в результаті спроби передачі грошей, цінних паперів, майна чи надання послуг майнового характеру без згоди посадової особи. Метою провокації хабара за кримінальним законодавством зарубіжних країн є також і шантаж, тобто примушування посадової особи до виконання або невиконання певних дій під загрозою розголошення відомостей, які виникли саме у результаті провокації.

Натомість, у КК Республіки Таджикистан мета провокації хабара формулюється як «штучне створення доказів одержання хабара»³, і хоча таке визначення мети принципово не відрізняється від розглянутих вище, але законодавець Республіки Таджикистан конкретизує, що штучно створені фактичні дані мають стосуватися лише одержан-

¹ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – 4-ге вид., переробл. та доповн. – К., 2007. – С. 1003.

² Уголовный кодекс Кыргызской Республики [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://law.edu.ru/norm/norm.asp?normID1243545&subID=100107331,100107333,1>; Уголовный кодекс Республики Беларусь / Принят Палатой представителей 2 июня 1999 года / Одобрен Советом Республики 24 июня 1999 года. – СПб., 2001. – С. 419; Уголовный кодекс Республики Армения. – СПб., 2004. – С. 384; Уголовный кодекс Республики Казахстан [с изм. и доп. на 1 авг. 2001 г.] – СПб., 2001. – С. 380; Уголовный кодекс Российской Федерации по состоянию на 08.04.2008 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://esportal.ru/view_orders.php?id=1364

³ Уголовный кодекс Республики Таджикистан. – СПб., 2001. – С. 333.

ня хабара, а не будь-якого іншого злочину, при цьому шантаж не визнається метою вчинення злочину.

Дещо абстрактною, на наш погляд, видається мета провокації хабара за КК Республіки Болгарія. Пояснюється це тим, що завдання шкоди тому, хто дав або одержав хабар, може відбуватися різними способами, включаючи і викриття цих осіб, притягнення їх до відповідальності, створення штучних доказів учинення злочину, шантажування, поставлення у певну залежність та ін. Тому під ознаки провокації хабара за КК Республіки Болгарія фактично підпадає досить широке коло дій.

Порівнюючи кримінально-правові норми, які передбачають відповідальність за провокацію хабара, очевидним є те, що КК України єдиний закріплює кваліфікуючі ознаки цього злочину.

Дослідивши норми, що передбачають кримінальну відповідальність за провокацію хабара у законодавстві зарубіжних країн, слід сформулювати наступні висновки.

По-перше, відповідальність за провокацію хабара встановлюється у кримінальному законодавстві тільки семи зарубіжних країн, шість із яких раніше входили до складу колишнього СРСР (Киргизька Республіка, Республіка Білорусь, Республіка Вірменія, Республіка Казахстан, Республіка Таджикистан та Російська Федерація), тобто провокація хабара визнається самостійним злочином здебільшого у пострадянських країнах. Поряд із цим об'єктом провокації хабара за КК зарубіжних країн є не суспільні відносини у сфері службової діяльності та суспільні відносини порядку оплати праці службових осіб (ці відносини є об'єктом провокації хабара за КК України та КК Республіки Болгарія), а суспільні відносини, що виникають у зв'язку із здійсненням правосуддя та доказуванням злочину. Предметом провокації хабара є або гроші, цінні папери, інше майно та послуги майнового характеру, або дар чи будь-які інші майнові блага. Характерним є також і те, що кримінальне законодавство зарубіжних країн не закріплює мінімального розміру предмета хабара.

По-друге, враховуючи специфіку формулювання об'єктивної сторони цього злочину в законодавстві зарубіжних країн, можна виділити два підходи до розуміння провокації хабара. Перший — інтерпретує провокацію хабара як спробу передачі або передачу грошей, цінних паперів, майна, чи надання послуг майнового характеру посадовій особі без її згоди. Другий — розглядає провокацію хабара як створення обстановки та умов, які викликають пропозицію, давання

чи одержання хабара. Друга модель застосовується у КК України та КК Республіки Болгарія, тоді як перша знаходить відображення у КК інших зарубіжних країн, які безпосередньо встановлюють відповідальність за провокацію хабара.

По-третє, на відміну від КК України, де суб'єктом досліджуваного злочину є виключно службова особа, суб'єктом провокації хабара за кримінальним законодавством зарубіжних країн є загальний суб'єкт злочину (фізична осудна особа, що досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність). Окрім того, дещо відрізняється і мета цього злочину, яка за вітчизняним КК розуміється як викриття того, хто дав або одержав хабар, а тому не зводиться ні до штучного створення доказів учинення злочину (одержання хабара), ні до шантажу, ні до заподіяння шкоди тому, хто дав чи одержав хабар.

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

В. Крутов, доктор юридичних наук, професор;

Г. Новицький, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник

Щодо правового статусу структур недержавного сектору національної безпеки України

Однією з важливих рис трансформацій у сучасному світі є переосмислення ролі держави в суспільному житті. Ця роль має тенденцію до зменшення. Водночас зростає роль громадянського суспільства, яке намагається обмежити гіпертрофовані в минулому функції держави та встановити дієвий контроль за їх реалізацією.

Виходячи з цього, вважаємо за необхідне ініціювати питання щодо формування нової архітектури системи національної безпеки на основі цивілізованого співвідношення її державної та недержавної складових. На нашу думку, саме на таких засадах створюватимуться передумови для безпечного, гармонійного розвитку і реалізації інтересів особи, суспільства та держави без жорстких протистоянь і корпоративних переваг.

На жаль, цього не враховує чинний Закон України «Про основи національної безпеки України». Він ніби законодавчо «консервує» ситуацію фактичного домінування суб'єктів державної складової у забезпеченні національної безпеки. Ситуацію, за умов якої надаються переваги адміністративно-силовому інструментарію вирішення проблем.

І як би не посилалися опоненти на особливості поточного періоду, котрий начебто вимагає «твердої руки», ми переконані, що наше молоді суспільство вже дозріло для того, щоб бути рівноправним партнером владних структур у створенні ефективних механізмів захисту власності, прав і життя людини, подолання чиновницького свавілля та протистояння криміналітету. Ми виходимо з того, що на тлі економічного розширення суспільства ці та інші перепони на шляху демократичних перетворень за певних умов набувають суспільно небезпечного характеру.

Пояснимо цю думку. Сьогодні в Україні діють чисельні служби безпеки підприємств, фірм і банків, а також організації, що спеціалізуються у сфері охоронної діяльності, фізичного та юридичного захисту громадян. Значна кількість приватних структур займається питаннями інформаційної, комерційної, фінансової та екологічної безпеки.

На жаль, цей специфічний ринок послуг в Україні формується і розвивається хаотично через відсутність необхідного організаційно-правового забезпечення. Фактично вся сукупність недержавного сектору, який включає об'єднання, асоціації та громадські організації, залишається поза процесом єдиної політики у сфері забезпечення національної безпеки. Йдеться про великий, але нереалізований поки що суспільний потенціал, який на практиці, зокрема через дослідження та мінімізацію комерційних ризиків, довів свою спроможність захищати економічні інтереси України, її національне багатство.

На нашу думку, яку повністю поділяє Український союз промисловців та підприємців, конструктивне задіяння таких потужних ресурсів у форматі недержавної системи безпеки підприємництва сприяло б, зокрема, започаткуванню передумов для якісних зрушень у розвиткові цивілізованого ринкового простору і, у цілому, мало б продуктивні соціально-економічні та політичні наслідки в контексті зміцнення національної безпеки.

Яку ж ситуацію ми спостерігаємо сьогодні. Законом України «Про основи національної безпеки України» серед суб'єктів національної безпеки (державних установ та відомств) визначено об'єднання громадян, до яких ми відносимо структури недержавного сектору безпеки. Однак, чи достатньо цього для визнання останніх повноцінними суб'єктами національної безпеки України? Для відповіді на це питання достатньо з'ясувати зміст правосуб'єктності у сфері забезпечення національної безпеки.

У кожній галузі законодавства існують спеціальні норми права, призначення яких — встановлення кола суб'єктів, які підпадають під дію норм цієї галузі законодавства. Здійснюється це шляхом перерахування ознак та якостей, якими суб'єкт повинен володіти, щоб виступати в ролі адресата норм галузі. Сукупність встановлених нормами права якостей, які надають суб'єкту можливість бути носієм юридичних прав і обов'язків у тій чи іншій сфері суспільних відносин, називається правосуб'єктністю.

Правосуб'єктність є сукупністю суспільно-юридичних якостей суб'єкта. Вона має дві сторони — суспільну і юридичну. Суспільна

сторона правосуб'єктності полягає в тому, що ознаки суб'єкта права законодавець не може визначати довільно — вони випливають з певних суспільних відносин, потреб і закономірностей суспільного розвитку. Юридична ж сторона правосуб'єктності полягає в тому, що ознаки суб'єктів права обов'язково повинні бути закріплені в юридичних нормах.

Важливо, що правосуб'єктність може бути загальною (здатністю бути суб'єктом права взагалі), галузевою і спеціальною. Галузева і спеціальна правосуб'єктність є характерною ознакою суб'єктів забезпечення національної безпеки.

Правова характеристика суб'єкта охоплюється поняттям «правовий статус».

Більшість учених-юристів розглядають правовий статус як складне явище, яке об'єднує не тільки права, обов'язки, відповідальність, а й інші елементи — принципи діяльності, правоздатність, гарантії законності тощо¹.

Причому, пропонуючи різні підходи до кількості елементів, висловлюються точки зору, нерідко багато в чому протилежні. Не вступаючи в дискусію щодо пропонованих елементів правового статусу, відзначимо одну загальну закономірність, яка простежується майже в усіх авторів, незалежно від використовуваних ними підходів. Вона полягає в тому, що основу правового статусу будь-якого суб'єкта, його головний зміст становлять права і обов'язки, гарантії законності діяльності і юридична відповідальність. Згадані елементи, на нашу думку, є досить незаперечними складовими правового статусу суб'єктів забезпечення національної безпеки.

Це, крім іншого, дозволяє виділити функціональну спрямованість і структуру правового статусу суб'єктів забезпечення національної безпеки. Викладена позиція ґрунтується на системному підході до розгляду змісту правового статусу суб'єкта забезпечення національної безпеки. Однак, якщо ми прагнемо мати цілісне уявлення про його зміст, то повинні проаналізувати не тільки основні права, обов'язки,

¹ Див.: *Витрук Н. В.* Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. — М., 1979. — С. 61; *Воеводин Л. Д.* Юридический статус личности в России: Учеб. пособие. — М., 1997. — С. 123; *Ямпольская Ц. А.* Общественные организации в СССР. Некоторые политические и организационно-правовые аспекты. — М., 1972. — 216 с.; *Новоселов В. И.* Теоретические проблемы развития административно-правового положения граждан СССР в современных условиях: Дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.02. — Саратов, 1979. — 376 с.; *Козлова Е.* Вступая в ряды... // Человек и закон. — 1995. — № 9–10. — С. 85.

гарантії законності діяльності та юридичну відповідальність, а й правоздатність, дієздатність суб'єктів забезпечення національної безпеки. І, що важливо, пропонуване рішення дозволяє глибше зрозуміти їхню специфіку як суб'єктів права.

У цілому ж можна зробити висновок, що суб'єкти забезпечення національної безпеки — це учасники відповідних правовідносин, які мають суб'єктивні права та виконують юридичні обов'язки по забезпеченню національної безпеки.

У державних і громадських організаціях правосуб'єктність знаходить свій вияв у компетенції їхніх органів, тобто в сукупності прав та обов'язків, що надаються їм для виконання функцій із забезпечення національної безпеки. Саме визначенню правосуб'єктності окремих суб'єктів забезпечення національної безпеки присвячено частину чинного законодавства України.

До нього належать такі нормативно-правові акти, як закони України «Про Збройні Сили України»¹, «Про Службу безпеки України»², «Про Державну прикордонну службу України»³, «Про Раду національної безпеки і оборони України»⁴, «Про аварійно-рятувальні служби»⁵, «Про Державну спеціальну службу транспорту»⁶, низка інших законів, указів Президента України, постанов Кабінету Міністрів України, відомчих нормативно-правових актів. Тільки для врегулювання правового статусу Головного управління розвідки Міністерства оборони України як одного з розвідувальних органів держави, органами законодавчої та виконавчої влади України прийнято (видано): 32 закони України (внесено зміни до законів України), 44 укази та розпорядження Президента України, 17 постанов і розпоряджень Кабінету Міністрів України, 37 наказів і директив Міністра оборони України, 5 наказів начальника Генерального штабу Збройних Сил України, інші нормативно-правові акти.

¹ Про Збройні Сили України: Закон України // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 9. – Ст. 108.

² Про Службу безпеки України: Закон України // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 27. – Ст. 382.

³ Про Державну прикордонну службу України: Закон України // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 27. – Ст. 208.

⁴ Про Раду національної безпеки і оборони України: Закон України // Відом. Верхов. Ради України. – 1998. – № 35. – Ст. 237.

⁵ Про аварійно-рятувальні служби: Закон України // Відом. Верхов. Ради України. – 2000. – № 4. – Ст. 25.

⁶ Про Державну спеціальну службу транспорту: Закон України // Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 19. – Ст. 269.

Така увага законодавця до державних суб'єктів забезпечення національної безпеки є виправданою. Однак занепокоєння викликає повна неврегульованість правового статусу недержавного сектору безпеки як складової забезпечення національної безпеки України. Досить непослідовною видається нам позиція законодавця. Якщо громадські об'єднання, у тому числі названі вище структури, є суб'єктами забезпечення національної безпеки, то який їхній правовий статус у цій сфері?

Аналіз нормативно-правових актів, які визначають правовий статус суб'єктів забезпечення національної безпеки, дозволяє виокремити характерні ознаки суб'єктів забезпечення національної безпеки.

Так, правосуб'єктні нормативно-правові акти у сфері забезпечення національної безпеки, як правило, містять вказівку на те, що суб'єкти забезпечення національної безпеки:

- формуються безпосередньо державою або населенням і здійснюють свої функції від імені держави;

- виконують чітко визначені, встановлені в законодавчому порядку функції, види і форми діяльності у сфері забезпечення національної безпеки;

- мають юридично закріплену організаційну структуру;

- територіальний масштаб діяльності, спеціальні повноваження, які визначають їх роль і місце в системі забезпечення національної безпеки, а також порядок їх взаємин з іншими суб'єктами забезпечення національної безпеки, державними установами;

- наділені повноваженнями державно-владного характеру¹.

Як правило, правосуб'єктні нормативно-правові акти передбачають практичне втілення державно-владних повноважень суб'єктів забезпечення національної безпеки через надання останнім права:

- видавати від імені держави юридично обов'язкові нормативні й індивідуальні акти;

- здійснювати нагляд за точним і неухильним виконанням вимог, передбачених законодавством;

- захищати ці вимоги від порушень шляхом застосування заходів переконання, стимулювання, а в необхідних випадках і заходів державного примусу.

Передбачається також, що до складу суб'єктів забезпечення національної безпеки входять посадові особи, які безпосередньо виконують

¹ Новицький Г. В. Система законодавства у сфері забезпечення національної безпеки України // Наук.-аналіт. бюл. Нац. центру з питань євроатлантичної інтеграції України «Євроатлантикінформ». – 2007. – № 2–3 (14–15). – С. 55.

покладені на них керівні повноваження, визначається порядок їх призначення.

Отже, це ще раз підтверджує, що законодавством на сьогодні встановлено, що суб'єкти забезпечення національної безпеки є частиною лише державного апарату.

Зараз досить чітко виокремлюються:

- законодавство про правовий статус органів державної влади, які беруть участь у забезпеченні національної безпеки;
- законодавство, яке регулює правовий статус окремих складових Воєнної організації держави;
- законодавство про спецслужби;
- законодавство про правоохоронні органи.

Звідси висновок — віднесенню законом громадян України та їхніх об'єднань до категорії суб'єктів забезпечення національної безпеки нині притаманний дещо умовний, декларативний характер, і це пов'язано більше з виховною функцією права, ніж із забезпеченням національної безпеки у повному розумінні цього поняття.

Разом з тим аналіз законодавства та практики забезпечення національної безпеки свідчить, що в інституціональній структурі суб'єктів забезпечення національної безпеки повинно бути чітко визначене місце недержавного сектору безпеки. Необхідно усвідомлювати, що забезпечення національної безпеки здійснюється не в державі взагалі, не в абстрактному просторі, а в конкретному місці. Воно безпосередньо пов'язане з безпекою конкретних людей.

Своє нормативно врегульоване місце серед суб'єктів забезпечення національної безпеки повинен мати недержавний сектор безпеки. У зв'язку з цим ми обстоюємо позицію, відповідно до якої потрібно переглянути традиційний підхід, де розв'язання завдань забезпечення національної безпеки покладається лише на державний сектор забезпечення національної безпеки.

Вирішенню всіх цих проблем сприяли б розробка і прийняття Верховною Радою України спеціального закону, що визначав би правовий статус, права й обов'язки недержавних структур безпеки. Важливо, щоб зміст цього закону спирався на Стратегію національної безпеки України, чітко визначаючи місце в ній недержавних служб безпеки.

Крім цього, чітке визначення правового статусу структур недержавного сектору безпеки неможливе без прийняття законів України: «Про зброю», «Про охоронну діяльність», «Про детективну діяльність», «Про служби безпеки суб'єктів господарювання та інших юридичних

осіб», «Про комерційну таємницю». Відзначимо, що більшість зі згаданих законопроектів уже розроблено і чекає своєї черги в «коридорах влади».

Вважаємо за доцільне також законодавчо уточнити роль Ради національної безпеки і оборони України у більш широкому аспекті її відповідальності за формування громадянського суспільства. Суспільства, котре народжувало б компетентну владу і контролювало її. На нашу думку, Рада національної безпеки і оборони України має координувати зусилля державних і недержавних інституцій у сферах національної безпеки і оборони, контролювати діяльність органів виконавчої влади та організовувати їх взаємодію з громадськими організаціями і неурядовими установами, які ставлять за мету сприяння національній безпеці України.

Це означає, що РНБО як конституційний координуючий орган з питань національної безпеки мала б проводити лінію на сприяння розвитку інфраструктури недержавної складової системи національної безпеки. Важливою передумовою цього могло б стати укладення відкритої соціальної угоди (з відповідними механізмами взаємодії і конкретними напрямками співробітництва) між РНБО та впливовими громадськими організаціями.

Йдеться, наприклад: про утворення в структурі РНБО суспільно-дорадчої комісії; про патронат РНБО над громадянськими ініціативами у сфері нацбезпеки; про залучення представників неурядових структур як незалежних експертів і консультантів до підготовки питань та напрацювань проектів рішень РНБО; про участь (у тому числі, на чолі комісій) у розслідуваннях фактів, котрі матимуть значний суспільний резонанс; про задіяння системи держзамовлень на альтернативну неурядову експертизу концепцій і програм, спрямованих на захист життєво важливих інтересів України та ін.

Маємо зауважити, що така пропозиція не потребує змін до Конституції України і не суперечить, а розкриває демократичний зміст ст. 107 Конституції України.

Важливим кроком у напрямі задіяння громадського потенціалу може стати також організація і функціонування суспільно-консультативних рад при профільних комітетах Верховної Ради, а також при МВС, СБУ, Міністерстві економіки, Податковій адміністрації та інших структурах державного управління.

Поряд з вирішенням багатьох питань на шляху демократизації консультативні ради могли б відіграти важливу роль у протидії коруп-

ційним факторам. Серед яких ми бачимо проблеми доступності до органів державної влади і адекватного реагування керівників владних структур на звернення громадян і на обґрунтовані виступи засобів масової інформації

Впровадження подібних організаційних утворень громадського контролю над системою національної безпеки сприяло б формуванню і узгодженому функціонуванню її державної та недержавної складових як єдиного організму. Створювалися б реальні передумови для плідного використання інтелектуального ресурсу в інтересах вдосконалення ідеології безпеки, залучення широких верств населення до процесу суспільного життя і забезпечення соціального миру.

Безпосередній об'єкт злочину, передбаченого статтею 130 Кримінального кодексу України

Визначення і детальний розгляд змісту об'єкта злочину дозволяє з'ясувати сутність соціальних цінностей, що забезпечуються суспільними відносинами та перебувають під охороною закону про кримінальну відповідальність, суб'єктів, які безпосередньо заінтересовані в їх охороні, та соціального зв'язку між особами, що є учасниками таких відносин. Окрім того, характеристика об'єкта злочину може сприяти уточненню встановлених законодавцем обмежень і, відповідно, дії кримінально-правової норми, розмежуванню злочинного від незлочинного в поведінці конкретної особи, а також служити у правозастосовній діяльності орієнтиром для правильної кваліфікації вчиненого діяння і його наслідків.

Саме тому пропонується стаття присвячена кримінально-правовій характеристиці злочину, відповідальність за який передбачена ст. 130 КК України. Чинним КК передбачена відповідальність за свідоме поставлення іншої особи в небезпеку зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншою невиліковною інфекційною хворобою, що є небезпечною для життя людини (ч. 1 ст. 130 КК).

З приводу визначення змісту безпосереднього об'єкта розглядуваного злочину серед вчених має місце певна єдність, однак іноді погляди різняться. Певною мірою ці відмінності обумовлені прийняттям у 2001 р. нового Кримінального кодексу. Однак формальні моменти можуть і не братися до уваги, оскільки ст. 130 КК 2001 р. фактично відтворює зміст двох статей КК 1960 р., а саме: ст. 108 «Зараження венеричним захворюванням» та ст. 108² «Зараження вірусом імунодефіциту людини».

Щодо єдності у поглядах на зміст безпосереднього об'єкта зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншою невиліковною інфекційною хворобою, то вона виявляється у віднесенні розглядуваного злочину до злочинів проти здоров'я людини. При цьому виявлені у поглядах науковців відмінності стосуються різного бачення змісту поняття здоров'я, спроби конкретизувати ту його складову, яка відбиває сутність соціальної цінності (предмета суспільного відношення),

визначення наявності інших цінностей, що, нарівні зі здоров'ям, страждають при вчиненні досліджуваного злочину. Так, В. І. Борисов та В. М. Куц, характеризуючи злочини, які передбачені ст. 108 та ст. 108² КК України 1960 р., вказують, що ці діяння посягають на здоров'я людини¹. При цьому вони вважають, що здоров'ям є стан людини, який дозволяє їй відповідно до рівня біологічного розвитку правильно та нормально жити і працювати². Як на наш погляд, визначення змісту безпосереднього об'єкта зараження вірусом імунodefіциту людини чи іншою невиліковною інфекційною хворобою крізь призму загального поняття здоров'я людини дещо «стиратиме» особливості соціального інтересу в захисті цього блага і певною мірою перешкоджатиме виявленню його відмінностей від змісту родового об'єкта злочинів, охоплених розділом II Особливої частини КК.

М. І. Бажанов, характеризуючи аналогічні злочини за КК України 1960 р., відносив їх до групи злочинів проти здоров'я та його безпеки³. З приводу такого судження слід зазначити, що М. І. Бажанов поділяв дещо інше визначення поняття здоров'я, вважаючи таким нормальне функціонування тканин та органів людського тіла⁴, та не конкретизував своє бачення поняття безпеки здоров'я. Слід визнати, що М. І. Бажанов зосереджував свою увагу головним чином на дослідженні ознак об'єктивної та суб'єктивної сторони цих злочинів, детально вивчав ознаки суб'єкта. Саме тому стосовно об'єкта обмежився загальною вказівкою. Втім, все ж таки зазначимо, що М. І. Бажанов, на наш погляд, вірно звернув увагу на здатність розглядуваного злочину як завдавати шкоди, так і створювати загрозу заподіяння шкоди здоров'ю людини.

Вивчаючи питання кримінальної відповідальності за створення загрози, М. І. Панов та В. П. Тихий дійшли висновку, що наявна загроза може характеризувати в одних випадках властивості суспільно небезпечного діяння, а в інших — його наслідки. Також ці вчені зазначають, що небезпека створює в конкретній ситуації можливість спри-

¹ Борисов В. И., Куц В. Н. Преступления против жизни и здоровья: вопросы квалификации. – Харьков, 1995. – С. 53, 59.

² Там само. – С. 38.

³ Сташис В. В., Бажанов М. И. Личность под охраной уголовного закона. Симферополь, 1996. – С. 118, 136.

⁴ Там само. – С. 83.

чинення шкоди тому або іншому об'єкту¹, однак, додамо від себе, не змінює властивостей цього об'єкта. Тому навіть при виникненні загрози заподіяння шкоди здоров'ю особи об'єктом такої загрози, на нашу думку, лишається здоров'я, без можливості трансформації цієї охоронюваної цінності в іншу, наприклад, безпеку здоров'я.

На наявність загрози для здоров'я внаслідок вчинення дій, типових для зараження вірусом імунодефіциту людини, вказують також інші дослідники розглядуваного злочину. Так, аналізуючи питання кваліфікації діянь за ст. 122 КК Російської Федерації (зараження вірусом імунодефіциту людини), Є. Сидоренко погоджується з тим, що при піддаванні загрози зараження вірусом імунодефіциту людини шкода здоров'ю не завдається, а лише створюється реальна можливість такого заподіяння². Наразі зазначимо, що наукова позиція М. І. Бажанова, Є. Сидоренко та інших вчених видається цілком слушною за умови тлумачення поняття здоров'я виключно в межах медичного аспекту. Однак такий підхід дещо не відповідає положенням чинного законодавства, посилення на які будуть зроблені при викладенні нашої позиції.

В. О. Навроцький «Зараження венеричним захворюванням» (ст. 108 КК 1960 р.) та «Зараження вірусом імунодефіциту людини» (ст. 1082 КК 1960 р.), подібно до М. І. Бажанова, Є. Сидоренко та інших вчених, відносить до злочинів проти особистої безпеки і вказує, що вони становлять групу злочинів, пов'язаних із поширенням венеричних хвороб та захворювання на СНІД³. Щодо подібного рішення при визначенні безпосереднього об'єкта «Зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншою невеликою інфекційною хворобою» (ст. 130 КК України 2001 р.) можна висловити деякі пропозиції в частині доцільності відмови від застосування поняття «особиста безпека», яка може потерпати від злочинних посягань як на особу, так і на громадську безпеку чи здоров'я населення. Тому видається, що поняття «особиста безпека» більш вдало відбиває сутність соціального інтересу у відсутності загроз невизначеному колу осіб, наприклад від джерел підвищеної небезпеки.

¹ Панов Н. И., Тихий В. П. Уголовная ответственность за создание опасности // Проблемы законности. – 1976. – Вып. 32. – С. 104–111.

² Сидоренко Е. Заражение ВИЧ-инфекцией: вопросы уголовно-правовой оценки // Уголовное право. – 2007. – № 1. – С.55–59.

³ Навроцький В. О. Кримінальне право України. Особлива частина: Курс лекцій. – К., 2000. – С. 177.

В. В. Сташис «Зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншою невиліковною інфекційною хворобою» (ст. 130 КК України 2001 р.) визнає злочином проти здоров'я, однак відносить його до спеціальних видів тілесних ушкоджень¹. Видається, що підставою віднесення вказаного злочину до тілесних ушкоджень служить наявність розладу здоров'я, спричиненого біологічним зовнішнім вражаючим фактором (п. 1.2. Правил судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень). Щодо спеціального виду такого тілесного ушкодження, то вважаємо, що в даному випадку враховується поведінка винної особи, якій у більшості випадків для заподіяння шкоди здоров'ю іншій людині достатньо приховати наявність інфекції, поводитись наче здорова людина, не обмежувати себе при спілкуванні з іншими людьми. Таким чином, дотримання підходу, запропонованого В. В. Сташисом, дозволяє уникнути при визначенні змісту безпосереднього об'єкта розглядуваного злочину ототожнення його із родовим об'єктом та резервує шлях для виявлення особливостей, притаманних виключно об'єкту зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншою невиліковною інфекційною хворобою. Так, подібно до родового об'єкта, розглядуваний злочин посягає на здоров'я. Однак, на відміну від нього, безпосередній об'єкт має власні особливості, які виявляються як у специфіці змісту соціальної потреби, що породжує відповідний соціальний інтерес, так і в мірі індивідуалізації вимог щодо поведінки суб'єктів відповідних суспільних відносин.

П. П. Андрушко та Л. П. Брич, які звертали свої наукові інтереси до питань кваліфікації діянь за ст. 130 КК, на жаль, не акцентували увагу на змісті соціального інтересу, покладеного в основу формування безпосереднього об'єкта цього злочину. Переважно ці вчені аналізували інші елементи розглядуваного злочину: об'єктивну та суб'єктивну сторони, суб'єкта².

¹ Кримінальне право України: Особлива частина: Підруч. для студентів вищ. навч. закл. освіти / М. І. Бажанов, В. Я. Тацій, В. В. Сташис, І. О. Зінченко та ін.; За ред. професорів М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К.; Х., 2001. – С. 42.

² Андрушко П. П. Проблеми кваліфікації злочинів, пов'язаних із зараженням людини інфекційними хворобами (статті 130, 131, 133 КК України) // Кримінально-правова охорона життя та здоров'я особи: Матеріали наук.-практ. конф. [Харків] 22–23 квітн. 2004 р. / Редкол.: В. В. Сташис (гол. ред.) та ін. – К.; Х., 2004. – С. 94–97; Брич Л. Спільні та розмежувальні ознаки складів злочинів, передбачених ст. 130 КК України «Зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби», із суміжними складами злочинів // Вісн. Львів. ун-ту. Сер. юридична. – 2003. – Вип. 38. – С. 454–467.

Детальний розгляд сутності безпосереднього об'єкта досліджуваного злочину дозволяє зробити висновок, що специфіка відносин, які поставлені під захист нормою ст. 130 КК, обумовлена дещо відмінними від загальних вимогами охорони життя і здоров'я особи. Передусім ці вимоги звернені до носіїв ВІЛ та збудників інших невиліковних інфекційних хвороб. Зокрема, вказані учасники розглядуваних суспільних відносин повинні враховувати стан свого здоров'я і визначати власну поведінку таким чином, щоб їх вільне перебування у суспільстві, спілкування з іншими людьми не створювало для останніх загрози поширення інфекції. Свобода пересування носіїв того чи іншого виду інфекційного захворювання повинна обмежуватись ними самостійно і в інтересах оточуючих. Зокрема, воля зараженої особи має спрямовуватись на вчинення певних дій та на утримання від вчинення інших, що в сукупності із застосуванням медичних препаратів, інших заходів забезпечить повну профілактику поширення захворювання без будь-якої ізоляції носія хвороби.

У подальшому за основу дослідження безпосереднього об'єкта зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби (ст. 130 КК) вдається за необхідне взяти ту складову визначення поняття здоров'я, яка вказує на стан повного душевного та соціального благополуччя учасників відповідних суспільних відносин стосовно їх здоров'я (див.: ст. 3 Основ законодавства України про охорону здоров'я)¹. Гадаємо, саме цей аспект констатування наявності здоров'я дозволяє з'ясувати сутність соціальної цінності, що захищається від злочинного посягання при зараженні тією чи іншою невиліковною інфекційною хворобою чи ВІЛ. На необхідності врахування стану благополуччя особи при визначенні поняття здоров'я вказують також інші вчені². Так, Р. Шарапов та А. Коновалов зазначають, що здоров'я — стан нормального функціонування органів і систем організму людини, що виявляється в її фізичному і психічному благополуччі і забезпечує їй життєдіяльність і соціальну активність. Наве-

¹ Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19 липня 1992 р. № 2801-ХІІ // Нормативні акти України [Електронний ресурс]: Програмний продукт / Всеукраїнська мережа поширення інформ. – Версія 8.4.0.0. – К., 1994.

² Дашковська О. Р. Репродуктивні права жінки: особливості реалізації та захисту // Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб. – Вип. 74. – 2005. – С. 3–9; Лобанова Л. В., Камнев Р. Г. Уголовно-правовое значение возможного заражения ВИЧ-инфекцией // Рос. юстиция. – 2008. – № 3. – С. 30–31; Шарапов Р., Коновалов А. Понятие вреда здоровью в условиях правовой дезориентации судебно-медицинской экспертизы живых лиц // Уголовное право. – 2007. – № 1. – С. 127–131.

дене визначення, як підкреслюють ці науковці, демонструє єдність соціального і медичного аспектів у понятті здоров'я¹. Л. В. Лобанова та Р. Г. Камнев у своїх дослідженнях обґрунтованості звільнення від кримінальної відповідальності за зараження ВІЛ-інфекцією у разі згоди потерпілої особи звертають увагу на фактичну неможливість прийняття такого рішення одноосібно, без врахування інтересів інших суб'єктів суспільного життя. Згідно з цілком сприйнятною позицією цих вчених загроза для оточуючих виникає тому, що вони не в змозі відвернутися від носія ВІЛ-інфекції, ставитись до нього як до вигнанця, а держава, в свою чергу, має віднайти засоби на мінімізацію небезпеки зараження від такої особи інших осіб². Логічним видається висновок, що у подібних випадках страждає саме стан спокою оточуючих осіб, їх душевне та соціальне благополуччя стосовно власного здоров'я.

Аналізуючи теоретично поняття «стан душевного та соціального благополуччя», необхідно перш за все визначити, що слід розуміти під благополуччям. Етимологічне значення поняття «благополучний» вказує на досягнутий успіх, вдачу, цілковиту задоволеність³. У свою чергу задоволеність пов'язується із наявним соціально-психологічним кліматом та ефективністю як особистої діяльності, так і оточуючих⁴. Закон України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» у ст. 1 передбачає, що санітарне та епідемічне благополуччя населення — це стан здоров'я населення та середовища життєдіяльності людини, за якого показники захворюваності перебувають на усталеному рівні для даної території, умови проживання сприятливі для населення, а параметри факторів середовища життєдіяльності знаходяться в межах, визначених санітарними нормами⁵. У такому разі стан душевного та соціального благополуччя як складо-

¹ Шарпов Р., Коновалов А. Понятие вреда здоровью в условиях правовой дезориентации судебно-медицинской экспертизы живых лиц // Уголовное право. – 2007. – №1. – С. 127–131.

² Кримінальне право України: Особлива частина: Підруч. для студ. вищ. навч. закл. освіти / М.І. Бажанов, В. Я. Тацій, В. В. Сташис, І. О. Зінченко та ін.; За ред. професорів М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К.; Х., 2001.

³ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / Российская академия наук. Институт русского языка им. В. В. Виноградова. – 4-е изд., доп. – М., 1999. – С. 50.

⁴ Психология: Словарь / Под общ. ред. А. В. Петровского, М. Г. Ярошевского. – 2-е изд., испр. и доп. – М., 1990.

⁵ Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення: Закон України від 24 лют. 1994 р. № 4004-ХІІ // Відом. Верхов. Ради України. – 1994. – № 27. – Ст. 218.

ва поняття «здоров'я людини» вказує на її задоволеність існуючими умовами життя, власними здібностями та спектром можливостей, відкритих для їх реалізації, впевненість в обережному ставленні до себе з боку оточуючих, відсутність загрози захворювання у разі спілкування з іншими людьми. При цьому вважаємо за доцільне уточнити, що поняття «стан душевного благополуччя» значною мірою також відбиває заінтересованість особи у здоров'ї оточуючих, тих, з ким доводиться стикатися у зв'язку з організацією власного життя (жити в одному помешканні, працювати на виробництві тощо).

Щодо характеристики об'єкта розглядуваного злочину примітними також є положення преамбули Основ законодавства України про охорону здоров'я, в якій законодавець орієнтує цей нормативний акт на визначення правових, організаційних, економічних та соціальних засад охорони здоров'я в Україні з метою, зокрема, усунення факторів, що шкідливо впливають на здоров'я громадян, попередження і зниження захворюваності тощо¹. Видається, що одним із факторів, які шкідливо впливають на здоров'я громадян, є наявність серед суб'єктів громадського спілкування інфікованих ВІЛ чи невиліковними інфекційними хворобами. Саме тому складовою мети охорони здоров'я є попередження захворюваності та поступове зниження її рівня.

Показовим є і положення ст. 3 Основ, у якому охорона здоров'я визначена як система заходів, спрямованих на забезпечення, збереження і розвиток фізіологічних і психологічних функцій, оптимальної працездатності та соціальної активності людини при максимальній біологічно можливій індивідуальній тривалості життя². За такого підходу набувають рівного значення заходи охорони здоров'я як відносно здорової людини, так і зараженої на ВІЛ чи іншу невиліковну інфекційну хворобу. Інакше кажучи, законодавець рівною мірою опікується метою забезпечення соціальної активності всіх учасників суспільства і якщо за загальним правилом діяльність держави спрямовується на створення належних умов для зростання та життєдіяльності здорових людей, то особливості такої діяльності передбачають турботу про інвалідів, хворих, осіб з вадами розвитку тощо.

¹ Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19 листоп. 1992 р. № 2801-ХІІ // Нормативні акти України [Електронний ресурс]: Програмний продукт / Всеукраїнська мережа поширення інформ. – Версія 8.4.0.0. – К., 1994.

² Там само.

Цілком ймовірно, що задоволення інтересів настільки різних за своїми потребами людей може виявляти труднощі в їх взаємному узгодженні. Одночасне користування благами соціального розвитку як відносно здоровими особами, так і особами з погіршеним здоров'ям вимагає від суспільства розробки певних правил. Зміст цих правил головним чином спрямований на допомогу дітям, літнім людям, інвалідам, тяжкохворим, полегшення їх участі у громадському житті, відповідну компенсацію їх тимчасової чи постійної неспроможності самотійно та повною мірою користуватися здобутками соціально-економічного розвитку суспільства. У такому разі передбачені правилами обмеження та обов'язки, адресовані до відносно здорових осіб: не займати місця в громадському транспорті, які призначені для інвалідів, облаштовувати місця для відпочинку, спеціальні доріжки для пересування (підйому) інвалідних візків, руху сліпих пішоходів, надавати позачергово путівки на оздоровлення, безоплатне профілактичне лікування, створення робочих місць тощо. Однак особи, в інтересах яких створюється режим сприяння, можуть і в окремих випадках зобов'язані дотримуватися певних обмежень. Річ у тім, що намагання хворої особи повною мірою реалізувати свої здібності та нахили може призвести до ускладнень її власного здоров'я, а подекуди зашкодити оточуючим. Саме тому ст. 5 Основ передбачено, що громадяни зобов'язані не завдавати шкоди здоров'ю населення і окремих осіб, а також виконувати інші обов'язки, передбачені законодавством про охорону здоров'я¹.

Таким чином, **предметом** суспільних відносин, що перебувають під охороною ст. 130 КК, є стан душевного та соціального благополуччя людини стосовно її здоров'я. Соціально-правове забезпечення стану душевного та соціального благополуччя людини стосовно її здоров'я передбачає дотримання з боку ВІЛ-інфікованих та заражених невиліковними інфекційними хворобами певних правил, що обмежують їхні можливості волевиявлення у спілкуванні з іншими учасниками суспільного життя. За умови дотримання встановлених правил носії небезпечних хвороб не ізолюються і продовжують жити у відносно звичних умовах. У межах правового забезпечення цих відносин норма ст. 130 КК виконує охоронну функцію.

Суб'єктами (учасниками) відносин, що охороняються ст. 130 КК, є ВІЛ-інфіковані особи, чи особи, які заражені невиліковними інфекцій-

¹ Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19 листоп. 1992 р. № 2801-ХІІ // Нормативні акти України [Електронний ресурс]: Програмний продукт / Всеукраїнська мережа поширення інформ. – Версія 8.4.0.0. – К., 1994.

ними хворобами. Колом суб'єктів розглядуваних суспільних відносин охоплюються також: держава і її органи, органи місцевого самоврядування, службові особи підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, медичні працівники. Ці особи беруть участь у суспільних відносинах, охоронюваних ст. 130 КК, як зобов'язані суб'єкти. Учасниками цих суспільних відносин є також фізичні особи, забезпечення здоров'я яких є предметом безпосередньої уваги з боку держави.

Зміст **соціального зв'язку**, що виникає між суб'єктами зазначених відносин, полягає в соціально-правовому забезпеченні та охороні душевного і соціального благополуччя людини стосовно її здоров'я, тобто у створенні і підтримці умов для оптимальної працездатності та соціальної активності людини при максимальній біологічно можливій індивідуальній тривалості життя. Можливість правового забезпечення таких умов формується шляхом належного виконання зобов'язаними учасниками окреслених суспільних відносин нормативних приписів. «Важлива ознака розглядуваного соціального зв'язку — обов'язок певної поведінки взаємозалежних, взаємодіючих суб'єктів відносин», відзначає В. Я. Тацій¹.

Викладене дозволяє зробити висновок, що **безпосереднім об'єктом** злочинного посягання, передбаченого ст. 130 КК, є суспільні відносини, що забезпечують стан душевного та соціального благополуччя людини стосовно її здоров'я. Зміст цих суспільних відносин полягає у створенні і підтриманні умов, за яких показники захворюваності перебувають на усталеному рівні для даної території, умови проживання сприятливі для населення, параметри факторів середовища життєдіяльності знаходяться в межах, визначених санітарними нормами, а фізичним особам як суб'єктам суспільного життя створюються належні умови для оптимальної працездатності та соціальної активності людини при максимальній біологічно можливій індивідуальній тривалості життя. Формуються зазначені суспільні відносини з метою гарантування як фізично здоровим особам, так і ВІЛ-інфікованим чи інфікованим невиліковою інфекційною хворобою, нормального співжиття.

Проведення дослідження об'єкта конкретного злочину є необхідним підґрунтям для виявлення усіх його специфічних ознак і в цьому значенні результати наведеної кримінально-правової характеристики об'єкта злочину, передбаченого ст. 130 КК, будуть застосовані для подальшого вивчення інших його елементів.

¹ Тацій В. Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве. – Харьков, 1988. – С. 60.

О. Виноградова, радник заступника Голови Верховного Суду України, кандидат юридичних наук

Реалії законодавчого забезпечення міжнародно-правового співробітництва у сфері кримінального судочинства

Загальновідомо, що більшість підписаних Україною багатосторонніх міжнародних договорів із питань співробітництва у кримінально-правовій сфері роками вимушені чекати на ратифікацію.

Така доля спіткала цілу низку конвенцій, які за предметом свого регулювання визнавалися міжнародною спільнотою найактуальнішими у сфері організації співпраці держав у боротьбі з різними проявами організованої злочинності. Адже саме з метою запровадження адекватних часу «новітніх механізмів» надання допомоги у кримінальних справах вони й розроблялися.

Завдяки цьому складається враження про намагання України шляхом підписання того чи іншого договору лише в черговий раз «засвітитися» у привабливому ракурсі, підтримуючи у такий спосіб нібито сучасні ініціативи. Адже, як свідчить практика, далі підписання справа не рухається, принаймні, вже досить довгий час.

Запобігаючи наперед спробі моїх опонентів захистити такі дії держави, мовляв, за існуючих правил підписання як стадія укладання договору не породжує обов'язку держави щодо його негайної ратифікації, хотілося б відразу звернути їх увагу на такий аспект, як послідовність.

Так, дійсно, підписання — це лише стадія, проте не початкова, як, скажімо, вивчення питання щодо підписання, а майже кінцева. У такий спосіб держава фактично підтверджує свій намір оформити в ньому участь. Після підписання договору вже не обговорюється питання доцільності його ратифікації, оскільки на цьому етапі йдеться вже про необхідність закінчення процедури укладення.

Затягування процесу ратифікації підписаного договору на невідзначений термін або ж переведення його в площину обговорення доцільності укладання негативним чином позначається на іміджі України.

Щоб не бути голослівною, на підтвердження наведеного пропоную розглянути лише деякі приклади такої псевдопослідовності.

Підписана від імені України 27 січня 1999 р. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією¹ була ратифікована через сім років — 18 жовтня 2008 р.

Ратифікація підписаних Україною 12 грудня 2000 р. Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності², протоколів «Про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї»³, «Проти незаконного ввозу мігрантів по суші, морю і повітрю»⁴ відбулася через чотири роки — 4 лютого 2004 р.

Майже три роки знадобилося для ратифікації підписаних Україною 15 травня 2003 р. Додаткового протоколу до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією⁵ та 11 грудня 2003 р. Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції⁶. Їх було ратифіковано 18 жовтня 2006 р.

Проте навіть після ратифікації чинності набрали не всі з цих договорів.

Так, законами України про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції⁷ та Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією⁸ встановлено, що вони набувають чинності лише з дня набрання чинності законом України про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо відповідальності за корупційні правопорушення у зв'язку з їх ратифікацією. Станом на 1 листопада 2008 р. такого Закону Верховною Радою України не прийнято.

У черзі на ратифікацію й досі чекають підписані від імені України:

¹ Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією // <http://zakon.rada.gov.ua>

² Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності, 2000 р.; Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію; Протокол проти незаконного ввозу мігрантів по суші, морю і повітрю, що доповнює Конвенцію / офіц. перекл. текстів за ред. С. С. Єжова [неофіц. вид. МВС України, призначене для юристів, що займаються питаннями ратифікації Палермської Конвенції 2000 р., WINROCK international, Київ-2003].

³ Там само.

⁴ Там само.

⁵ Додатковий протокол до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією // <http://www.coe.kiev.ua/docs/cets/cets191.htm>

⁶ Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції: Закон України // Відом. Верхов. Ради України. — 2006. — № 50. — Ст. 496.

⁷ Там само.

⁸ Про ратифікацію Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією: Закон України // Відом. Верхов. Ради України. — 2006. — № 50. — Ст. 497.

- 8 листопада 2001 р. — Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про взаємну допомогу в кримінальних справах¹;
- 7 жовтня 2002 р. — Конвенція про правову допомогу та правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах (договір у рамках СНД)²;
- 17 листопада 2005 р. — Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми³;
- 29 листопада 2005 р. — Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму⁴.

Мета цієї публікації — ознайомити читача з деякими спрямованими на вдосконалення міжнародно-правового співробітництва в кримінальних справах новелами перелічених вище міжнародних договорів з тим, щоб скласти уявлення, від чого в умовах сьогодення доводиться відмовлятися, очікуючи роками їх ратифікації.

У зв'язку з цим пропоную розглянути, які саме перспективи співпраці відкривають наступні міжнародні договори своїм учасникам.

Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про взаємну допомогу в кримінальних справах надає компетентним органам держав-учасниць можливість застосування:

- допиту особи шляхом відео та телефонної конференції (ч. 1 ст. 9 та ч. 1 ст. 10);
- транскордонного нагляду (ч. 1 ст.17);
- контрольованої передачі (ч. 1 ст. 17);
- таємних та спільних розслідувань (ч. 1 ст. 17).

З моменту відкриття названого протоколу до підписання (8 лютого 2001 р. його підписали та ратифікували лише 17 із 47 держав-членів Ради Європи та Ізраїль. Україна перебуває серед 17 інших держав-членів Ради Європи, які підписали, але не ратифікували цей протокол.

Конвенція про правову допомогу та правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах передбачає можливість:

¹ Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про взаємну допомогу в кримінальних справах // http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_518

² Конвенція про правову допомогу та правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах // http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=997_619

³ Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми // <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=197&CM=1&CL=RUS>

⁴ Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму // <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=198&CM=1&CL=RUS>

– створення спільних слідчо-оперативних груп з метою швидкого та всебічного розслідування злочинів, скоєних однією або кількома особами на території двох чи більше Договірних Сторін або таких, що зачіпають їхні інтереси (ст. 63);

– виконання на підставі доручень про надання правової допомоги в кримінальних справах оперативно-розшукових заходів, спрямованих на виявлення майна, грошей та цінностей, одержаних злочинним шляхом, а також доходів від злочинної діяльності, що належать обвинуваченим (підсудним, засудженим) (ст. 104);

– використання засобів відеозв'язку (ст. 105);

– використання методу контрольованої поставки з метою виявлення осіб, які беруть участь у вчиненні злочину, отримання доказів і забезпечення кримінального переслідування (ст. 108).

На сьогодні для України є чинною Мінська конвенція про правову допомогу та правові відношення в цивільних, сімейних та кримінальних справах 1993 р., проте, вона не містить положень, аналогічних новелам Кишинівської конвенції.

Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми, зокрема, ч. 1 ст. 33, допускає передачу однією Стороною конвенції іншій інформації щодо загрози життю, свободі або фізичній цілісності особи, яка знаходиться на території останньої, для вжиття відповідних заходів захисту.

Відповідно до положення ч. 2 ст. 34 цієї Конвенції кожній державі (Стороні конвенції) надається право в межах свого національного законодавства без попереднього запиту надсилати іншій державі (Стороні конвенції) інформацію, отриману в рамках своїх власних розслідувань, якщо вона вважає, що отримання такої інформації може допомогти розпочати або провести розслідування або процес щодо злочинів, вказаних у Конвенції, або може мати наслідком запит іншої держави про співробітництво.

Сьогодні названу Конвенцію ратифікували 20 держав-членів Ради Європи, ще 20 держав підписали, але не ратифікували.

Водночас слід зазначити, що хоча ратифікований Україною Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї (Закон України від 4 лютого 2004 р. № 1433-IV) доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності, проте Конвенцію Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми було розроблено на розвиток саме цього Протоколу, а отже, передбачені ним заходи є потребою сьогодення.

Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму передбачає співпрацю з питань:

– конфіскації конкретного майна або предметів, що являють собою доходи або засоби і знаряддя, а також конфіскацію доходів у вигляді вимоги сплатити грошову суму, еквівалентну вартості доходів (підп. «а» п. 2 ст. 15);

– одержання/надання на запит інформації про банківські рахунки суб'єкта кримінального переслідування (ст. 17);

– одержання/надання на запит даних про конкретні банківські рахунки та банківські операції, які здійснювалися протягом визначеного періоду через один чи більше рахунків, указаних у запиті, у тому числі дані про будь-який рахунок відправлення чи отримання (ст. 18);

– виконання запитів про моніторинг банківських операцій, які проходять через один чи більше рахунків, зазначених у запиті (ст. 19);

– надання без попереднього запиту іншій Стороні інформації про засоби, знаряддя та доходи, розкриття якої могло б допомогти їй у порушенні чи проведенні розслідування або досудового розгляду або привести до надіслання запиту цією Стороною в порядку міжнародного співробітництва (ст. 20);

– повернення конфіскованого майна запитуючій Стороні з метою відшкодування шкоди жертвам або повернення майна законним власникам та укладання угод або домовленостей про розподіл з іншими Сторонами такого майна, на регулярній основі або залежно від конкретного випадку (ст. 25);

– міжнародне співробітництво для відкладення підозрілих операцій (ст. 47).

Водночас слід зазначити, що з 1998 р. Україна є стороною Конвенції Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, 1990 р., проте її зміст відрізняється від Конвенції 2005 р. Останню ратифікували 11 держав: Албанія, Вірменія, Боснія та Герцоговина, Хорватія, Мальта, Молдова, Чорногорія, Нідерланди, Польща, Румунія та Словаччина. Ще 19 держав, у тому числі й Україна — підписали, але не ратифікували.

Аналізуючи передбачені не ратифікованими Україною міжнародними актами форми співпраці, неможливо не звернути увагу на одну їх спільну рису, яка, напевно, і є головним гальмівним фактором ратифікації договорів, якими вони передбачені. Це необхідність внесення відповідних змін до законодавства України.

Так, наприклад, положення щодо запитування/одержання міжнародної правової допомоги у вигляді оперативно-розшукових заходів (транскордонного нагляду, контрольованої поставки, таємних розслідувань тощо), передбачених Другим додатковим протоколом до Європейської конвенції про взаємну допомогу в кримінальних справах та Конвенцією про правову допомогу та правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах, потребуватиме внесення змін до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»¹. У діючій редакції цього Закону надано вичерпний перелік суб'єктів, яким дозволяється її проведення на території України (ст. 5). Здійснення ж оперативно-розшукових заходів суб'єктами, що не входять до цього переліку, останнім прямо заборонено. Обмежує цей Закон, порівняно з положенням ст. 17 Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах, і підстави для проведення візуального спостереження за особою.

Без внесення змін до внутрішнього законодавства України виконати клопотання держави (Сторони конвенції) й надати їй співробітникам дозвіл на проведення на території України вказаних заходів буде неможливо. Змін до законодавства вимагатиме також і передбачена цими міжнародними договорами можливість виконання запитів про застосування для допиту особи відео та телефонної конференції.

Слід зазначити, що положення стосовно імплементації нововведень згаданих договорів передбачені у проекті Кримінально-процесуального кодексу України (реєстр. № 1233)², проте його не прийнято ще навіть у першому читанні.

Так, наприклад, допит свідка, потерпілого, експерта на доручення компетентного органу іноземної держави за допомогою відео або телефонної конференції врегульовано ст. 652 проекту Кодексу. Порядок створення і діяльність спільних слідчо-оперативних груп визначає ст. 653. Можливість органу дізнання у процесі здійснення оперативно-розшукових заходів у разі виявлення контрабандної поставки не вилучати її з місця закладки або транспортування, а за домовленістю з компетентними органами держави, куди її адресовано, безперешкодно пропустити її через митний кордон України для подальшого виявлення, викриття та документування злочинної діяльності членів

¹ Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України // Відом. Верхов. Ради України. — 1992. — № 22. — Ст. 303.

² Проект Кримінально-процесуального кодексу України №1233 від 13.12.2007 р. // http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=31115

злочинних організацій, що займаються контрабандою (контрольованої поставки), передбачає ст. 654. Питання «прикордонного переслідування» регламентує ст. 655. Умови та порядок здійснення оперативно-розшукових заходів в інтересах інших країн визначає ст. 656 Кодексу, а направлення доручень до компетентних органів інших держав про здійснення оперативно-розшукових заходів — ст. 657.

Реалізація положень статей 15, 17, 18, 19 та 45 Конвенції Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму потребуватиме внесення відповідних змін до Кримінального кодексу України¹, Закону України «Про банки і банківську діяльність»², Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом».

За загальним правилом ч. 7 ст. 9 Закону України «Про міжнародні договори України», якщо на ратифікацію подається міжнародний договір, виконання якого потребує прийняття нових або внесення змін до чинних законів України, проекти таких законів подаються на розгляд Верховної Ради України разом із проектом закону про ратифікацію і приймаються одночасно.

Підготовка ж відповідного законопроекту, незважаючи на вимогу абз. 2 ч. 5 цієї ж статті, згідно з якою саме міністерство, інший центральний орган виконавчої влади готує пропозиції щодо ратифікації міжнародного договору України і подає їх Міністерству закордонних справ України протягом двох місяців із дня його підписання, затягується на роки, унеможливаючи відповідно прийняття закону про ратифікацію, наслідком чого є наведені у публікації факти.

У даному випадку залишається лише сподіватися на зміну вектора дійсного відношення до міжнародного співробітництва у сфері кримінального судочинства, скерованого на зміцнення іміджу України та належного виконання органами, від яких залежить питання ратифікації, своїх обов'язків.

¹ Кримінальний кодекс України: Офіц.видан. — К., 2001.

² Про банки і банківську діяльність: Закон України // Відом. Верхов. Ради України. — 2001. — № 5–6. — Ст. 30.

В. Зеленецький, заступник директора НДІ вивчення проблем злочинності Академії правових наук України, академік Академії правових наук України;
Л. Лобойко, доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального процесу Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

Критерії оцінки ефективності діяльності органів кримінального переслідування в Україні

З методологічної точки зору оцінка ефективності діяльності системи органів, які здійснюють в Україні кримінальне переслідування, має ґрунтуватися на певних критеріях.

У наукових роботах даному питанню приділяється значна увага. Проблема виникає не щодо розуміння ефективності системи органів кримінального переслідування, яку можна оцінити шляхом порівняння отриманих позитивних соціальних результатів (викриття і покарання винних, поновлення прав потерпілих тощо) та витрат правоохоронної і судової системи на їх досягнення, а з визначенням розмірів складових цієї формули ефективності — позитивних соціальних результатів та витрат.

Пояснити це можна тим, що не всі позитивні соціальні результати (соціальний ефект) є безпосереднім досягненням діяльності суб'єктів кримінального переслідування, що зумовлює потребу врахування під час аналізу цього питання ролі допоміжних чинників, які впливають на ефективність процесу переслідування.

Так, наприклад, ефективність діяльності органів кримінального переслідування у конкретній кримінальній справі може залежати, окрім чинників, що залежать від результативності у діяльності цих органів, ще й від поведінки суб'єкта, щодо якого здійснюється переслідування, та суб'єктів, які здійснюють допоміжну функцію (свідків, експертів тощо).

Значною мірою поведінку цих суб'єктів визначають посадові особи державних органів, які здійснюють кримінальне переслідування. Так, з метою забезпечення належної поведінки обвинуваченого щодо нього може бути обрано запобіжний захід, а з метою гарантування давання достовірних показань свідком останнього попереджають про

кримінальну відповідальність за ухилення від давання показань і давання завідомо неправдивих показань.

Однак є сфера життєдіяльності суб'єктів кримінального процесу, на яку посадові особи, котрі здійснюють кримінальне переслідування, не завжди можуть вплинути через ті чи інші причини. Так, поза сферою впливу посадовців державних органів можуть перебувати факти підкупу чи залякування потерпілих, свідків, експертів; фальсифікація даних і подання їх для використання як доказів у кримінальній справі тощо.

Завданням цього дослідження є виявлення лише тих чинників, що перебувають у безпосередньому зв'язку із діяльністю органів кримінального переслідування, а також визначення критеріїв і пов'язаних з ними показників оцінки ефективності діяльності цих органів.

Визначити ефективність кримінального переслідування можна шляхом оцінки ефективності організації діяльності органів кримінального переслідування та оцінки ефективності діяльності із кримінального переслідування.

Відразу зазначимо, що не вважаємо за доцільне пошук якогось одного універсального критерію ефективності діяльності органів кримінального переслідування.

Найбільш точною, а отже і об'єктивною, є система оцінювання ефективності діяльності органів кримінального переслідування за декількома критеріями. При цьому слід враховувати, що ефективність кримінального переслідування як одного з основних напрямів кримінально-процесуальної діяльності залежить як від злагодженої діяльності певного органу, так і від результативної діяльності окремих співробітників даного органу.

Визначаючи систему критеріїв ефективності кримінального переслідування, слід враховувати також ту обставину, що кримінальний процес хоча і є (принаймні на своїх досудових стадіях, коли розпочинається кримінальне переслідування певних осіб) відносно закритою системою, оцінку діяльності органів переслідування дають не лише суб'єкти кримінального процесу, а й особи і групи осіб, які перебувають поза процесом у конкретній справі.

Виходячи із наведених вище позицій, сформулюємо і проаналізуємо систему критеріїв ефективності діяльності органів кримінального переслідування.

Першим і головним критерієм ефективності діяльності органів кримінального переслідування є *ступінь досягнення цими органами мети діяльності із переслідування*. Поняття цього критерію і визна-

чення його як основного обумовлено тією обставиною, що співвідношення результатів діяльності і її мети є визначальним у розумінні поняття ефективності будь-якого виду людської діяльності.

Тут слід зазначити, що проблеми ефективності кримінального процесу в цілому вже були предметом окремих наукових досліджень¹. Аналіз літератури з цього приводу показує, що усі визначення ефективності кримінального процесу базуються на тому його понятті, яке вироблене економічною наукою, де під ефективністю праці розуміють «результат досягнення поставлених соціальних цілей при максималь-но можливій економії суспільної праці, або, інакше кажучи, досягнення певної мети за найменших виробничих витрат»².

Визначають ефективність і як міру «співвідношення мети (очікуваного результату) з фактично отриманим результатом», розуміючи під результатом «не лише соціальні блага (здобутки, зміни), заради яких здійснена діяльність, але й витрати»³ під час її здійснення.

Наведені визначення ефективності є універсальними стосовно будь-яких видів людської діяльності, тому вони поширюються і на характеристику ефективності кримінального переслідування як одного з основних напрямів процесуальної діяльності, але, звичайно, з урахуванням специфіки останньої. З'ясування питання про поняття ефективності органів, які здійснюють кримінальне переслідування, має не лише теоретичне, а й безпосередньо практичне значення, оскільки «від діяльності вимагають ефективності не через привабливість цього слова, а внаслідок того, що хочуть отримати певний результат за мінімуму витрат»⁴.

При визначенні поняття ефективності стосовно кримінального процесу слід враховувати, що воно є приватним (особливим) щодо загальновизнаного поняття ефективності, під яким розуміють властивість чого-небудь, яка визначається значенням слова «ефективний»,

¹ Див.: *Томин В. Т., Поляков М. П., Попов А. П.* Очерки теории эффективного уголовного процесса / Под ред. проф. В. Т. Томина. – Пятигорск, 2000. – 239 с.; *Петрухин И. Л., Батуров Г. П., Морщакова Т. Г.* Теоретические основы эффективности правосудия. – М., 1979. – 392 с.; *Пашкевич П. Ф.* Процессуальный закон и эффективность уголовного судопроизводства. – М., 1984. – 175 с.; *Лазарев В. В.* Эффективность правоприменительных актов (Вопросы теории). – Казань, 1975. – 205 с.

² Эффективность и качество управленческой деятельности (государственно-правовой аспект) / Под общ. ред. В. В. Цветкова. – К., 1980. – С. 27.

³ *Ларин А. М.* К прогнозу развития советского уголовного процесса // Совершенствование законодательства о суде и правосудии. – М., 1985. – С. 33.

⁴ *Касавин И. Т.* О социальном содержании понятия «рациональность» // Философские науки. – 1985. – № 6. – С. 64.

тобто такий, що дає певний ефект — результат яких-небудь дій, діяльності, але не будь-який, а потрібний даному виду діяльності результат¹. Таким результатом виступає визначена мета кримінального переслідування. Тому ефективність можна розглядати як співвідношення мети і результату: мета — ціле, а результат — його частина. Результат може повністю або частково збігатися з метою або ж зовсім не збігатися з нею. Для з'ясування цього необхідно зіставити потенційно можливий (тобто прогнозований) результат, що виступає метою діяльності, і реально одержаний результат. У разі збігу результату із метою діяльність, що породила результат, є до певної міри результативною (ефективною).

Оскільки людська діяльність характеризується спрямованістю на певну мету, а остання вказує на відповідний інтерес, що відображає специфічну потребу, то можна припустити, що ефективність будь-якої діяльності полягає в її здатності, а також у реальному втіленні цієї здатності при здійсненні діяльності досягати максимально можливого результату з найменшими витратами сил, задовольняючи при цьому певну соціальну потребу². Стосовно специфіки діяльності із кримінального переслідування ефективність останньої передбачає досягнення мети у найкоротший (у встановлених законом межах) термін, з найменшою шкодою для відповідних прав і законних інтересів громадян, щодо яких здійснюється переслідування, за максимально можливої економії процесуальних сил і засобів.

У розглянутому вище понятті ефективності цінним для аналізу ефективності кримінального переслідування є поняття соціальної потреби суб'єктів у її результатах.

Відзначимо, що всі особи, які здійснюють кримінальне переслідування, покликані вести боротьбу зі злочинністю. Дане завдання реалізується у діяльності конкретних суб'єктів, пронизує кожну стадію процесу і тому є загальною для усіх них. У цьому полягає загальне призначення усіх органів, які ведуть процес і здійснюють кримінальне переслідування, їхній єдиний напрям спільної діяльності, тобто процесуальна функція. Саме вона визначає основну соціальну цінність усіх названих органів, що полягає у зменшенні рівня злочинності. За своїм змістом розглядувана функція має найбільший обсяг діяльності, що її утворює, внаслідок чого вона іменується генеральною функ-

¹ Словарь русского языка: в 4 т. / АН СССР, Ин-т рус. яз.; Под ред. А. П. Евгеньевой. — 3-е изд., стереотип. — М., 1985. — 1988. — Т. 4. — С-Я. — С. 772.

² Див.: Касавин И. Т. Вказ. праця. — С. 64.

цією процесу¹ діяльності органів, що здійснюють кримінальне переслідування.

Боротьба зі злочинністю передбачає здійснення зазначеними органами специфічної діяльності, пов'язаної із кримінальним переслідуванням осіб, які вчинили злочин, у межах конкретних кримінальних справ. Ефективне здійснення кримінального переслідування у конкретних справах сприяє реалізації генеральної функції процесу — боротьбі зі злочинністю. Кримінальне переслідування по суті є однією із форм боротьби зі злочинністю (стримання злочинності, протидії злочинності).

Отже, ефективне кримінальне переслідування дозволяє досягати суспільно корисної мети: зниження рівня злочинності у державі, забезпечення почуття безпеки у членів усього суспільства.

У конкретних же кримінальних справах досягнення мети кримінального переслідування означає ухвалення судом обвинувального вироку або прийняття іншого рішення, яким особа визнається винною у вчиненні злочину, але у зв'язку із наявністю визначених законом обставин звільняється від кримінальної відповідальності.

Підтвердження судом у своєму рішенні у справі висновків органів досудового розслідування і прокурора щодо винності особи у вчиненні злочину свідчить про ефективність здійснення кримінального переслідування. З постановленням обвинувального вироку суду особа, щодо якої здійснювалося кримінальне переслідування, вважається притягнутою до кримінальної відповідальності.

В абзаці 3 п. 2 Рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 1999 р. № 9-рп/99 зазначено, що кримінальна відповідальність передбачає офіційну оцінку відповідними державними органами поведінки особи як злочинної. Підставою кримінальної відповідальності є наявність у діяннях особи складу злочину, передбаченого кримінальним законом. Це форма реалізації державою правоохоронних норм, яка в кінцевому підсумку, як правило, полягає у застосуванні до особи, що вчинила злочин, конкретних кримінально-правових заходів примусового характеру через обвинувальний вирок суду.

У цьому ж Рішенні Конституційний Суд України на підставі здійснення системного аналізу норм КПК (статей 147, 242, 246 та ін.) дійшов висновку, що притягнення до кримінальної відповідальності, як стадія кримінального переслідування, починається з моменту винесення

¹ Див.: Зеленецький В. С. Возбуждение государственного обвинения в советском уголовном процессе. – Харьков, 1979. – С. 57.

сення слідчим постанови про притягнення особи як обвинуваченого і пред'явлення їй обвинувачення (абз. 4 п. 3). На підтвердження висновку про те, що у зміст терміна «притягнення до кримінальної відповідальності» вкладається факт пред'явлення особі обвинувачення, Конституційний Суд України наводить існування передбаченої ст. 174 КК України кримінальної відповідальності особи, яка провадить дізнання, слідчого або прокурора за притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності з корисливих мотивів чи іншої особистої заінтересованості¹.

Тут треба звернути увагу ще на один дуже важливий для практики слідчої і судової діяльності момент. Сутність його полягає в тому, що розуміння Конституційним Судом України поняття «притягнення до кримінальної відповідальності» у частині моменту притягнення (складання постанови про притягнення як обвинуваченого) не відповідає практиці Європейського суду з прав людини. У справі Екле проти Федеративної Республіки Німеччини (1982 р.) Суд постановив, що кримінальне обвинувачення може бути визначено як «офіційне повідомлення особи компетентним органом про те, що вона *підозрюється* (вид. — *Авт.*) у вчиненні кримінального злочину».

У справі Фоті та інші проти Іспанії (1982 р.) Суд розширив це поняття, включивши до нього «інші заходи, що припускають таку підозру і які також можуть серйозно вплинути на положення підозрюваного». Європейська комісія і Суд вважають, що «серйозно вплинути на положення підозрюваного» можуть такі дії, як видача ордера на арешт, обшук житла, особистий обшук. З другого боку, вони вважають, що такий критерій відсутній у разі порушення поліцейського розслідування, допиту свідків, інших дій, котрі не виявляють безпосереднього впливу на зацікавлену особу².

Оскільки Україна ратифікувала Європейську конвенцію, то судова практика в Україні має йти шляхом, визначеним Рішеннями Європейського суду з прав людини. А це означає, що початком притягнення до кримінальної відповідальності слід вважати не лише прийняття рішення про притягнення особи як обвинуваченого, а й інші моменти, пов'язані із застосуванням органами кримінального переслідування

¹Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положень ч. 3 ст. 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканність) від 27 жовтня 1999 р. № 9-рп/99 // Офіц. вісн. України. – 1999. – № 44. – Ст. 71.

²Гоміен Д. Коментарий к «Европейской конвенции о защите прав человека». – Страсбург, 1995. – С. 32–33.

заходів, «що припускають підозру і які також можуть серйозно вплинути на положення підозрюваного».

Окрім зазначених у наведених Рішеннях Європейського суду видачі ордера на арешт, обшуку житла, особистого обшуку, такими заходами за чинним українським законодавством слід вважати також порушення кримінальної справи щодо особи, запобіжне обмеження (ст. 98¹ КПК); обрання щодо особи будь-якого запобіжного заходу, в тому числі й тимчасового — затримання (а не лише арешту). Усі перераховані заходи певною мірою «виявляють безпосередній вплив на зацікавлену особу». Саме тому, наприклад, законодавець передбачив право *заінтересованої особи* оскаржити постанову про порушення кримінальної справи (ст. 98² КПК). Навіть у разі якщо справу порушено за фактом вчинення злочину, але із постанови про порушення справи вбачається, що зміст постанови припускає підозру щодо певної особи.

Якщо підходити із суто формального боку до тлумачення норм вітчизняного кримінально-процесуального права, то можна зробити висновок, що підозрюваний підпадає під поняття обвинуваченого у його «європейському розумінні». Для підтвердження цього висновку достатньо навести положення ч. 2 ст. 21 КПК: «Особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор, суддя і суд зобов'язані до першого допиту підозрюваного, обвинуваченого і підсудного... надати ...можливість захищатися встановленими законом засобами від пред'явленого обвинувачення (вид. — Авт.)...»¹. Що стосується обвинуваченого і підсудного, то вони дійсно захищаються від обвинувачення. Підозрюваним же є особа, якій обвинувачення ще не пред'явлене. Однак законодавець надає і підозрюваному право захищатися від обвинувачення. Цілком очевидним є те, що підозрюваний має захищатися від підозри, яку законодавець, можливо помилково, але ототожнив із обвинуваченням, тим самим, ймовірно що і несвідомо, наблизивши норму, викладену в ч. 2 ст. 21 КПК, до сучасного європейського рівня розуміння притягнення до кримінальної відповідальності.

Таким чином, під час провадження у кримінальній справі кримінальне переслідування як процесуальна діяльність із викриття певної особи у вчиненні злочину і притягнення до кримінальної відповідальності, котра є категорією кримінального права, певний час здійснюються паралельно (за чинним українським законодавством — з мо-

¹ Кримінально-процесуальний кодекс України // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>

менту притягнення як обвинуваченого до постановлення судом обвинувального вироку, який набрав законної сили (абз. 7 п. 1 Рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 1999 р. № 9-рп/99).

Ефективність кримінального переслідування не слід оцінювати як низьку в тому разі, коли внаслідок встановлення у суді нових обставин, що не могли бути встановлені під час досудового розслідування, прокуророві доводиться приймати рішення про відмову від підтримання державного обвинувачення. Прийняття прокурором цього рішення за даних обставин, навпаки, свідчить про ефективність його діяльності. Непротягнення невинної особи до кримінальної відповідальності є таким же цінним для суспільства, як і притягнення винних до відповідальності. І якщо прокурор виявив ініціативу у вирішенні питання про непротягнення невинної до відповідальності, то його діяльність має бути оцінена як ефективна, бо суд у разі відмови потерпілого від подальшого підтримання обвинувачення зобов'язаний прийняти рішення про закриття кримінальної справи (ч. 2 ст. 282 КПК).

Отже, критерій оцінки ефективності діяльності органів кримінального переслідування, змістом якого є співвідношення мети і фактичного результату, може бути з однаковою результативністю застосований як у випадку, коли суд, погодившись із висновками прокурора щодо винності особи, ухвалює обвинувальний вирок, так і у разі якщо прокурор на законних підставах відмовився від державного обвинувачення, і переслідувана особа визнається невинною.

Неефективною є діяльність органів кримінального переслідування, коли прокурор не зумів довести в суді обґрунтованість порушеного ним державного обвинувачення, і результатом судового розгляду стало постановлення виправдувального вироку. У цьому разі не підвищує рівень ефективності навіть значний обсяг діяльності, виконаної органами кримінального переслідування. Бо основним під час оцінки їхньої діяльності є співвідношення її мети і результату (а не обсягу).

Оцінка діяльності із кримінального переслідування є безперервним процесом, бо вона має проміжні цілі та результати. Так, наприклад, оцінка кримінального переслідування, здійснюваного слідчим, може бути дана прокурором під час вирішення ним питання про затвердження обвинувального висновку; суддя оцінює діяльність слідчого і прокурора під час вирішення питання про призначення справи до судового розгляду.

Ефективність кримінального переслідування слід оцінювати з двох позицій: 1) відповідність витрат (сил, засобів, коштів тощо) досягнутому

результату (викриття і покарання винного); 2) відповідність витрат рівню забезпечення прав заінтересованих учасників кримінального процесу (потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача тощо). Існування двох позицій щодо оцінки ефективності діяльності органів кримінального переслідування обумовлене тим, що переслідування здійснюється не лише заради притягнення особи до кримінальної відповідальності, а й для забезпечення прав осіб, які постраждали від злочину. Суспільство однаковою мірою заінтересоване як у викритті й покаранні злочинця, так і у захисті прав і законних інтересів окремих своїх членів.

Другим критерієм оцінки ефективності кримінального переслідування є його *обґрунтованість*. Обґрунтованими мають бути відповідні процесуальні акти, якими завершуються певні етапи діяльності органів дізнання, досудового слідства, прокурора із кримінального переслідування: протокол затримання, постанова про притягнення як обвинуваченого, обвинувальний висновок, постанова прокурора про зміну обвинувачення в суді.

Обґрунтування набуває свого зовнішнього вияву в тому кінцевому результаті, досягнення якого прагне особа, що здійснює кримінальне переслідування. Якісна визначеність результату обґрунтування перебуває у прямій залежності від досягнення чи недосягнення цілей обґрунтування. Не випадково у філософській літературі справедливо підкреслюється, що «по суті результат реалізації мети не містить і не може містити нічого такого, що не повідомлялося би йому процесом реалізації мети і не визначалося реальною діяльністю людини. Продукт праці є таким, яким він робиться...»¹.

Можливими адресатами, заради яких здійснюється обґрунтування необхідності кримінального переслідування, є всі суб'єкти кримінального процесу, а також суб'єкти, що входять до числа членів відповідної референтної групи (усі юристи, які є причетними до кримінального провадження). Одні з них мають право перевіряти прийняті процесуальні рішення, що стосуються кримінального переслідування, в силу свого службового становища (начальник слідчого відділу; прокурор; вищестоящий прокурор). Іншим суб'єктам право на ознайомлення з даними рішеннями та на їх оскарження надане законом в інтересах захисту своїх прав або прав осіб, інтереси яких вони представляють у кримінальному процесі (потерпілий і його представник; обвинувачений і його захисник тощо).

¹ Трубников Н. Н. О категориях «цель», «средство», «результат». – М., 1968. – С. 131.

Обґрунтоване кримінальне переслідування завжди буде ефективним незалежно від того, хто буде його оцінювати. Обґрунтовані процесуальні акти переконують суб'єктів у необхідності їх складання за наявності обставин, що покладаються в основу обґрунтування. Переконаність усіх суб'єктів кримінального процесу в обґрунтованості здійснюваного кримінального переслідування забезпечує оцінку ними переслідування як такого, що є ефективним.

Третім критерієм оцінки ефективності кримінального переслідування є його *законність*. Останню можна визначити як відповідність кримінального переслідування передбаченій законом форми (порядку). Ступінь відповідності діяльності співробітників системи органів, які здійснюють кримінальне переслідування, правилам, встановленим кримінально-процесуальним та іншими законами, і є тим критерієм, на підставі якого можна зробити висновок щодо ефективності чи не-ефективності переслідування у конкретних кримінальних справах щодо певних осіб.

Дотримання кримінально-процесуальної форми можна визначити як засіб досягнення мети діяльності органів дізнання, досудового слідства, прокурора під час здійснення ними кримінального переслідування. Дотримання процесуальної форми забезпечує повноту, всебічність та об'єктивність дослідження обставин, які можуть бути покладені в основу кримінального переслідування. При цьому чим досконалішим є засіб досягнення мети і чим правильніше він застосовується, тим ефективнішою є діяльність органів, які здійснюють кримінальне переслідування. Однак сприйняття цими органами процесуальної форми не як засобу, а як мети може призвести до появи такого негативного явища, як формалізм.

Четвертий критерій оцінки діяльності органів дізнання, досудового слідства і прокурора — *швидкість кримінального переслідування*.

Притягнення особи, яка вчинила злочин, до кримінальної відповідальності протягом стислого строку забезпечує максимальний виховний ефект. Як було показано вище, кінцевий момент притягнення особи до кримінальної відповідальності збігається із набранням чинності обвинувальним вироком суду. Але суд не є ініціатором переслідування особи у кримінальному порядку. Ініціаторами цього є органи кримінального переслідування, які звертаються до суду із обвинувальним висновком, що виконує роль своєрідного позову від імені держави до суду з вимогою притягнути певну (переслідувану) особу до кримінальної відповідальності.

Здійснення кримінального переслідування до суду (формування, формулювання слідчого обвинувачення і порушення державного обвинувачення) та у суді (підтримання державного обвинувачення) повинно здійснюватися у максимально стислі строки. Останні у практиці діяльності Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) мають назву «розумні строки».

Українське законодавство поки що не оперує терміном «розумні строки». Прогалина у чинному кримінально-процесуальному законодавстві України у частині регламентації розумних строків провадження частково заповнюється роз'ясненнями Конституційного Суду України та Верховного Суду України.

Наприклад, Конституційний Суд України так висловився щодо розумності строків досудового слідства: «Поняття “розумний строк досудового слідства” є оціночним, тобто таким, що визначається у кожному конкретному випадку з огляду на сукупність усіх обставин вчинення і розслідування злочину (злочинів). Визначення розумного строку досудового слідства залежить від багатьох факторів, включаючи обсяг і складність справи, кількість слідчих дій, число потерпілих та свідків, необхідність проведення експертиз та отримання висновків тощо.

Але за будь-яких обставин строк досудового слідства не повинен перевищувати меж необхідності. Досудове слідство повинно бути закінчено у кожній справі без порушення права на справедливий судовий розгляд і права на ефективний засіб захисту, що передбачено статтями 6, 13 Конвенції про захист прав людини та основних свобод»¹.

Верховний Суд України також змушений був дати відповідні роз'яснення головам апеляційних судів, направивши їм листа. В останньому зазначено, що відповідно до тлумачення Європейським судом положень п. 1 ст. 6 Європейської конвенції тривалість провадження у кримінальній справі для цілей цієї статті розпочинається з моменту винесення постанови про притягнення особи як обвинуваченого, затримання особи за підозрою у скоєнні злочину чи допиту її як підозрюваного (навіть допиту особи як свідка, якщо з протоколу допиту вбачається, що на момент допиту слідчий уже підозрював допитуваного у причетності до конкретного злочину) залежно від того, яка з указаних подій сталася раніше, і закінчується винесенням остаточного рішення

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 120, частини шостої статті 234, частини третьої статті 236 Кримінально-процесуального кодексу України (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора) // Вісн. Конституц. Суду України. – 2003. – № 1. – С. 24.

у кримінальній справі. При цьому період розгляду кримінальної справи не ділиться на стадії досудового слідства та судового розгляду й аналізується з точки зору його розумності в цілому¹.

Критерій швидкості кримінального переслідування (розумності строків його здійснення) дає можливість оцінити, наскільки швидко після початку кримінального переслідування певної особи було знято невизначеність стосовно неї у питанні про те, чи вчиняла вона злочин. У цьому разі мова йде про «розумне» поєднання швидкості і повноти, всебічності та об'єктивності кримінального переслідування.

¹Щодо перевищення розумних строків розгляду справ див.: Лист Верховного Суду України головам апеляційних судів від 25 січня 2006 р. № 1-5/45 // <http://www.helsinki.org.ua/index.php?id=1156767868>

В. Журавель, професор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Системи слідчих дій та тактичні операції в структурі окремої криміналістичної методики розслідування злочинів

У криміналістичній методиці розслідування злочинів, як інформаційно-пізнавальній моделі¹, особливого значення набувають типові слідчі ситуації й типові версії, типові системи слідчих дій та тактичні операції. Зазначені категорії істотно впливають на формування сучасних концепцій окремих криміналістичних методик, є їх невід'ємними складовими та зумовлюють ефективність конкретного акту розслідування.

Найбільш усталеними й апробованими криміналістичними засобами здійснення досудового розслідування прийнято вважати системи слідчих дій і тактичні операції. Водночас треба відзначити, що в літературних джерелах пропонувалися й інші терміни для визначення певних комплексів (сполучень) слідчих дій та оперативно-розшукових заходів, серед яких можна назвати такі: «криміналістичний комплекс», «спеціальна операція», «слідча операція», «стратегічна операція», «оперативно-тактична комбінація», «складний тактичний прийом» та ін.² Зокрема, Р. Белкін сукупність слідчих дій та оперативно-розшукових заходів, що спрямовані на вирішення певного тактичного завдання, називав «тактичною комбінацією»³. На думку Г. Матусовського, більш доцільним є вживання терміна «криміналістичні операції» як своєрідні комплекси дій слідчого, спрямовані на вирішення тактико-криміналістичних та методико-криміналістичних завдань. Перший різновид криміналістичних комплексів дій слідчого має яскраво ви-

¹ Див.: Журавель В. Проблеми формування базової методики розслідування злочинів / Володимир Журавель // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2008. – Вип. 1 (52). – С. 231–242.

² Див.: Комаров И. М. Криминалистические операции в досудебном производстве : монографія / И. М. Комаров. – Барнаул, 2002. – С. 29; Шевчук В. М. Криміналістична теорія тактичних операцій: проблеми та перспективи формування / В. М. Шевчук // Актуальні проблеми криміналістики: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. – Х., 2003. – С. 48.

³ Белкин Р. С. Курс криминалистики : в 3 т. т. 3 : Криминалистические средства, приемы и рекомендации / Р. С. Белкин. – М., 1997. – С. 202–208.

ражений тактичний характер, тоді як другий виходить за межі вирішення суто тактичних завдань і охоплює відповідні етапи розслідування, а в деяких випадках спрямований на вирішення навіть стратегічних завдань¹. Як видається, більш вживаними, такими, що відповідають потребам теорії і практики, слід визнати терміни «системи слідчих дій» і «тактичні операції», решту зазначених термінів можна віднести до розряду авторських новацій, які потребують більшої аргументації і певного часу для усвідомлення їх доцільності та адаптації до існуючого наукового апарату криміналістики.

Отже, традиційним елементом структури окремої криміналістичної методики є система слідчих дій². І це не випадково, оскільки криміналістична методика розглядає слідчі дії не ізольовано, а у взаємозв'язку одна з одною. Залежно від мети вони утворюють певні системи. Елементами таких систем є типові слідчі дії, а їх структура відображає оптимальну послідовність провадження. Оптимальний набір слідчих дій і оптимальна послідовність їх провадження є головними принципами формування і функціонування інформаційно-пізнавальної моделі окремої криміналістичної методики розслідування злочинів. При цьому типові системи слідчих дій, що знайшли своє відображення у методиці розслідування, зумовлені передусім предметом доказування по кримінальній справі, правовими цілями розслідування, а також типовими слідчими ситуаціями, що виникають на певних етапах розслідування окремих категорій злочинів, тобто кожній типовій слідчій ситуації притаманна своя система типових слідчих дій. З іншого боку, саме узгоджена сукупність (система) слідчих дій є найбільш дієвим засобом перевірки висунутих версій та впливу на ці ситуації з метою вирішення завдань розслідування. Крім того, системи слідчих дій здатні забезпечити економію часу на пошук правильних рішень і обрання оптимальних шляхів їх реалізації, що значно знижує рівень помилок і підвищує ефективність праці слідчого у конкретному акті розслідування.

Водночас поряд із системами слідчих дій у структурі криміналістичної методики має місце ще одна відносно нова категорія, яка одержала назву «тактична операція». Засновники концепції тактичної операції виходили з того, що вона є: 1) сукупністю тактичних засобів реалізації

¹ Магусовский Г. А. Экономические преступления: криминалистический анализ / Г. А. Магусовский. – Х., 1999. – С. 154.

² Див.: Коновалова В. Методика розслідування злочинів: оптимальні системи слідчих дій / Виолетта Коновалова // Вісн. Акад. прав. наук України. – Х., 2005. – Вип. 4 (43). – С. 155–160.

методів розслідування; 2) засобом реалізації взаємодії слідчого з органами дізнання, державними установами й організаціями, окремими громадянами, необхідність у чому виникає при вирішенні завдань розслідування; 3) організаційним і тактичним засобом ліквідації протидії з боку правопорушника; 4) засобом алгоритмізації процесу розслідування злочинів; 5) засобом реалізації тактичних прийомів, що вимагають сукупності дій слідчого та представників інших органів¹.

Поява в криміналістиці категорії «тактична операція» викликана в першу чергу потребами практики щодо необхідності комплексного провадження слідчих, оперативно-розшукових, ревізійних та інших дій з метою вирішення таких завдань, розв'язання яких іншими, не-сукупними засобами просто неможливо. При цьому йдеться про поєднання в одній категорії як організаційних, так і тактичних підходів до здійснення досудового розслідування. Саме ці чинники стимулювали науковців до розроблення концепції тактичних операцій і запровадження її положень у практику розслідування злочинів. Як відзначає В. Коновалова, «на сьогодні серед теоретичних проблем криміналістичної тактики викликає інтерес концепція тактичних операцій як своєрідної форми розслідування, що об'єднує організаційні, слідчі та оперативно-розшукові дії для швидкого й ефективного вирішення слідчих завдань»².

Розробники концепції тактичних операцій виокремлювали різноманітні ознаки цієї категорії. Так, А. Дулов виділив такі ознаки: сукупність слідчих, оперативно-розшукових, ревізійних та інших дій; єдиний план; тактичне завдання, яке не може бути вирішене провадженням окремих слідчих дій³. Л. Драпкін — комплекс слідчих, оперативно-розшукових, організаційно-підготовчих та інших дій; єдиний план; окреме проміжне завдання, підпорядковане загальній меті розслідування⁴. В. Шиканов — систему узгоджених між собою дій; єдиний план; регламентованість кримінально-процесуальним законом; проміжне

¹ Див.: Дулов А. В. Тактические операции при расследовании преступлений / А. В. Дулов. – Минск, 1979. – С. 43–44; Лаврухин С. В. Выбор тактических операций в типичных ситуациях расследования умышленных убийств / С. В. Лаврухин // Алгоритмы и организация решений следственных задач : сб. науч. тр. – Иркутск, 1982. – С. 67–70.

² Коновалова В. Е. Концепция криминалистической тактики: прогнозы развития / В. Е. Коновалова // Актуальні проблеми криміналістики: матеріали міжнар. практ. конф. – Х., 2003. – С. 68.

³ Дулов А. В. Тактические операции при расследовании преступлений / А. В. Дулов. – Минск, 1979. – С. 44.

⁴ Драпкин Л. Я. Основы теории следственных ситуаций / Л. Я. Драпкин. – Свердловск, 1987. – С. 54.

тактичне завдання, зумовлене предметом доказування; алгоритм дій¹. С. Здорівко — сполучення (комплекс, систему) однойменних або різнойменних слідчих дій, а також (або) оперативно-розшукових заходів, а іноді й організаційно-технічних заходів; взаємозалежність дій, що входять до тактичної операції; черговість (послідовність) або одночасність виконання дій; вибірковість і спрямованість дій на вирішення проміжного завдання розслідування; ситуаційну зумовленість; єдине керівництво з боку слідчого; єдиний план². В. Шевчук – системність взаємозалежних і взаємоузгоджених слідчих, оперативно-розшукових та інших дій; зумовленість цієї системи дій слідчою, а іноді й дослідною ситуацією; плановірність їх проведення й реалізації; керівну роль слідчого (за винятком оперативно-тактичних операцій, де керівником може бути й посадова особа органів дізнання); цілеспрямованість дій на вирішення окремих проміжних тактичних завдань³.

На підтримку доцільності розроблення концепції тактичних операцій науковцями наводилися й різноманітні аргументи. Так, на думку О. Баєва, дослідження злочинів можна уявити собі у вигляді послідовного або паралельного вирішення слідчим низки локальних завдань, які забезпечують розкриття злочину і всебічне, повне та об'єктивне дослідження обставин, що входять до предмета доказування по кримінальній справі. При цьому далеко не завжди можна вирішити те чи інше завдання за допомогою однієї слідчої дії, тактичного прийому, оперативно-розшукового заходу. У таких випадках слідчий планує і реалізує тактичну операцію⁴. В. Корноухов вважає, що слідчий у процесі розслідування в основному оперує побічними доказами, а тому доказування правових цілей розслідування відбувається через встановлення проміжних фактів, які й визначають тактичні завдання розслідування, а відтак і необхідність провадження тактичних операцій⁵. Більше того, на його переконання в методиці мова взагалі повинна

¹ Шиканов В. И. Актуальные вопросы уголовного судопроизводства и криминалистики в условиях современного научно-технического прогресса / В. И. Шиканов. – Иркутск, 1978. – С. 117–118.

² Здорівко С. Ф. Розслідування вбивств, вчинених організованими злочинними групами (типові тактичні операції) / С. Ф. Здорівко. – Х., 2004. – С. 15.

³ Шевчук В. М. Формування тактичних операцій у криміналістиці: актуальні проблеми сьогодення / В. М. Шевчук // Проблеми законності : Республік. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х., 2004. – Вип. 70. – С. 85.

⁴ Баєв О. Я. Основы криминалистики : курс лекций. – 2-е изд. перераб. и доп. / О. Я. Баєв. – М., 2003. – С. 252.

⁵ Корноухов В. Е. Методика расследования преступлений: теоретические основы / В. Е. Корноухов. – М., 2008. – С. 93.

йти не про метод, а про тактичну операцію, спрямовану на вирішення того чи іншого завдання розслідування¹. У свою чергу А. Дулов висловив вельми сміливу ідею стосовно того, що методика розслідування різноманітних категорій злочинів значною мірою повинна будуватися на розробленні лише комплексів тактичних операцій, що істотно змінить зміст методики, зробить її більш корисною для практичної діяльності по розслідуванню злочинів².

Але на сьогодні поки що ані теорія, ані практика не підтримали категоричні пропозиції А. Дулова. Ось чому, незважаючи на критику на нашу адресу³, ми глибоко переконані, що в структурі криміналістичної методики поряд повинні існувати дві побудови: системи слідчих дій і тактичні операції. Причому кожна з них має своє функціональне призначення. Якщо перша спрямована на вирішення загальних, стратегічних завдань розслідування, то друга – на вирішення завдань тактичних. У цьому питанні ми повністю солідарні з Г. Матусовським, який вважав, що «розслідування злочинів вимагає вирішення складних завдань різноманітного характеру й обсягу: від загальних, що стосуються повного розкриття і розслідування злочину, встановлення усіх обставин, що підлягають доказуванню по даній справі, викриття винних, до завдань, що вирішуються для встановлення окремих сторін розслідуваної події, забезпечення умов для досягнення загальної мети розслідування. У цьому зв'язку можна говорити про стратегічну лінію в розслідуванні і вирішення тактичних завдань – два взаємозалежних напрями в діяльності слідчого, зумовлених його повноваженнями самостійного прийняття рішення щодо спрямування досудового слідства (ст. 114 КПК України)»⁴.

Розглядаючи в структурі криміналістичної методики наявність двох побудов – систем слідчих дій і тактичних операцій⁵, ми виходили з того, що досудове розслідування передбачає необхідність у вирішенні широкого кола завдань, які можна класифікувати за різних підстав. Так, за обсягом вирішуваних завдань їх можна поділити на основні

¹ Корноухов В. Е. Методика расследования преступлений: теоретические основы / В. Е. Корноухов. – С. 117.

² Дулов А. В. Тактические операции при расследовании преступлений / А. В. Дулов. – С. 53.

³ Див.: Шепітько В. Ю. Криміналістична тактика (системно-структурний аналіз) : монографія / В. Ю. Шепітько. – Х., 2007. – С. 175.

⁴ Матусовский Г. А. Экономические преступления: криминалистический анализ / Г. А. Матусовский. – Х., 1999. – С. 152.

⁵ Див.: Журавель В. А. Тактичні операції в системі криміналістичних засобів протидії злочинності / В. А. Журавель // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики: зб. наук.-практ. матеріалів. – Х., 2006. – Вип. 6. – С. 32.

(загальні, стрижневі) та локальні (проміжні), за сферою реалізації – стратегічні та тактичні. При цьому основні (загальні, стрижневі) завдання є стратегічними, такими що впливають із предмета доказування (ст. 64 КПК України) та обставин, що підлягають з'ясуванню в цілому в ході розслідування окремого різновиду злочинів. Вони спрямовані на досягнення правової мети, за своєю природою є більш усталеними і меншою мірою піддаються впливу ситуаційних чинників. Локальні (поміжні) завдання є тактичними, що мають чітко визначену ситуаційну зумовленість.

У такому баченні можливості розподілу завдань розслідування ми неодинокі, оскільки ще у 1977 р. В. Образцов виокремив тактичні та стратегічні завдання розслідування¹. Пізніше до даної класифікації приєднався М. Яблоков, який до числа стратегічних завдань включив: встановлення особи потерпілого; виявлення особи або кола осіб, серед яких слід шукати невідомого злочинця; розшук і затримання злочинця; збирання і використання з метою викриття усіх фактичних даних; виявлення зв'язків злочинця; виявлення прихованого майна та цінностей, необхідних для відшкодування завданих злочинцем збитків; визначення профілактичних заходів у ході розслідування².

Отже, можливість розподілу завдань розслідування на стратегічні і тактичні не викликає сумнівів, а відтак і необхідність диференціації засобів їх вирішення, оскільки між завданнями і засобами їх розв'язання існує логічний зв'язок. Виходячи з наведеного, сутність тактичної операції слід досліджувати в нерозривній єдності із завданнями розслідування. Більше того, гносеологічні помилки щодо визначення рівня завдань даються взнаки й при виокремленні тактичних операцій і як наслідок поява в криміналістичній літературі пропозицій щодо формування таких тактичних операцій, які суперечать їх концепції. Так, О. Лапін, досліджуючи проблему розслідування квартирних крадіжок, у числі тактичних операцій називає «Збирання інформації»³. В. Лисенко на початковому етапі розслідування легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, виокремлює такі тактич-

¹ Образцов В. А. К вопросу о методике раскрытия преступлений / В. А. Образцов // Вопросы борьбы с преступностью. – М., 1977. – Вып. 27. – С. 81.

² Яблоков Н. П. Криминалистическая методика расследования (некоторые теоретические положения) / Н. П. Яблоков. – М., 1985. – С. 85.

³ Лапин А. В. Теория и практика производства тактических операций при расследовании квартирных краж : автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: 12.00.09 «Уголовный процесс; судостроительство; прокурорский надзор; криминалистика» / А. В. Лапин. – Минск, 1986. – С. 11.

ні операції, як «Викриття злочинця», «Збирання доказової інформації»¹. Як ілюстрацію тактико-криміналістичних операцій І. Комаров розглядає таку, як «Збирання, дослідження та оцінка побічних доказів причетності особи до злочину»².

Наведені організаційні форми за їх метою, спрямованістю, колом вирішуваних завдань навряд чи можна віднести до розряду тактичних операцій. Видається, що в цих випадках спостерігається деяке перебільшення значущості такої категорії, як тактична операція, і надання їй невластивих функцій. Звісно, що остання характеризується вибірковістю та ситуаційною зумовленістю і спрямована на оптимальне вирішення тактичного (проміжного) завдання розслідування, що досягається правильною організацією провадження слідчих дій та оперативно-розшукових заходів. У зв'язку з цим вирішення таких завдань, як викриття злочинця, а тим більше збирання доказової інформації аж ніяк не можна віднести до розряду тактичних, оскільки вони є головними (стратегічними) завданнями всього досудового розслідування, що випливають з диспозиції відповідної статті КК України та предмета доказування. На досягання саме цих завдань спрямовані всі процесуальні, тактичні, організаційні засоби, що є у розпорядженні слідчого, передусім провадження оптимальної системи слідчих дій. Ось чому ми солідарні з В. Корноуховим, який відзначає, що «збирання (точніше – формування) доказів пронизує увесь процес розслідування, так само, як їх дослідження та оцінка, тобто дана процедура охоплює в цілому процес розслідування, а тому навряд чи може бути тактичною операцією»³.

Таким чином, на сьогодні проблема полягає не в доцільності розподілу завдань на стратегічні та тактичні, а у правильному їх визначенні, конкретизації та розмежуванні.

Приступаючи до розв'язання зазначеної проблеми, треба виходити з того що стратегія – це майстерність в досягненні мети, головний напрям діяльності, який у судово-слідчій практиці визначається предметом доказування, тобто обставинами, що підлягають з'ясуванню

¹ Лисенко В. В. Проблеми криміналістичного забезпечення розслідування податкових злочинів : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. В. Лисенко. – К., 2006. – С. 24.

² Комаров І. М. Криміналістические операции в досудебном производстве / І. М. Комаров. – Барнаул, 2002. – С. 167.

³ Корноухов В. Е. Методика расследования преступлений: теоретические основы / В. Е. Корноухов. – М., 2008. – С. 126.

(ст. 64 КПК України), наповнених змістом конкретної кримінально-правової норми. У зв'язку з цим слід погодитися з В. Дубрівним стосовно того, що правові цілі задані законодавцем, їх досягнення є обов'язковим, вони формують єдині настанови в розслідуванні¹. До сказаного додамо, що вони визначають межі доказування і зумовлюють вибірковість процесу пізнання. Отже, обставини, що підлягають з'ясуванню, наповнюючись змістом конкретної кримінально-правової норми, трансформують їх у структуру, яка й утворює предмет доказування, тобто систему правових цілей та стратегічних завдань розслідування.

Наявність стратегічних завдань надала підстави окремим ученим запропонувати такі засоби їх вирішення, як стратегічні операції. Так, В. Берназ і П. Берназ, приєднуючись до пропозиції В. Образцова², виділяють стратегічні операції, як засоби, що спрямовані на встановлення всіх або більшості обставин, які підлягають доказуванню у кримінальній справі. При цьому вони вважають, що такого роду операції вже давно застосовуються і мають назви «первісні слідчі дії й оперативно-розшукові заходи; подальші слідчі дії й оперативно-розшукові заходи»³. З такою позицією навряд чи можна погодитися, оскільки і першочергові, і подальші слідчі дії в теорії кримінального процесу та криміналістики завжди вважалися основним засобом здійснення всього процесу досудового розслідування. А сам процес розслідування – це більш широке поняття, ніж операція, навіть якщо вона й стратегічна. Більше того, останню можна розглядати лише в рамках евристичного, а не організаційного процесів, оскільки надто важко собі уявити, як можна організаційно побудувати увесь хід розслідування по складній, багатоепізодній кримінальній справі у формі лише однієї операції.

Щодо тактичного завдання розслідування, то в криміналістичній літературі пропонувалися різні його визначення. Так, А. Волобуєв розглядає тактичне завдання розслідування як окреме завдання на шляху вирішення загального (стратегічного) завдання кримінального судочинства, пов'язаного із застосуванням криміналістичних засобів і при-

¹ Дубрівний В. А. Деятельность следователя по расследованию преступлений / В. А. Дубрівний. – Саратов, 1987. – С. 51.

² Образцов В. А. К вопросу о методике раскрытия преступлений / В. А. Образцов // Вопросы борьбы с преступностью. – М., 1977. – Вып. 27. – С. 81.

³ Берназ В. Д. Криміналістична стратегія як наукова категорія / В. Д. Берназ, П. В. Берназ // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць. – Одеса, 2008. – Вип. 44. – С. 31.

йомів¹. С. Здоровко під тактичним завданням розуміє певну проблему, яка потребує свого вирішення в процесі розслідування, має відокремлений характер різного ступеня, передбачає використання різноманітних засобів (тактичних операцій, слідчих дій, оперативно-розшукових заходів, тактичних комбінацій, тактичних або інших прийомів)². На думку В. Корноухова, тактичне завдання – це частина процесу розслідування, що відображає співвідношення між ситуацією розслідування і тактичною метою та визначає спосіб дії. У його структурі як вимога (мета) виступає встановлення правової або проміжної мети розслідування; як умова (відоме) – ситуація розслідування; як шукане (невідоме) – окрема система доказів³. Ми готові погодитися з В. Корноуховим щодо змісту і структури тактичного завдання, окрім посилення на те, що тактичне завдання спрямоване на встановлення правової мети, тобто реалізацію повного і всебічного розслідування і остаточне встановлення винної особи. Як видається, останнє є безпосередньою метою досудового розслідування в цілому, досягненню якої підпорядкована ціла низка проміжних, локальних цілей, що формують завдання відповідного рівня, реалізація яких і є прерогативою тактичних операцій. У зв'язку з цим тактичні завдання треба розглядати як необхідний елемент у досягненні проміжної, локальної мети розслідування, а відтак і засобом їх вирішення можуть бути лише тактичні операції.

Як видається, при формулюванні визначення поняття «тактичне завдання» треба шукати такі ознаки, які б дозволяли більш чітко відрізнити це поняття від суміжних і виражали б його сутність. До таких ознак, на нашу думку, передусім слід віднести природу походження цього різновиду завдань (ситуаційна зумовленість, локальність масштабу, варіантність виникнення тощо) та засоби їх вирішення. Саме ці ознаки надають можливість визначити критерії відокремлення одних видів завдань розслідування від інших, зокрема стратегічних від тактичних.

¹ Волобуєв А. Ф. Наукові основи комплексної методики розслідування корисливих злочинів у сфері підприємництва : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / А. Ф. Волобуєв. – Х., 2002. – С. 18.

² Здоровко С. Ф. Розслідування вбивств, що вчиняються організованими злочинними групами (типові тактичні операції) / С. Ф. Здоровко. – Х., 2004. – С. 118.

³ Корноухов В. Е. О соотношении понятий «тактическая задача», «ситуация расследования» и «тактическая операция» / В. Е. Корноухов // Проблемы доказательственной деятельности по уголовным делам : сб. науч. тр. – Красноярск, 1987. – С. 37–46.

Підсумовуючи вищевикладене, вважаємо за можливе зауважити наступне:

– кожний акт розслідування передбачає необхідність вирішення певних стратегічних і тактичних завдань. І якщо перші – стратегічні – впливають із предмета доказування (ст. 64 КПК України) та обставин, що підлягають з'ясуванню в цілому в ході розслідування окремого різновиду злочинів, за своєю природою є більш усталеними і меншою мірою піддаються впливу ситуаційних чинників, то другі – тактичні – мають чітко визначену ситуаційну зумовленість;

– основним засобом вирішення стратегічних завдань і відповідно впливу на слідчі ситуації, що виникають, є оптимальні системи слідчих дій. Саме вони забезпечують найбільшу інформативність в одержанні доказів при дотриманні економії процесуальних засобів¹. У свою чергу тактичні завдання вирішуються за рахунок проведення відповідних тактичних операцій, які доповнюють оптимальні системи слідчих дій, а необхідність їх провадження виникає тоді, коли тактичне завдання неможливо розв'язати іншими засобами і в інший спосіб. При цьому тактичну операцію доцільно визначати як своєрідну форму, організаційно-тактичний засіб здійснення розслідування, що включає в себе оптимальну сукупність взаємозв'язаних єдиною метою дій (слідчих, оперативно-розшукових, організаційних), які при комплексному їх застосуванні спрямовані на забезпечення найбільш ефективного вирішення тактичних (локальних, проміжних) завдань, що виникають у певній слідчій ситуації;

– системи слідчих дій і тактичні операції треба розглядати не як конкуруючі між собою криміналістичні категорії, а навпаки, як доповнюючі один одного засоби, що в сукупності створюють єдиний, найбільш ефективний механізм отримання інформації необхідної для розкриття, розслідування та попередження злочинних проявів. Так, якщо при розслідуванні вбивства, виявлена сукупність слідів і здобута з них інформація про обставини події злочину не дозволяє з достовірністю встановити ту чи іншу проміжну мету, наприклад, особу жертви вбивства, то створюється відповідна проблемна проміжна ситуація, а остання в свою чергу породжує локальне завдання щодо необхідності пошуку додаткових джерел та (або) носіїв інформації про подію, що відбулася, в цілому та жертву злочину зокрема. Найбільш

¹ Див.: Коновалова В. Методика розслідування злочинів: оптимальні системи слідчих дій / Віолетта Коновалова // Вісн. Акад. прав. наук України. – Х., 2005. – Вип. 4 (43). – С. 159.

ефективним засобом розв'язання такого роду завдання саме і виступає тактична операція «Особа жертви вбивства». У подальшому в ході реалізації зазначеної тактичної операції може бути одержана інформація про наявність у жертви елементів віктимної поведінки, яка в свою чергу породжує нову проблемну ситуацію та постановку локального проміжного завдання щодо підтвердження цієї інформації. Виконання такого роду завдання може здійснюватися за рахунок проведення тактичної операції «Віктимність жертви вбивства», безумовно, за умов необхідності застосування саме комплексу узгоджених дій, оскільки інколи вирішити тактичне завдання можна і шляхом провадження однієї слідчої дії. Наведена модель побудови процесу розслідування є апробованою і знайшла своє відображення в сучасних науково-практичних виданнях¹;

– кожна тактична операція повинна мати своє чітко визначене змістовне наповнення у вигляді комплексів слідчих дій та оперативно-розшукових заходів, які б мали достатньо вузьку спрямованість і забезпечували реалізацію одного тактичного (проміжного) завдання. У протилежному випадку до структури тактичних операцій можуть бути включені такі комплекси слідчих дій та оперативно-розшукових заходів, здійснення яких без певного їх повторення просто неможливо, що суперечить природі й призначенню самих тактичних операцій. Так, у всіх запропонованих С. Здоровком типових тактичних операціях з розслідування вбивств, що вчиняються організованими групами та злочинними організаціями, зустрічається огляд місця події. Майже у всіх проводиться огляд трупа та призначається судово-медична експертиза. Є повторення й щодо інших слідчих дій². Якщо взяти до уваги, що всі завдання, на вирішення яких спрямовані зазначені тактичні операції, потребують з'ясування по кожній кримінальній справі й у всіх випадках, а також необхідність економії процесуальних засобів, то виникає потреба у проведенні цих тактичних операцій паралельно або майже паралельно. Це призведе до того, що ту саму слідчу дію, наприклад, огляд місця події, доведеться проводити не-

¹ Настільна книга слідчого : [наук.-практ. вид. для слідчих і дізнавачів] / М. І. Панов, В. Ю. Шепітько, В. О. Коновалова та ін. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К., 2007.

² С. Здоровком запропоновані такі типові тактичні операції: «Організований характер вбивства», «Вид вбивства», «Умови вбивства», «Механізм вчинення (організації) вбивства», «Знаряддя вбивства» та ін. (див.: Здоровко С. Ф. Розслідування вбивств, що вчиняються організованими злочинними групами (типові тактичні операції) / С. Ф. Здоровко. – Х., 2004. – С. 126–140).

одноразово щодо кожної тактичної операції. Зазначене є абсурдним, суперечить положенням кримінально-процесуального права та криміналістики, а також самій природі тактичних операцій. Усунення такого роду суперечностей можливе лише за рахунок правильного визначення тактичних завдань і відповідно до них тактичних операцій, де аксіоматичним повинно бути положення, за яким тактичні операції – це вибіркові, ситуаційно зумовлені утворення, які займають проміжну ланку серед елементів оптимальної системи слідчих дій та оперативно-розшукових заходів, доповнюють їх і спрямовані на вирішення лише одного проміжного завдання. Саме за таких умов можна сформувати тактичні операції, паралельне проведення яких не призводитиме до повторення (дублювання) окремих слідчих дій та оперативно-розшукових заходів, що входять до їх структури. Водночас намагання гіперболізувати значення тактичних операцій, розробити окремі криміналістичні методики лише на базі їх комплексів призведе до формування такої наукової абстракції, яка буде відірваною від потреб практики та яку просто неможливо буде реалізувати в діяльності слідчих органів;

– тактичні операції повинні розроблятися у контексті формування відповідної видової або підвидової методики (мікрометодики), тобто вони мають бути їх невід'ємною складовою. Крім того, вони повинні бути максимально «прив'язані» до типових слідчих ситуацій і виходити із конкретних тактичних завдань, що стоять перед слідчим. Головним є не те, яку назву мають ці тактичні операції, а які слідчі дії й оперативно-розшукові заходи входять до їх структури, на вирішення яких завдань вони спрямовані та в якій послідовності виконуються.

В. Шевчук, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри криміналістики На-
ціональної юридичної академії України
імені Ярослава Мудрого

Тактична операція «Профілактика»: проблеми розробки та застосування у слідчій діяльності

У теорії криміналістики на сьогодні проблема розробки та застосування при розслідуванні злочинів тактичної операції «Профілактика» належить до дискусійних. У сучасній криміналістичній літературі для позначення цієї тактичної операції використовуються різні терміни: «виявлення обставин, які сприяють вчиненню злочину» (Г. А. Матусовський, 1999, 2001, 2004), «здійснення профілактичних заходів у процесі розслідування» (М. П. Яблоков, 1985), «Профілактика» (А. В. Дулов, 1985; О. В. Лапін, 1986; В. Ф. Ханін, 1988), «тактичні операції із профілактичними цілями» (О. П. Онучин, 1986), «тактичні операції, спрямовані на профілактику злочинів» (О. І. Асташкіна, Н. А. Марочкін, А. Є. Михальчук, В. Я. Решетняков, 2003), «тактичні операції профілактичної спрямованості», «тактичні операції профілактичного типу», «тактичні операції по попередженню злочинів» (Я. М. Коротянец, 1999), «виявлення обставин, що сприяли вчиненню злочину» (В. Є. Корноухов, 2008) та ін.

Враховуючи термінологічні розбіжності у найменуванні цієї тактичної операції і з метою уніфікації термінології, на наш погляд, найбільш правильною і точною за змістом, змістовним навантаженням буде назва таких тактичних операцій «Профілактика».

Зауважимо, що пропозиції деяких науковців розглядувані тактичні операції називати «Виявлення причин та умов, що сприяли вчиненню злочину» є не досить вдалими, оскільки виявлення обставин, що сприяли вчиненню злочину, являє собою лише один із початкових етапів профілактичної діяльності слідчого при розслідуванні злочинів, окремий напрям його діяльності, який передує і є основою для розробки заходів, спрямованих на усунення обставин, що сприяли вчиненню злочинів. Крім того, попередній етап проведення тактичної операції «Профілактика» по виявленню причин та умов, що сприяють вчиненню злочину, є обов'язковим для наступного етапу її проведення.

Виявлення причин та умов, що сприяли вчиненню злочину, є важливим і складним етапом профілактичної діяльності слідчого. Виходячи зі

змісту статей 23 і 23¹ КПК України, виявлення обставин, що сприяли вчиненню злочину, і вжиття заходів щодо їх усунення є прямим процесуальним обов'язком слідчого. Тому сама діяльність слідчого лише по виявленню причин та умов, що сприяли вчиненню злочину, не вирішує завдання з профілактики злочинів повною мірою. У зв'язку з цим слушним є зауваження В. Є. Корноухова, що саме лише виявлення обставин, які сприяли вчиненню злочину, «не визначає необхідність розробки тактичної операції»¹ — це лише напрям, мета й етап слідчої діяльності.

У криміналістичних дослідженнях деякі науковці, визначаючи зміст та поняття тактичних операцій, правильно, на наш погляд, вказують на необхідність включення у структуру тактичної операції, поряд із слідчими, оперативно-розшуковими, організаційно-технічними діями (заходами), також профілактичних, превентивних дій (заходів). І. О. Возгрін зазначає, що під тактичною операцією слід розуміти «комплекси слідчих, оперативно-розшукових, превентивних (курсив. — В. Ш.), організаційно-технічних та інших дій, які об'єднані для вирішення окремого завдання розслідування кримінальної справи і проводяться за єдиним для них планом»². При цьому необхідно зазначити, що превентивні заходи слідчого при розслідуванні кримінальних справ полягають у передбаченому кримінально-процесуальним законом виявленні й усуненні причин і умов, що сприяли вчиненню злочинів³.

В інших випадках зазначається, що тактичні операції спрямовані на вирішення певних тактичних завдань попередження злочинів. Так, Н. А. Марочкин вказує на те, що тактична операція — це система погоджених і взаємопов'язаних за цільовим призначенням слідчих, оперативно-розшукових та інших дій, які розробляються з урахуванням слідчої (дослідчої) ситуації, проводяться за планом і під керівництвом посадової особи для вирішення певних тактичних завдань виявлення, розслідування і попередження злочинів⁴.

Слід зазначити, що на сьогодні вітчизняними та зарубіжними вченими-криміналістами здійснені певні кроки у напрямі розробки окремих аспектів формування та практичного застосування тактичної

¹ Див.: Корноухов В. Е. Методика расследования преступлений: теоретические основы. — М., 2008. — С. 129.

² Возгрин И. А. Криминалистические тактические операции // Криминалистика: Учебник / Под ред. И. Ф. Крылова, А. И. Бастрыкина. — М., 2001. — С. 431.

³ Він же. Тактические приемы, тактические решения, следственные ситуации и другие положения криминалистической тактики // Криминалистика: Учебник / Под ред. И. Ф. Крылова, А. И. Бастрыкина. — М., 2001. — С. 423.

⁴ Марочкин Н. А. Теоретические проблемы тактических операций в криминалистике: Учеб. пособие. — Саратов, 1999. — С. 13.

операції «Профілактика» при розслідуванні окремих видів злочинів. Зокрема, при розслідуванні злочинів, що вчиняються посадовими особами¹ (А. В. Дулов, 1985), розслідуванні квартирних крадіжок² (О. В. Лапін, 1986), розслідуванні злочинів, пов'язаних з пожежами³ (В. Ф. Ханін, 1988), розслідуванні крадіжок і угонів автотранспорту⁴, (Я. М. Коротянець, 1999), розслідуванні митних злочинів⁵ (В. М. Шевчук, 2003), розслідуванні економічних злочинів⁶ (Г. А. Матусовський, 1999; А. Ф. Волобуєв, В. А. Журавель, С. В. Великанов, 2006).

Важливого теоретичного і практичного значення для побудови (розробки) тактичної операції «Профілактика» і застосування у слідчій діяльності, на наш погляд, набуває їх дослідження з урахуванням класифікацій тактичних операцій⁷. У зв'язку з цим справедливим є твердження В. О. Образцова, що криміналістична класифікація є «необхідною умовою ефективного пізнання... об'єкта, важливим засобом проникнення у його глибинні, базові прошарки і забезпечення продуктивного руху думки дослідників від вихідного цілого до утворюючих його частин і від них знову до цілого для виявлення закономірностей, знання яких є необхідним для наукового пояснення і опису»⁸.

¹ Дулов А. В. Основы расследования преступлений, совершенных должностными лицами. – Минск, 1985. – С. 145–147.

² Лапін А. В. Теория и практика производства тактических операций при расследовании квартирных краж: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Минск, 1986. – С. 18, 19.

³ Ханін В. Ф. Тактические операции при возбуждении и расследовании уголовных дел о пожарах: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Минск, 1988. – С. 16, 17.

⁴ Коротянець Я. Н. Тактические операции по розыску угнанного и похищенного автотранспорта: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Москва, 1999. – С. 16–19.

⁵ Шевчук В. М. Тактична операція «Профілактика» під час розслідування митних злочинів // Митна справа. – № 5. – 2003. – С. 59–69.

⁶ Див.: Матусовский Г. А. Экономические преступления: криминалистический анализ. – Харьков, 1999. – С. 152–156; Криміналістична профілактика економічних злочинів: Наук.-практ. посіб. / С. В. Великанов, А. Ф. Волобуєв, В. А. Журавель та ін.; За ред. проф. В. А. Журавля. –Х., 2006. – С. 169, 170.

⁷ Див.: Яблоков Н. П. Криминалистическая методика расследования. – М., 1985. – С. 84, 85; Асташикина Е. Н., Марочкин Н. А., Михальчук А. Е., Решетняков В. Я. Расследование преступлений. Криминалистические комплексы: Учебно-практ. пособие. – М., 2003. – С. 18–20; Чебуренков А. А. Общетеоретические положения и практические аспекты криминалистической тактики. – М., 2008. – С. 113–119; Комаров И. М. Криминалистические операции в досудебном производстве: Монография. – Барнаул, 2002. – С. 80; Шепітько В. Ю. Проблеми формування та застосування типових тактичних операцій у слідчій діяльності // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – № 1(48). – С. 179–182 та ін.

⁸ Образцов В. А. Криминалистическая классификация преступлений. – Красноярск, 1988. – С. 5.

Залежно від змісту та характеру завдань, які вирішуються слідчим у процесі розслідування, у криміналістичній літературі¹ тактичні операції поділяються на тактичні та стратегічні. При цьому тактичні операції направлені на вирішення конкретних завдань, які виникають на тому чи іншому етапі розслідування злочинів. Стратегічні операції мають великомасштабний характер, спрямовані на досягнення завдань, які не можуть бути вирішені простою тактичною операцією. Крім цього, стратегічні операції проводяться, на відміну від перших, упродовж всього процесу розслідування, тоді як прості тактичні операції — лише на одному із його етапів².

Разом з тим у криміналістичних дослідженнях (В. Ю. Шепітько, В. Є. Корноухов), на наш погляд, висловлюється справедливе зауваження відносно сумнівної позиції про поділ завдань розслідування на стратегічні та тактичні. Такі завдання є проміжними (локальними), які належать до тактичного порядку, тому складно уявити у розслідуванні стратегічне, яке повинно мати більш глобальний характер і виходити за межі кримінальної справи³. Підстави класифікації на «тактичні» та «стратегічні» завдання під час розслідування злочинів не зовсім чітко визначені⁴.

М. П. Яблоков виділяє стратегічну операцію «Здійснення профілактичних заходів у процесі розслідування»⁵, Н. А. Марочкін, розвиваючи і підтримуючи такий підхід, до стратегічних операцій відносить «виявлення обставин, що сприяли вчиненню злочинів»⁶ або в іншому випадку ряд авторів (О. І. Асташкіна, Н. А. Марочкін, А. Є. Михальчук, В. Я. Решетняков) пропонують за цілями виділяти «тактичні операції,

¹ Див.: *Образцов В. А.* К вопросу о методике раскрытия преступлений // Вопросы борьбы с преступностью. – М., 1977. – Вып. 27. – С. 81; *Яблоков Н. П.* Криминалистическая методика расследования. – М., 1985. – С. 84, 85; *Марочкин Н. А.* Теоретические проблемы тактических операций в криминалистике: Учеб. пособие. – Саратов, 1999. – С. 17; *Журавель В. А.* Тактичні операції в системі криміналістичних засобів протидії злочинності // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики: Зб. наук.-практ. матеріалів. – Х., 2006. – Вип. 6. – С. 34 та ін.

² Див.: *Марочкин Н. А.* Теоретические проблемы тактических операций в криминалистике: Учеб. пособие. – Саратов, 1999. – С. 13.

³ *Шепітько В. Ю.* Криміналістична тактика (системно-структурний аналіз): Монографія. – Х., 2007. – С. 175.

⁴ *Корноухов В. Е.* Методика расследования преступлений: теоретические основы. – М., 2008. – С. 111.

⁵ *Яблоков Н. П.* Криминалистическая методика расследования. – М., 1985. – С. 84, 85.

⁶ *Марочкин Н. А.* Теоретические проблемы тактических операций в криминалистике: Учеб. пособие. – Саратов, 1999. – С. 17.

направлені на профілактику злочинів»¹. В. М. Долінін вказує, які заходи, що проводяться за узгодженим планом під керівництвом слідчого і спрямовані на досягнення єдиної цілі, об'єднані у профілактичний комплекс по попередженню квартирних крадіжок, який автор пропонує розглядати як різновид тактичної операції і її найменування «комплекс заходів по попередженню квартирних крадіжок»². На наш погляд, назвати вдалимими такі найменування тактичних операцій не можна.

У зв'язку з цим ми солідарні з пропозицією А. В. Дулова, який, враховуючи важливість і значущість встановлення обставин, у структурі процесу розслідування злочину, що сприяли його вчиненню, а також необхідність їх усунення криміналістичними засобами, цілком обґрунтовано пропонує вирішення таких завдань шляхом провадження не окремих розрізнених слідчих дій, а за допомогою проведення тактичної операції «Профілактика», що впливає з наступного: а) профілактична діяльність є складовою частиною розслідування будь-якої кримінальної справи. Це завжди вирішення самостійного завдання, що визначає спрямованість використання слідчим тактичних засобів; б) для його вирішення слідчому необхідно провести комплекс слідчих та інших дій, з активним залученням оперативних працівників міліції, представників інспекцій, ревізійних служб, громадських організацій, спрямовуючи при цьому їх на виявлення причин та умов, що сприяли вчиненню злочину; в) для вирішення поставленої мети всі дії слідчого та інших осіб мають здійснюватися за єдиним планом³.

Тактична операція «Профілактика» починається з виявлення обставин, що сприяли вчиненню злочину. В узагальненому вигляді по кожній кримінальній справі необхідно обов'язково встановити такі три групи фактичних даних (обставин): а) умови формування особистості обвинуваченого, під безпосереднім впливом яких виникли його антигромадські погляди; б) мотиви і приводи реалізації діяння, під впливом яких загальна установка на вчинення антигромадських

¹ Див.: Михальчук А. Е. Теоретические и практические вопросы тактических комбинаций при производстве следственных действий: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Саратов, 1988. – С. 12, 13; Асташкина Е. Н., Марочкин Н. А., Михальчук А. Е., Решетняков В. Я. Расследование преступлений. Криминалистические комплексы: Учебно-практ. пособие. – М., 2003. – С. 19, 20, 100.

² Долінін В. Н. Комплекс мероприятий по предупреждению квартирных краж как разновидность тактических операций // Тактические операции и эффективность расследования. – Свердловск, 1986. – С. 118–124.

³ Див.: Дулов А. В. Основы расследования преступлений, совершенных должностными лицами. – Минск, 1985. – С. 145, 146.

дій трансформувалася в конкретний злочинний намір, спрямований на його виконання; в) об'єктивні умови, що сприяли реалізації злочинних намірів і досягненню відповідних результатів¹. На даному етапі така операція дуже тісно пов'язана з тактичною операцією «збір інформації»².

Профілактична діяльність слідчого при розслідуванні злочинів обумовлена слідчою ситуацією і має здійснюватися, як правило, з моменту порушення кримінальної справи протягом усього процесу розслідування паралельно зі встановленням інших обставин, що входять у предмет доказування. Встановлення обставин, які сприяли вчиненню контрабанди, не повинно відкладатися на заключний етап розслідування, оскільки несвоєчасність їх з'ясування може призвести до втрати важливої інформації, потребувати додаткових сил і засобів. Діяльність слідчого в цьому напрямі, відповідно до норм кримінально-процесуального закону (ст. 23¹ КПК), має бути спрямована на вжиття невідкладних заходів щодо усунення причин та умов, які сприяли вчиненню цих злочинів.

У ході реалізації тактичної операції «Профілактика» накопичується необхідна інформація, проходить процес конкретизації тактичних завдань, які необхідно вирішити з урахуванням слідчої ситуації, що склалася під час розслідування того чи іншого злочину. У зв'язку з цим кожна тактична операція групи «збір інформації» може бути конкретизована, будучи спрямована в свою чергу на вивчення елемента структури злочину (особа підозрюваного); системи, де вчинювався злочин і т. ін.; етапу розвитку злочину (умови, що сприяли вчиненню злочину); підготовки злочину, механізму його вчинення. Необхідність конкретизації, звуження мети тактичної операції визначається особливостями злочинів, що розслідуються³.

Метою таких тактичних операцій є забезпечення системного збору інформації, яка знаходиться в різних місцях, але стосується одного явища, об'єкта, побудова загальної системи знань про одне явище, об'єкт. З урахуванням цієї загальної мети застосовуються тактичні засоби, що

¹ Див.: *Ваксян А. З.* Выявление причин и условий, способствующих совершению преступлений: Руководство для следователей / Под ред. Н. А. Селиванова, В. А. Снеткова. – М., 1997. – С. 97–98.

² Див.: *Дулов А. В.* Виды тактических операций // Криминалистика: Учебник / Под ред. И. Ф. Крылова, А. И. Бастрыкина. – М., 2001. – С. 436–439.

³ Див.: *Дулов А. В.* Тактические операции // Криминалистика: Учеб. пособие / Дулов А. В., Грамович Г. И., Лапин А. В. и др. / Под. ред. А. В. Дулова. – Минск, 1996. – С. 403.

забезпечують фіксацію і дослідження об'єктів, процесів, їх відображень, встановлення зв'язків між об'єктами, процесами, між ними і їх слідами-відображеннями, що дають змогу перевірити якість, надійність джерела одержання інформації, достовірність самої інформації. Найявність загальної мети і об'єднує в одну тактичну операцію всю сукупність слідчих, оперативно-розшукових, превентивних, ревізійних та інших дій, при проведенні яких встановлюється частина інформації, необхідної для вирішення окремого тактичного завдання¹.

Планування та проведення тактичної операції «Профілактика», на думку В. Ф. Ханіна, має передбачати: моделювання причин та умов, що сприяють вчиненню злочину; усунення обставин, фактів, що перебувають у причинному зв'язку зі злочинним результатом і виступають причинами та умовами, що сприяли вчиненню злочину; розробку заходів, спрямованих на усунення виявлених причин та умов; здійснення слідчим контролю за ходом виконання профілактичних рекомендацій з усунення виявлених причин та умов, що сприяли вчиненню злочину².

Для розробки та дослідження тактичної операції «Профілактика» певний інтерес, на наш погляд, становить криміналістична класифікація тактичних операцій за часовою ознакою (Л. Я. Драпкін, Р. С. Белкін, В. І. Шиканов, В. І. Куклін, М. П. Яблоков, І. М. Комаров). Тактична операція «Профілактика» має довготривалий характер, вона проводиться протягом всього процесу розслідування. Такі операції можна віднести, за термінологією професора Л. Я. Драпкіна³, до «наскрізних», довготривалих тактичних операцій, проведення яких здійснюється впродовж декількох етапів розслідування. У даній тактичній операції істотно розширюється коло обставин, які необхідно встановити під час розслідування. Обставини, що сприяли вчиненню злочину, можуть бути віддалені від самого факту злочину, і причинний зв'язок з ним може мати латентний характер⁴.

У структурі тактичної операції «Профілактика» при розслідуванні злочинів можна виділити комплекс, систему слідчих дій, оперативно-

¹ Див.: Дулов А. В. Виды тактических операций // Криминалистика: Учебник / Под ред. И. Ф. Крылова, А. И. Бастрыкина. – М., 2001. – С. 436, 437.

² Ханин В. Ф. Тактические операции при возбуждении и расследовании уголовных дел о пожарах: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Минск, 1988. – С. 16.

³ Драпкин Л. Я. Особенности информационного поиска в процессе расследования и тактика следствия // Проблемы повышения эффективности предварительного следствия: Тезисы науч.-практ. конф. – Л., 1976. – С. 54, 55.

⁴ Див.: Дулов А. В. Основы расследования преступлений, совершенных должностными лицами. – Минск, 1985. – С. 146.

розшукових, організаційно-технічних і превентивних заходів, спрямованих на вирішення тактичного завдання розслідування — виявлення та усунення обставин, що сприяли вчиненню злочинів. До вказаного комплексу можна віднести: слідчий огляд, допит, обшук, проведення судових експертиз, а також систему оперативно-розшукових, організаційно-технічних і профілактичних заходів¹.

У рамках тактичної операції «Профілактика» іншими формами здійснення профілактичних заходів, які доповнюють процесуальні дії слідчого, для усунення обставин, що сприяють вчиненню злочинів, можуть застосовуватися: а) виступи з доповіддю чи повідомленням профілактичного характеру на зборах перед колективом обвинуваченого, в якому він працював, або за місцем його проживання; б) виступи на місцевому телебаченні або радіо, повідомлення слідчого у місцевій пресі про факти вчинення злочинної діяльності в окремому регіоні, що стали можливими внаслідок формування певних криміногенних обставин; в) доповіді та лекції для населення з юридичних питань; г) особисті бесіди з посадовими особами підприємств, установ і організацій; д) проведення індивідуальних бесід з конкретними громадянами; е) узагальнення відповідей на подання слідчого відповідних органів, організацій, посадових осіб у зв'язку з недостатнім прийняттям ними заходів для виявлення недоліків для належного реагування; є) узагальнення слідчим обставин, що сприяють вчиненню злочинів, установлених у ході розслідування, і подання пропозицій щодо їх усунення до відповідних органів і установ.

Отже, тактична операція «Профілактика» має ряд особливостей, що відрізняють її від інших видів тактичних операцій: 1) її проводять упродовж всього процесу розслідування кримінальної справи; цю роботу слідчий мусить розпочати від моменту прийняття справи до провадження і здійснювати протягом усього розслідування одночасно із встановленням інших обставин у справі; 2) проведення такої тактичної операції істотно розширює коло обставин, що підлягають встановленню під час розслідування; 3) нерідко причини та умови можуть бути встановлені тільки за допомогою спеціальних знань. Тому, плануючи та проводячи такі операції, необхідно залучати фахівців. Із профілактичною метою слідчий може призначити проведення судових експертиз і поставити перед експертами запитання про причини й умови, що сприяли вчинен-

¹ Детальніше див.: Шевчук В. М. Методика розслідування контрабанди: Монографія. – Х., 2003. – С. 298–307; Він же. Тактична операція «Профілактика» під час розслідування митних злочинів // Митна справа. – 2003. – № 5. – С. 62–67.

ню злочинів; 4) слід врахувати особливості документальної фіксації комплексу дій, що слідчий застосовує, проводячи цю тактичну операцію. Важливу інформацію про обставини, що сприяли вчиненню злочинів, необхідно зберігати не тільки в матеріалах конкретної кримінальної справи, а й накопичувати і узагальнювати у прокуратурі, органах внутрішніх справ, СБУ тощо. Це дасть змогу виявляти причини й умови більш загального характеру, типові для певного регіону, пов'язані з окремими предметами злочинного посягання, способами вчинення злочинів, особою злочинця і т. д. Це, безумовно, розширює можливості розглядуваних тактичних операцій.

Разом з тим результати дослідження¹, проведеного науковцями Інституту вивчення проблем злочинності Академії правових наук України (проф. В. А. Журавель, А. Ф. Волобуєв, доц. С. В. Великанов та ін.), показали, що незначна кількість слідчих виявляють зацікавленість у проведенні тактичної операції «Профілактика» — лише 9 %. Крім цього, має місце негативне та байдуже ставлення слідчих до можливостей проведення такої операції — 24 %. Це ще раз свідчить про недоліки в організації профілактичної роботи у правоохоронних органах та необхідність більш широкого впровадження наукових підходів щодо активізації цього напрямку діяльності слідчих підрозділів. При опитуванні деякі слідчі виявили низьку поінформованість не тільки про зміст зазначеної тактичної операції (на їх думку, вона не потрібна, бо начебто не включає в себе допитів, інших слідчих дій та не є процесуальною дією), а й про можливість використання засобів адміністративного впливу на осіб, які шляхом формального ставлення до відповіді на подання слідчого фактично порушують вимоги ст. 185⁶ КпАП — «невжиття заходів щодо окремої ухвали суду чи окремої постанови судді, подання органу дізнання, слідчого або протесту, припису чи подання прокурора». Також дослідження показало, що багато слідчих, вважаючи з'ясування цих питань «супутнім» завданням, не розуміють змісту ст. 23 КПК, яка встановлює обов'язковість виявлення причин і умов, що сприяли вчиненню злочину.

Вказане обумовлює необхідність розробки методичних основ, теоретичних і практичних рекомендацій, пов'язаних із плануванням та проведенням тактичної операції «Профілактика». Викладене вище визначило вибір теми дослідження і дало змогу віднести досліджувані

¹ Див.: Криміналістична профілактика економічних злочинів: Наук.-практ. посіб. / С. В. Великанов, А. Ф. Волобуєв, В. А. Журавель та ін. / За ред. проф. В. А. Журавля. — Х., 2006. — С. 170.

проблеми до актуальних. У зв'язку з цим заслуговує на увагу робота М. Ш. Махтаєва, яка присвячена проблемам криміналістичного попередження злочинів. Серед них автор виділяє найперспективніші напрями наукових досліджень у криміналістиці за сучасних умов, зокрема, це: загальнотеоретичні питання криміналістичного забезпечення попередження злочинів; техніко-криміналістичне забезпечення попередження злочинів; *тактико-криміналістичне забезпечення попередження злочинів*; питання попередження злочинів у криміналістичній методиці; взаємодія оперативних, слідчих та криміналістичних підрозділів у сфері попередження злочинів; *криміналістичне забезпечення спеціальних операцій* та ін.¹

На наш погляд, теоретичні проблеми дослідження тактичних операцій «Профілактика» у криміналістичній науці мають здійснюватися за двома напрямками. На першому — необхідно дослідити сутність, зміст та криміналістичну класифікацію таких операцій; виявити особливості та специфіку планування й проведення досліджуваних операцій; визначити структуру цієї тактичної операції, місце та значення комплексу процесуальних і непроцесуальних дій (заходів); дослідити принципи і етапи проведення досліджуваних операцій; простежити зв'язок таких тактичних операцій із проміжними завданнями розслідування. Другий напрям становить розробка, вивчення та дослідження тактичних операцій «Профілактика» при розслідуванні окремих видів і груп злочинів, їх ситуаційна обумовленість.

Таким чином, успішна профілактична діяльність слідчого залежить від ефективності проведення тактичних операцій, серед яких слід особливо вирізнити саме «Профілактику», яка є не просто сукупністю дій, а комплексом (системою) узгоджених між собою однойменних і різноіменних слідчих дій, оперативно-розшукових, організаційно-технічних та превентивних заходів, спрямованих на вирішення окремого тактичного завдання розслідування в цій слідчій ситуації, яке не можна вирішити за допомогою окремих чи навіть декількох дій (заходів), що проводять уповноважені посадові особи під керівництвом слідчого за єдиним планом. Тому виокремлення самостійної тактичної операції «Профілактика» та її проведення при розслідуванні злочинів сприяють досягненню всіх цілей профілактичної діяльності слідчого. Розробка і дослідження таких тактичних операцій виступає як один із найперспективніших напрямів удосконалення загальної теорії криміналістики, криміналістичної тактики та криміналістичної методики.

¹ *Махтаев М. Ш. Проблемы криминалистического обеспечения предупреждения преступлений: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2001. – С. 36, 37.*

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

Г. Пономарьова, аспірантка Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

До проблеми запровадження змішаної мажоритарно-пропорційної виборчої системи: з досвіду парламентських виборів в Україні в 1998 р.

Спосіб обрання народних депутатів є одним із суттєвих чинників, який впливає на дієздатність та ефективність функціонування Верховної Ради України. Вітчизняне виборче законодавство є постійно змінюваним, зокрема щодо пошуку найоптимальнішої моделі виборчої системи. Так, за часів незалежності України були випробувані мажоритарна система абсолютної більшості, змішана мажоритарно-пропорційна та пропорційна системи. Дискусії з приводу обрання тієї чи іншої моделі системи виборів тривають як у політичних, так і у наукових колах.

Досвід застосування пропорційної системи для виборів народних депутатів України у 2006 та 2007 рр., результати цих виборів та заострення політичної кризи активізували проблему пошуку та впровадження найоптимальнішої моделі виборчої системи для України. Пропонується, зокрема, і повернення до мажоритарної виборчої системи¹ або до вже двічі випробуваної змішаної мажоритарно-пропорційної системи виборів². Отже, актуальним і доцільним є аналіз історичного досвіду запровадження та використання різних ви-

¹ Див.: Савенко, М. Варто повернутися до мажоритарної системи / Микола Савенко // Шляхи оптимізації виборчої системи для парламентських та місцевих виборів в Україні : доповіді, виступи : матеріали круглого столу. – К., 2007. – С. 92; Програма Народної партії [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://narodna.org.ua/news/2007/11/16/4631/>; Малишко, М. І. Проблеми систематизації українського законодавства про пряме народовладдя / М. І. Малишко, О. Ф. Оніпко // Вибори-2006: Досвід. Проблеми. Перспективи : зб. матеріалів міжнар. наук.-практ. конф., 31 жовт. – 1 листоп. 2006 р., м. Київ / гол. редкол. Я. В. Давидович. – К., 2007. – С. 150.

² Матеріали міжнар. конф. «Парламентські вибори 2007: виклики, підсумки і перспективи», м. Донецьк // Юрид. журнал. – 2007. – № 11. – С. 23.

борчих систем, зокрема змішаного її варіанта, для обрання народних депутатів України.

Метою цієї статті є аналіз чинників, що обумовили запровадження змішаної мажоритарно-пропорційної системи для проведення виборів парламентарів в Україні в 1998 р., аналіз деяких інших правових положень виборчого закону 1997 р., які безпосередньо визначали особливості застосованої виборчої моделі, зокрема виборчих округів, суб'єктів висування кандидатів у депутати, кандидатів та ін. Будуть наведені й результати виборів народних депутатів України в 1998 р.

Парламентські вибори 1998 р. в Україні та правову основу їх проведення досліджують і правознавці, і політологи, зокрема такі, як Н. В. Богашева, Ю. Б. Ключковський, Л. В. Колісецька¹, В. М. Єрмолаєв, Б. І. Ольховський², В. П. Гончарук³, А. М. Колодій, В. Г. Князев⁴, І. О. Кресіна, Є. В. Перегуда⁵, О. В. Лавринович⁶, М. Ф. Рибачук⁷, М. І. Ставнійчук⁸, В. Я. Тацій, Ю. М. Тодика, В. Д. Яворський⁹,

¹ Богашева, Н. В. Дослідження деяких аспектів еволюції виборчого законодавства України (1989 – 2006 роки) / Н. В. Богашева, Ю. Б. Ключковський, Л. В. Колісецька. – К., 2006. – 146 с.; Богашева, Н. Еволюція виборчої системи в Україні / Наталя Богашева, Юрій Ключковський // Вісн. Центр. виборчої комісії. – 2005. – № 1. – С. 42 – 49.

² Ольховський, Б. І. Конституційно-правове регулювання та стан виборів в Україні / Б. І. Ольховський, В. М. Єрмолаєв, Є. В. Ольховський. – Х., 2005. – 120 с.

³ Гончарук, В. П. Особливості трансформації виборчої системи сучасної України : дис. ... канд. політ. наук : 23.00.02 / Валерій Петрович Гончарук. – К., 2001. – 185 с.

⁴ Колодій, А. М. Виборче законодавство: аналіз та перспективи розвитку / А. М. Колодій, В. Г. Князев // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. Реферативний огляд чинного законодавства України. Законодавство про вибори. – К., 1998. – Вип. 2. – С. 156 – 173.

⁵ Кресіна, І. О. Парламентські вибори в Україні : правові і політичні проблеми : монографія / І. О. Кресіна, Є. В. Перегуда. – К., 2003. – 368 с.

⁶ Лавринович, О. В. Виборче законодавство України та проблеми його вдосконалення : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Олександр Володимирович Лавринович. – К., 2001. – 173 с.

⁷ Рибачук, М. Ф. Політичні партії в Україні та виборчий процес / М. Ф. Рибачук // Вибори і референдуми в Україні : проблеми теорії і практики : зб. / голова редкол. М. М. Рябець. – К., 2001. – С. 62–77.

⁸ Ставнійчук, М. І. Законодавство про вибори народних депутатів України : проблеми теорії і практики : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Марина Іванівна Ставнійчук. – К., 1999. – 208 с. + дод.; Ставнійчук, М. Політичні партії та виборчий процес в Україні / Марина Ставнійчук // До питання реформування виборчого законодавства : зб. аналіт. матеріалів / Комітет виборців України. – К., 2001. – С. 4–17.

⁹ Тацій, В. Я. Политико-правовые аспекты совершенствования выборов народных депутатов Украины / В. Я. Тацій, Ю. Н. Тодыка // Проблемы законности: Респ. межведом. науч. сб. – Х., 1995. – № 29. – С. 39 – 47; Тодыка, Ю. Н. Выборы народных депутатов Украины: конституционно-правовой аспект : учеб. пособие / Ю. Н. Тодыка, В. Д. Яворский. – Х., 1998. – 176 с.

О. Ю. Тодика¹ та ін. Значну увагу виборам 1998 р. приділила в рамках дослідження парламентаризму в Україні історик Н. Г. Мосюкова². Так, запровадження змішаної виборчої системи, за якої половина депутатів формується за мажоритарним, а друга — за пропорційним принципом, як один із напрямів удосконалення виборчого законодавства України, пропонувалося, зокрема, В. Я. Тацієм та Ю. М. Тодикою відразу після попередніх мажоритарних парламентських виборів³. О. В. Лавринович, як один із розробників закону про вибори на змішаній основі, акцентує увагу на перевагах цієї системи для України кінця 90-х років ХХ ст.⁴ Досить інформативним є історичний огляд політичних подій та процесів навколо ухвалення виборчого закону 1997 р., зроблений Ю. Тищенко та В. Піховшек⁵.

Особливістю роботи над законодавством про вибори у 1994–1997 рр. було те, що паралельно здійснювалися два її напрями: по-перше, тривала розробка та внесення змін до чинного виборчого закону; по-друге, розпочався процес вироблення нового закону про вибори для проведення чергових парламентських виборів. Для цього організовувалися і працювали окремі комітети та комісії⁶.

Мажоритарна система абсолютної більшості в умовах багатопартійності, застосована в Україні в 1994 р., довела свою нерезультативність і дорожнечу: були витрачені величезні кошти на виборчу кампанію, а до часу завершення функціонування парламенту України він так і не був сформований у повному складі. Реформа виборчого права мусила виконати такі завдання: підвищити ефективність виборчого процесу, політично структурувати парламент, сприяти утвердженню багатопартійної системи⁷.

¹ Тодика, О. Ю. *Вибори до парламентів країн СНД (Порівняльно-правовий аспект)*: монографія / О. Ю. Тодика. – Х., 2003. – 147 с.

² Мосюкова, Н. Г. *Історія парламентської системи в Україні*: дис. ... канд. іст. наук : 07.00.01 / Наталія Геннадіївна Мосюкова. – Дніпропетровськ, 2003. – 206 с.

³ Тацій, В. Я. *Политико-правовые аспекты совершенствования выборов народных депутатов Украины* / В. Я. Тацій, Ю. Н. Тодыка // *Проблемы законности: Респ. межведом. науч. сб.* – Харьков, 1995. – № 29. – С. 43.

⁴ Лавринович О. В. *Вказ. праця*; *Стенограма пленарного засідання четвертої сесії Верховної Ради України* // *Бюл. № 19.* – 1995. – 6 жовт.

⁵ Тищенко, Ю. *Вибори – 98: як і кого ми обирали* / Ю. Тищенко, В. Піховшек. – К., 1998. – 380 с.

⁶ Про внесення змін до Закону України «Про вибори народних депутатів України»: *Постанова Верховної Ради України від 1 черв. 1995 р. № 195/95-ВР* // *Законодавство: інформаційно-пошукова система [Електронний ресурс]* / Науково-дослідний центр правової інформатики АПРн України; станом на 19 серп. 2008 р. – К., 2008. – 1 електрон. опт. диск (DVD-ROM). – Назва з диску.

⁷ Див., напр.: Лавринович, О. В. *Вказ. праця.* – С. 62 – 63.

Верховна Рада України XIII скликання почала роботу над новим виборчим законом уже в першій половині 1995 р. Узгодження найважливіших питань і ухвалення закону про вибори виявилось складним і тривалим процесом. Особливо проблемними виявилися обрання виду виборчої системи для майбутніх парламентських виборів, скасування чи збереження вимоги кількісної участі у виборах задля визнання їх дійсними, надання права висування кандидатів у депутати, зокрема, трудовим колективам, зборам виборців тощо. Розглядаючи варіант змішаної мажоритарно-пропорційної системи, суперечки викликали питання кількісного співвідношення мажоритарної та пропорційної складової, розміру загороджувального бар'єра для партій (їх блоків), єдиного загальнодержавного чи багатьох багатомандатних виборчих округів.

Щодо вихідних засад при розробці відповідного законопроекту, то ними є норми Конституції України¹, а також Конституційного Договору між Верховною Радою та Президентом України від 8 червня 1995 р.² Основний Закон закріплює основні засади та принципи виборів в Україні, визначає політичні партії як такі, що «сприяють формуванню і вираженню політичної волі громадян, беруть участь у виборах» (ст. 36). Питання виборчої системи не закріплювалося у тексті Конституції України. Порядок проведення виборів мав бути встановлений спеціальним законом. Прийняття виборчого закону як одного з пріоритетних законів було однією зі складових механізму реалізації нової Конституції України. Конституційний Договір передбачав, що наступні парламентські вибори мали проходити за змішаною мажоритарно-пропорційною системою (ст. 6). Таким чином, ніби і виборча система була визначена як основа для нового закону по виборах народних депутатів України, проте політичне значення цього питання робило його наріжним каменем при ухваленні зазначеного закону.

Спочатку проектів закону про вибори парламентарів було два. Варіант, поданий народним депутатом України С. М. Михайленком, передбачав запровадження змішаної виборчої системи, коли 225 народних депутатів обираються за мажоритарною системою відносною більшості без порогу явки виборців, а 225 — за пропорційною з жор-

¹ Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

² Конституційний договір між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України // Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 18. – Ст. 133.

сткими списками. Для проведення виборів за обома складовими виборчої системи країна поділяється на багатомандатні округи — адміністративні області. За мажоритарною складовою виборець має стільки голосів, скільки депутатів відповідно до квоти одного мандата за кількістю виборців має бути обрано у кожній конкретній області. Рейтинговим голосуванням визначають народні депутати — переможці мажоритарних виборів. Значне збільшення виборчого округу мало перешкодити можливості фінансового впливу на вибори, так званій купівлі округу, оскільки за умов одномандатного виборчого округу, коли кількість виборців округу найменша з можливих, це є цілком можливим. У пропорційних виборах участь могли брати як партії, так і громадські організації, які можуть створювати і регіональні виборчі блоки. На думку автора, така система більш правильно відображала б реальний розклад політичних сил¹.

Проект виборчого закону на основі змішаної виборчої системи підготував і народний депутат України О. В. Лавринович. Зареєстрований 28 червня 1995 р. цей законопроект було схвалено Комісією Верховної Ради України з питань правової політики і судово-правової реформи, тобто надалі він розглядався як законопроект від цієї комісії, підготовлений на виконання доручення Верховної Ради України розробити такий проект від 1 червня 1995 р. Передбачалися рівні мажоритарна та пропорційна частини виборчої системи: 225 народних депутатів обираються за мажоритарною системою відносної більшості у одномандатних виборчих округах, 225 депутатів — за пропорційною системою із жорсткими списками в єдиному загальнодержавному багатомандатному виборчому окрузі, загороджувальний бар'єр — 5 %; не встановлювався мінімальний відсоток участі у виборах задля визнання їх такими, що відбулися. Найпершою метою пропонованої Комісією змішаної системи виборів було стимулювання розвитку загальнонаціональних політичних сил, подолання політичної регіоналізації України, спрощення виборчої процедури для організації виборів, їх проведення та підбиття підсумків².

Згодом були розроблені й інші законопроекти. Пропонуємо порівняти їх із проектом Комісії з питань правової політики і судово-правової реформи в аспекті розроблюваної системи виборів. Змішану виборчу систему у своїх проектах пропонували Комісія Верховної Ради

¹ Стенограма пленарного засідання четвертої сесії Верховної Ради України // Бюлетень № 23. — 1995. — 12 жовт.

² Стенограма пленарного засідання четвертої сесії Верховної Ради України // Бюлетень № 19. — 1995. — 6 жовт.

України з питань державного будівництва, діяльності рад і самоврядування (особливість — у одномандатних мажоритарних округах кандидат для перемоги у виборах мав одержати найбільшу порівняно з іншими кількість голосів, але не менше 25 % голосів виборців, внесених до списків; вибори визнаються такими, що не відбулися, коли кількість виборців, які взяли участь у голосуванні, менше 25 %), група експертів Народно-демократичної партії та Асоціації молодих українських політологів і політиків (пропорційні вибори мали проходити у регіональних (обласних) округах із можливістю преференції, тобто голосування не тільки за політичну партію, а й за окремих кандидатів у партійних списках, загороджувальний бар'єр — 3 % у загальнонаціональному масштабі), робоча група Народно-демократичної партії у складі О. М. Карпова, Б. Я. Безпалого, А. С. Матвієнка, Ю. П. Сахна, А. В. Толстоухова, В. П. Філенка (більша конкретизація, деталізація багатьох положень законопроекту)¹. Ще один законопроект пропонував обрання 300 депутатів за мажоритарною системою відносної більшості і 150 — за пропорційною системою в єдиному багатомандатному окрузі².

Законопроект, поданий народним депутатом Ю. О. Буздуганом, передбачав повністю пропорційну систему з жорсткими списками в єдиному загальнодержавному виборчому окрузі, загороджувальний бар'єр 3 % задля ефективності системи. Зазначалося, що саме пропорційна система дає політичну відповідальність влади перед народом, мажоритарна ж — кланове керівництво державою³. Були і варіанти законопроектів на основі мажоритарної виборчої системи у 450 одномандатних округах — від нардепів С. В. Волковецького, С. В. Соболева⁴.

Утворена Тимчасова спеціальна комісія по доопрацюванню проекту Закону України про вибори народних депутатів України узгоджувала подані законопроекти, розглядала численні зауваження та пропозиції, що надходили після неодноразових дискусій і голосувань з приводу розроблюваного закону про вибори, насамперед з питання моделі виборчої системи. Загалом проходження законопроекту в пар-

¹ Стенограма пленарного засідання шостої сесії Верховної Ради України // Бюлетень № 43 та № 44. — 1996. — 14 листоп.

² Стенограма пленарного засідання сьомої сесії Верховної Ради України // Бюлетень № 27. — 1997. — 5 берез. — С. 17.

³ Стенограма пленарного засідання шостої сесії Верховної Ради України // Бюлетень № 44. — 1996. — 14 листоп.

⁴ Стенограма пленарного засідання сьомої сесії Верховної Ради України // Бюлетень № 27. — 1997. — 5 берез.

ламенті тривало більше 2,5 років. Розпочата заздалегідь робота над виборчим законом ледь встигла закінчитися вже безпосередньо перед початком виборчої кампанії.

Навіть 24 вересня 1997 р., у день ухвалення закону в цілому, на голосування ставилися всі три типи виборчих систем. Пропорційну підтримали 185 голосами, змішану — 199, мажоритарну — 171. Голосувалися і пропорції пропорційної та мажоритарної складової змішаної системи: 300 мажоритарних округів на 150 за партійними списками («за» 167); 150 мажоритарних на 300 за партійними списками («за» 186); 225 на 225 — 206 голосів «за». Питання змішаної виборчої системи ставилося на голосування ще 8 разів підряд, отримуючи відповідно 219, 215, 222, 212, 225, 207, 194 і нарешті 226 голосів народних депутатів. Тобто рішення було прийнято найменш можливою кількістю парламентарів — 226 голосів, тобто 50 % + 1, жодного «додаткового», «зайвого» голосу не було подано. Закон України «Про вибори народних депутатів України» було ухвалено в цілому 230 голосами¹. Рішення про компромісну змішану систему було остаточно прийнято парламентами.

Отже, негативний досвід виборів 1994 р. зламав опір українських політиків, які намагалися зберегти старі, укорінені в досвіді радянського часу традиції проведення виборів: абсолютна більшість та поріг участі виборців залишилися у минулому². Верховна Рада України XIII скликання була політично більш структурована, ніж попереднє скликання, обране в 1990 р. Більшість депутатів входила до складу фракцій або депутатських груп, фракції представляли відносно чисельні політичні партії. 224 народні депутати належали до різних політичних партій, а це 50 відсотків усього складу парламенту³.

Змішану систему виборів, крім партій національно-демократичної орієнтації, підтримали і недавні її противники — Комуністична, Соціалістична та Селянська партії України. Водночас найбільш вагомим, за переконанням дослідників, виявився той чинник, що виборчу реформу підтримали саме центристські політичні сили. Напередодні виборів 1998 р. проблема посилення ролі партій у парламентських ви-

¹ Стенограма пленарного засідання восьмої сесії Верховної Ради України // Бюлетень № 18. – 1997. – 24 верес.

² Богашева, Н. В. Дослідження деяких аспектів еволюції виборчого законодавства України (1989 – 2006 роки) / Н. В. Богашева, Ю. Б. Ключковський, Л. В. Колісецька. – К., 2006. – С. 17.

³ Стенограма пленарного засідання сьомої сесії Верховної Ради України // Бюлетень № 27. – 1997. – 5 берез.

борах у цілому збіглися з корпоративними інтересами значної частини політичних еліт України¹.

Помітні також деякі «нетрадиційні енергійні кроки», вжиті прихильниками змішаної системи з метою підвищення її шансів. До них слід віднести укладення тимчасового тріумвірату О. Мороза, Є. Марчука і П. Лазаренка, відповідне інформаційне забезпечення виступу цих лідерів на користь новацій, заяву керівництва КПУ про можливість блокування будь-яких змін до чинного закону в разі неприйняття нового, який би базувався на змішаній системі². Особливо виділяється і «майстерність» Голови Верховної Ради України О. О. Мороза³, зокрема багаторазова постанова законопроекту на голосування, відповідність чого Регламенту викликає сумніви.

Президент України Л. Д. Кучма не підписав ухвалений депутатами закон про вибори та звернувся до Верховної Ради України з пропозицією його доопрацювати. Були запропоновані 14 поправок, розглянувши які депутати внесли деякі зміни до виборчого закону. Серед них, зокрема, скасування грошової застави в розмірі 10 неоподаткованих мінімумів доходів громадян для кандидатів, висунутих у одномандатних округах, скасування вимоги до кандидатів володіти державною мовою, вилучення статті про Державний реєстр виборців України. Однак депутати не пішли на повернення 50-відсоткового бар'єра явки виборців у мажоритарних округах, а також обрання депутатом у мажоритарному окрузі того кандидата, який зібрав більше половини голосів виборців, але не менше 25 % внесених до списків виборців⁴, якими б відновлялася мажоритарна система абсолютної більшості, двотурові вибори в одномандатних округах. На пропозицію депутатів суб'єктами висунування кандидатів у депутати були визнані збори виборців і трудові колективи⁵.

Президент України 22 жовтня 1997 р. підписав Закон «Про вибори народних депутатів України». Він набув чинності з 25 жовтня, коли його було офіційно опубліковано. Центральна виборча комісія 14 листопада 1997 р., відповідно до ч. 1 ст. 77, п. 2 ч. 2 «Перехідних положень» Конституції України оголосила початок виборчої кампанії

¹ Кресіна, І. О. Перегуда, Є. В. Вказ. праця. – С. 15 – 16.

² Там само. – С. 22.

³ Тищенко, Ю. Піховшек, В. Вказ. праця. – С. 61.

⁴ Стенограма пленарного засідання восьмої сесії Верховної Ради України // Бюлетень № 29. – 1997. – 14 жовт.

⁵ Стенограма пленарного засідання восьмої сесії Верховної Ради України // Бюлетень № 30. – 1997. – 15 жовт.

по виборах народних депутатів України, що мали відбутися 29 березня 1998 р.¹.

Змішана мажоритарно-пропорційна виборча система застосовувалася в Україні вперше. 225 народних депутатів України обиралися в одномандатних виборчих округах за мажоритарною системою відносною більшості, 225 — за списками кандидатів у депутати від політичних партій, виборчих блоків партій у багатомандатному загальнодержавному виборчому окрузі на основі пропорційного представництва (ч. 1 та ч. 2 ст. 1 Закону)². Пропорційна і мажоритарна в межах змішаної виборчої системи, застосованої в Україні, використовувалися незалежно одна від одної, крім того, що при встановленні результатів виборів у партійних списках пропускалися кандидати, обрані в одномандатних округах.

Не передбачалося відсоткового мінімуму голосів, які мав отримати кандидат задля обрання у мажоритарному окрузі. Не встановлювалася вимога обов'язкової участі певного відсотка виборців у голосуванні задля визнання виборів такими, що відбулися. Повторне голосування передбачалося тільки у тому випадку, якщо найбільшу і водночас однакову кількість голосів наберуть два або більше кандидатів у депутати (ч. 5 ст. 43 Закону). Такими ж, що не відбулися, вибори визнаються тільки у зв'язку з вибуттям усіх зареєстрованих у виборчому окрузі кандидатів (ч. 7 ст. 43).

Передбачалося застосування пропорційної системи із жорсткими списками, без преференцій. Виборець міг голосувати тільки за список у цілому і за список тільки від однієї політичної партії (блоку партій) або не підтримати жодної партії (блоку партій), зробивши позначку в квадраті проти слів: «Не підтримую жодної політичної партії, виборчого блоку партій» (ч. 3 ст. 39, ч. 10 ст. 40). Черговість розташування кандидатів у депутати у списку визначала відповідно політична партія або виборчий блок партій. Ця черговість не могла бути змінена після реєстрації списку Центральною виборчою комісією (ч. 5 ст. 21). Кандидати від політичної партії (блоку партій) вважалися обраними в порядку їх черговості у списку (ч. 11 ст. 42 Закону).

¹ Про оголошення початку виборчої кампанії по виборах народних депутатів України у березні 1998 р. : Постанова Центральної виборчої комісії від 14 листоп. 1997 р. № 1 // Законодавство: інформаційно-пошукова система [Електронний ресурс] / Науково-дослідний центр правової інформатики АПРН України; станом на 19 серп. 2008 р. – К., 2008. – 1 електрон. опт. диск (DVD-ROM). – Назва з диску.

² Про вибори народних депутатів України : Закон України від 24 верес. 1997 р. № 541/97-ВР // Відом. Верхов. Ради України. – 1997. – № 43. – Ст. 280.

Право на участь у розподілі депутатських мандатів отримували лише списки кандидатів у депутати від політичних партій (виборчих блоків партій), що зібрали не менше 4 % голосів виборців, які взяли участь у голосуванні (ч. 5 ст. 42). Для розподілу мандатів між партіями, які подолали 4-відсотковий бар'єр, вводилася виборча квота, тобто кількість голосів виборців, необхідна для отримання одного мандата, яка вираховувалася шляхом ділення загальної кількості голосів виборців, що подані за списки кандидатів у депутати від партій (їх блоків) у багатомандатному виборчому окрузі, на число мандатів у цьому окрузі (тобто на 225). Далі кількість голосів, поданих за список кандидатів у депутати від кожної політичної партії (блоку партій), ділиться на цю квоту. Отримане ціле число є кількістю мандатів цієї партії, виборчого блоку партій. Дробові залишки використовуються для розподілу решти мандатів, які залишаються нерозподіленими: ті списки, які мають більші порівняно з іншими дробові залишки, отримують по одному додатковому мандату, починаючи зі списку, що має найбільший залишок. У випадку рівності дробових залишків у двох чи більше списках першим отримує додатковий мандат список, за який віддано більшу кількість голосів виборців. У разі, якщо після цієї процедури залишаються мандати, вони розподіляються шляхом повторного застосування цієї методики (ч. 6 — 10 ст. 42 Закону).

Право висування кандидатів у депутати надавалося політичним партіям і виборчим блокам партій, а також зборам громадян і трудовим колективам (ст. 5, ч. 1 ст. 20). Максимально були розширені права громадян брати участь у виборах як кандидати у народні депутати. Кожен, хто відповідав вимогам ст. 3 Закону, міг самовисуватися: звернутися до окружної виборчої комісії із заявою, і, маючи підтримку не менше ніж 1,5 тис. виборців конкретного округу (п. 2 ч. 1 ст. 25 Закону), бути зареєстрованим як кандидат у народні депутати України.

Законом прямо встановлювалася можливість кандидата бути включеним до списку партії (блоку партій) та одночасно висуватися в одномандатному виборчому окрузі (ч. 3 ст. 20). А при встановленні результатів волевиявлення громадян у списку політичної партії (блоку партій) мали пропускатися кандидати, обрані в одномандатних округах за мажоритарною системою (ч. 11 ст. 42 Закону). Ці положення стали предметом розгляду Конституційного Суду України щодо відповідності їх Конституції України. Вони є такими, на думку суб'єктів права на конституційне подання, що спотворюють (фальсифікують) безпосереднє народне волевиявлення, здійснене на виборах. Ці положення

частини третьої ст. 20 і частини одинадцятої ст. 42 Закону України «Про вибори народних депутатів України» від 24 вересня 1997 р. було визнано неконституційними, оскільки вони порушують принцип рівного виборчого права (рівності)¹.

У 225 мажоритарних виборчих округах було зареєстровано кандидатами в народні депутати України 3 962 особи, зокрема, від політичних партій, виборчих блоків партій — 2 242 (56,59 %), від виборців, трудових колективів та шляхом самовисування — 1 720 осіб (43,41 %). Водночас серед кандидатів, висунутих політичними партіями або їх блоками, було 444 безпартійних (19,8 %), членами партій були 1 798 кандидатів (80,2 %). Не лише партії (блоки) висували партійців. Так, загалом 2 080 (52,5 %) кандидатів у депутати в одномандатних округах були членами партій².

Учасниками виборчої кампанії 1997 — 1998 рр. стали 30 політичних партій та виборчих блоків політичних партій — 19 партій утворили 9 блоків — із 3 539 кандидатами у своїх списках. Повні списки із 225 кандидатами були сформовані лише Комуністичною партією України та партією Всеукраїнське об'єднання «Громада». Були і списки із 30 і менше кандидатами³.

Балотувалися одночасно за списком однієї з партій (блоків) та в одномандатному окрузі 1 310 осіб — 1/5 від загальної кількості зареєстрованих кандидатів у народні депутати України⁴.

29 березня 1998 р. вибори до Верховної Ради України відбулися. За їх результатами сім політичних партій і один виборчий блок зібрали понад 4 % голосів виборців у багатомандатному окрузі: Комуністична партія України — 24,68 %, Народний рух України — 9,4 %, виборчий блок Соціалістичної та Селянської партій України — 8,64 %, Партія зелених України — 5,46 %, Народно-демократична партія — 4,99 %, Всеукраїнське об'єднання «Громада» — 4,68 %, Прогресивна соціалістична партія України — 4,04 %, Соціал-демократична партія України

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про вибори народних депутатів України» (справа про вибори народних депутатів України) від 26 лют. 1998 р. // Вісн. Конституц. Суду України. — 1998. — № 2. — С. 4 — 19.

² Парламент України : Вибори-98 : Інформ.-аналіт. вид. / Центральна виборча комісія ; голова редкол. М. М. Рябець. — К., 1998. — Ч. II. — С. 132—143, 345.

³ Парламент України : Вибори-98 : Інформ.-аналіт. вид. / Центральна виборча комісія ; голова редкол. М. М. Рябець. — К., 1998. — Ч. I. — С. 245—249.

⁴ Парламент України : Вибори-98 : Інформ.-аналіт. вид. / Центральна виборча комісія ; голова редкол. М. М. Рябець. — К., 1998. — Ч. II. — С. 135.

(об'єднана) — 4,02 %. Відповідно, ще 22 учасники виборчих перегонів, зібравши від 0,14 до 3,67 % голосів виборців, загалом понад 6,5 млн виборців, не брали участі в розподілі депутатських мандатів. За списки цих партій проголосувало 17 481 593 виборців (65,79 %)¹.

Отже, за пропорційною системою КПУ отримала 84 мандати, НРУ — 32, блок СПУ — СелПУ — 29, ПЗУ — 19, НДП — 17, «Громада» — 16, СДПУ(о) — 14, ПСПУ — 14 мандатів². Реальністю було те, що 1 066 113 виборців, які віддали свої голоси Соціал-демократичній партії України (об'єднаній), представлені у Верховній Раді України 14 депутатами, а 978 330 виборців, які проголосували за Аграрну партію України, не представлені взагалі. На такому «грубому ігноруванні волі виборців» не раз наголошували дослідники виборів в Україні³.

Безперечним позитивним моментом застосування змішаної системи, порівняно з минулими виборами, стало те, що при першому ж голосуванні був обраний майже весь склад Верховної Ради — 445 депутатів з 450. У 5 одномандатних округах були призначені повторні вибори. За станом на 1 листопада 1998 р. було обрано і зареєстровано ще 4 народних депутати⁴. Уперше застосована в Україні пропорційна складова виборчої системи не викликала непорозумінь при здійсненні виборцями волевиявлення, була адекватно сприйнята.

Усього з 448 обраних народних депутатів 308 депутатів, тобто майже 69 %, були членами політичних партій. Лише 140 парламентарів були позапартійними. Крім того, формально залишаючись позапартійними, деякі депутати увійшли до складу фракцій політичних партій. Парламент ставав повністю професійним: усі обрані депутати мали звільнитися з роботи чи служби та із займаних посад (ч. 8 ст. 3 Закону).

Новообраними депутатами XIV скликання у травні 1998 р. було утворено 8 депутатських фракцій: фракція Комуністичної партії України (122 депутати), Народного руху України (47 депутатів), блоку Соціалістичної та Селянської партії України (35 депутатів), Партії зелених України (24 депутати), Народно-демократичної партії України (77 депу-

¹ Парламент України : Вибори-98 : Інформ.-аналіт. вид. / Центральна виборча комісія ; голова редкол. М. М. Рябець. — К., 1998. — Ч. I. — С. 512–513.

² Там само. — С. 581.

³ Ольховський, Б. І. Єрмолаєв, В. М. Ольховський, Є. Б. Вказ. праця. — С. 59 – 61; Тодика, О. Ю. Вказ. праця. — С. 59; Лук'янов Д. В. Правова та політична оцінка загороджувального бар'єра як інституту виборчого права / Д. В. Лук'янов, Г. П. Пономарьова // Право України. — 2005. — № 12. — С. 10–14.

⁴ Парламент України : Вибори-98 : Інформ.-аналіт. вид. / Центральна виборча комісія ; голова редкол. М. М. Рябець. — К., 1998. — Ч. II. — С. 345, 383.

татів), «Громади» (39 депутатів), Соціал-демократичної партії України (об'єднаної) (24 депутати), Прогресивної соціалістичної партії України (17 депутатів)¹. Таким чином, 385 народних депутатів України (86,5 %) об'єдналися у фракції, які тепер могли утворюватися виключно депутатами на основі політичних партій та блоків політичних партій у складі не менш як 14 народних депутатів України². Зауважимо, що рішення народних депутатів про те, що фракції у Верховній Раді України утворюються народними депутатами України лише «на основі політичних партій і блоків політичних партій, що подолали 4-відсотковий бар'єр на виборах до Верховної Ради України 29 березня 1998 р.», було визнане неконституційним рішенням Конституційного Суду України і втратило чинність³.

Застосування нової виборчої системи дало змогу піднести роль партій у суспільстві. Структура Верховної Ради України стала більш чіткою і прогнозованою. Водночас стабільні більшість та опозиція сформовані не були. У січні — лютому 2000 р. у результаті конфронтації різних політичних фракцій у Верховній Раді України була утворена парламентська більшість, яка переобрала всіх керівників Верховної Ради України та взяла на себе відповідальність за здійснення законодавчого забезпечення реформ. На жаль, ця парламентська більшість проіснувала недовго і через спалах політичної боротьби восени 2000 р. розпалася на прихильників Президента України та опозицію до нього. Але навіть за такого результату можна говорити про деякі позитивні наслідки. По-перше, політичні партії набули певного досвіду формування та діяльності в умовах розподілу парламенту на більшість та опозицію. По-друге, і суспільство, і політичні партії усвідомили необхідність та навіть неминучість такого розподілу. Адже в короткостроковій перспективі вплив виборчої системи має лише опосередкований характер, застосування тієї чи іншої моделі навряд чи відразу принесе очікувані результати.

¹ Ключковський, Ю. Пропорційні вибори і розвиток партійної системи в Україні / Юрій Ключковський // *Вибори та демократія*. – 2006. – № 3. – С. 17.

² Про внесення змін до Регламенту Верховної Ради України : Постанова Верховної Ради України від 13 травня 1998 р. № 7-XIV // *Відом. Верхов. Ради України*. – 1998. – № 22. – Ст. 120.

³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Верховної Ради України «Про внесення змін до Регламенту Верховної Ради України» (справа про утворення фракцій у Верховній Раді України) від 3 груд. 1998 р. № 17-рп/98 // *Офіц. вісн. України*. – 1998. – № 49. – Ст. 41.

Д. Задихайло, науковий співробітник
НДІ державного будівництва та місцевого
самоврядування АПРН України

Сучасні функції держави в контексті модернізації конституційно-правового регулювання

Науково обґрунтована визначеність із систематикою функцій держави є не тільки передумовою максимальної реалізації її соціального призначення, але і будь-яких конституційно-правових конструкцій структурування державного апарату, майже всієї сфери публічно-правового впливу держави на суспільні відносини. Саме функціональний підхід до названої проблематики видається найбільш ефективним, адже він кореспондує надзвичайним темпам соціодинаміки, які вимагають прискореної адаптації навіть на побутовому рівні суспільного життя. Абсолютно слушною є думка А. Б. Венгерова про те, що функції держави є такими, на які впливають не тільки зміни, що відбуваються в державі як такій, але і зміни умов існування самої держави, зміни зовнішніх умов, зовнішнього середовища, в якому діє держава, і саме вони є чинником еволюції функцій держави¹. Разом з тим слід констатувати, що в науці теорії держави та права не склалася більш-менш узгоджена позиція, що могла б виконати роль парадигми в цьому питанні, а відтак дозволяла б ґрунтувати на ній алгоритми постановки питань та їх розв'язання.

Огляд теоретичної літератури дає можливість підсумувати традиційне виділення окремих груп функцій, таких як внутрішні та зовнішні, та їх диференціацію за об'єктом спрямування діяльності держави на політичну, соціальну, економічну, екологічну сфери, сферу розвитку освіти, науки, культури тощо. Такий підхід видається контрпродуктивним, адже в його основі лежить статика суспільних відносин, їх хоча і загально визнана, але формальна диференціація за сферами суспільного життя. Звичайно, що в кожній з них можуть бути поставлені цілі та завдання державного впливу, врахована внутрішня динаміка, що їм притаманна, але при такій постановці питання надзвичайно важко досягти системної роботи державного апарату, синергетики у продуктивності його діяльності.

¹ Венгеров А. Б. Теория государства и права: [учеб. для юрид. вузов]. – М., 2006. – С. 179.

Саме пошуку більш оптимальної систематики функцій держави, що мала б потужне практичне значення і дозволяла б відповідно оптимізувати структуру державного апарату і перш за все органів державної виконавчої влади, їх компетенцію, співвідношення між собою та взаємодію, присвячена ця стаття.

По-перше, вважаємо, що в основу класифікаційного критерію ієрархічності функцій держави слід покласти «мету — соціальний результат». Тобто такий чинник, що визначатиме певну властивість функціонуючого соціального організму. І ця властивість-характеристика має бути універсальною, такою, що притаманна або має бути притаманною усім чи більшості сфер соціального буття і таким чином за умови свого досягнення забезпечувати максимальний і синергетичний ефект від впливу держави на суспільство. Функції, похідні за їх місцем в ієрархії, в той же час можуть складатися, виходячи із комплексного критерію «ціль-сфера».

Слід зазначити, що особливості впливу сучасного зовнішнього для держави глобального світового середовища є найбільшим чинником еволюції традиційних поглядів щодо функцій держави, виходячи з того, що Україна сьогодні є лише об'єктом геополітичних та геоелектронічних процесів, але, на жаль, не їх суб'єктом.

Важливо підкреслити, що такі зовнішні впливи є системними проявами так званого нового світового порядку, а відповідно і позначаються водночас на цілій низці сфер суспільних відносин країни, змінюючи глибинні параметри її існування. Саме тому будь-яка держава, що переважно відіграє роль об'єкта глобальних політичних та економічних процесів, повинна визначитись із своїм ставленням до такого порядку та його складових, сформувавши таку модель взаємодії із зовнішнім середовищем, яка дала б змогу мінімізувати руйнівні наслідки глобалізації, зокрема в діяльності ТНК та їх угруповань, і водночас використати всі можливості для власного розвитку, власного перетворення на суб'єкта історії із здоровою перспективою.

Відтак функції держави, що повинні бути інституціалізовані в обговорюваному контексті, мають універсальний характер, що виявляють себе у найрізноманітніших видах та сферах діяльності держави, взаєминах із структурами суспільства.

Слід зазначити, що одним із ключових викликів сьогодення в політико-правовій сфері є ерозія реального суверенітету держав. У цьому сенсі загальновідомою є практика «держав, що не відбулися», яка виступає свідченням руйнації так званої Вестфальської системи,

що донедавна визначала характер міждержавних відносин, принципову основу міжнародного права. Саме тому проблема відновлення втрачених реальних суверенних прав такими державами, здається, перебуває у фазі актуалізації.

Відтак необхідно визнати, що найважливішою універсальною функцією держави за сучасних умов має стати забезпечення процесу перманентного відновлення реального суверенітету, необхідного потенціалу для реалізації своїх суверенних прав та їх захисту. Ця функція є синтетичною за своєю природою, адже вона ґрунтується на реалізації фактично всіх інших функцій держави, але з такою ефективністю, спрямованістю та акцентуацією, за яких держава мала б фактичну можливість щоміглі безперешкодно скористатися своїми суверенними правами в економічній, соціальній, інформаційній, культурній та інших сферах, включаючи, звичайно, і різнопланову участь у міждержавних відносинах.

Таким чином, державний суверенітет, суверенні права держави як політико-правовий феномен є наслідком особливого характеру й режиму взаємодії держави та суспільних структур, що не є автоматичним результатом, який виникає внаслідок проголошення відповідних декларацій, універсалів, інших політичних документів. Тим більше ця теза є справедливою в умовах цілеспрямованої руйнації Вестфальської системи міждержавних відносин на користь нових акторів глобального світового порядку. За цих умов відтворення фактичного потенціалу держави для реалізації своїх суверенних прав набуває значення окремої універсальної та синтетичної за своєю природою функції держави, що подібна підтримці дієздатного імунітету для ураженого інфекцією біологічного організму.

Тісно пов'язаною з питанням державного суверенітету, надзвичайно актуалізованою за наведених вище причин, а також умовами глобального наступу «демократично-ринкової парадигми» як засади устрою сучасних держав є проблема забезпечення національної безпеки. Національна безпека держави та суспільства в усіх її складових економічного, інформаційного, соціального, політичного, вітального порядку фактично є визнаною функцією держави, що закріплена у ст. 16 та ст. 17 Конституції України. Зміст останньої конституційної норми сфокусовано навколо «збереження генофонду українського народу», одним із засобів якого є «забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України». Слід підтримати концепцію вітальної безпеки, що розробляється зараз в юри-

дичній літературі, як узагальнюючу категорію, що стосується забезпечення життєздатності української нації в контексті загроз екологічного характеру, розповсюдження штучних вірусів, потенціалу вітчизняної фармації, якості продуктів харчування та питної води тощо¹. Це не суперечить, на нашу думку, визнанню необхідності існування окремої екологічної функції держави. Таким чином, сфера національної безпеки є категорією не тільки політико-правовою, як державний суверенітет, але і має загальносоціальний контекст, що характеризує потенціал окремого суспільства, і водночас забезпеченість національної безпеки суспільства та держави є ключовим чинником реалізації державного суверенітету. Виходячи із такої складної природи національної безпеки як синтетичної та універсальної властивості суспільства, що самовизначилось через створення власної держави, вважаємо забезпечення національної безпеки самостійною універсальною функцією держави.

При сучасній загостреній конкуренції держав за умови участі в економічному обміні, доступу до джерел енергоресурсів, сировини, питної води, новітніх технологій тощо на рівень універсальної та першочергової функції держави виходить забезпечення конкурентоспроможності національної економіки, окремих її галузей та секторів, видів виробництв і зрештою конкурентоспроможності вітчизняних суб'єктів господарювання. Ця функція держави є універсальною і тому що конкурентоспроможними мають бути як різні сектори матеріального виробництва, так і нематеріальної сфери, зокрема освіти, медицини тощо. Сучасний досвід різних країн свідчить, що без організаційної, регулятивної, нормотворчої діяльності держави досягти сталої конкурентоспроможності неможливо. Слід зазначити, що ця функція держави в умовах її членства у СОТ має і внутрішній, і зовнішній аспекти своєї реалізації, адже полем економічної, конкурентної боротьби є і внутрішній, і зовнішні ринки. У свою чергу досягнення високої конкурентоздатності національної економіки дозволяє вибороти більш вигідний статус країни в міжнародному розподілі праці, у міжнародному обміні результатами економічної діяльності, за рахунок чого відкриваються можливості для реалізації інших функцій держави.

Слід визнати, що проблема конкурентоздатності національної економіки тісно пов'язана з інноваційним характером виробництва, ефективним функціонуванням національної інноваційної системи. Не

¹ Див.: Пашков В. М. Господарсько-правова політика у сфері охорони здоров'я: проблеми вітальної безпеки. – К., 2007. – С. 20.

є безпідставними думки, що характеризують сучасну систему глобальних економічних відносин як «оксамитовий колоніалізм», ґрунтом для якого є безодня технологічної нерівності, в умовах невизнаної відсутності ринку технологій, адже створення інноваційних продуктів і власне нових технологій, що визначають технологічний рівень національних економік, домінуючі технологічні уклади, локалізовано саме в межах потужних галузевих ТНК та державних науково-технічних структур вельми обмеженої кількості країн. Виник олігополістичний сектор суб'єктів права власності на відповідні активи, що є підставою для привласнення вражаючої за обсягами інноваційної ренти з обігу нових товарів та послуг у світовому масштабі. Саме тому інноваційна функція держави набуває самостійного значення, потребує створення потужної інноваційної системи, яка за своїм форматом виходить за межі виробничого сектору і тому є самостійною, передбачаючи результати на довготривалу перспективу. Дійсно, роль держави в межах цієї функції стосується і організації якісної сучасної освіти, фундаментальних наукових досліджень, активної протидії відтоку мозків та імпорту застарілих і шкідливих технологій, стимулювання діяльності суб'єктів господарювання, що запроваджують інноваційне виробництво, тощо. Роль держави полягає також і у формуванні чіткої правової інноваційної політики, одним з інтегрованих засобів якої є кодифікація інноваційного законодавства, що зокрема слушно пропонується Ю. Є. Атамановою¹.

Сучасна фінансова криза на новому етапі соціально-економічного розвитку актуалізує питання про конституційно-правове закріплення антикризової функції держави. Зміст цієї функції також є універсальним і не може зводитись тільки до проблеми сталого функціонування економічних інститутів, а має охоплювати проблеми суспільно значущого рівня в екологічній, техногенній, політичній та інших сферах. У цих випадках термінове втручання держави є необхідним, метою її діяльності є мінімізація або повна нейтралізація негативних явищ, впливів, тенденцій тощо. Конституція України фрагментарно встановлює окремі підстави такого антикризового втручання держави. Так, зокрема, п. 21 ст. 106 Конституції України передбачає серед повноважень Президента України введення надзвичайного стану, оголошення окремих місцевостей України зонами надзвичайної екологічної ситуації. Втім саме економічна площина антикризової функції держави, як не дивно, фактично не знайшла підтримки законодавця.

¹ Атаманова Ю. Є. Господарсько-правове забезпечення інноваційної політики держави. – Х., 2008. – С. 353–366.

Таким чином, вважаємо, що модернізація систематики функцій держави, виділення в їх складі категорії універсальних, що мають стати державно-правовим компенсатором нових впливів на суспільства з боку потужних акторів міжнародних відносин і можуть бути покладені в основу концептуального підґрунтя конституційної реформи.

До категорії універсальних функцій держави, яких, вважаємо, не може бути багато, пропонуємо віднести такі.

1. Забезпечення національної безпеки.
2. Підтримання і забезпечення суспільного порядку.
3. Підтримання і забезпечення суспільного розвитку.
4. Підтримання і забезпечення національної конкурентоздатності.
5. Забезпечення уникнення і протидії кризам та дисфункціям у функціонуванні соціального організму.
6. Підтримка реальності державного суверенітету, відтворення його властивостей.

Слід зазначити, що сучасні зміни в суспільно-політичному та суспільно-економічному житті, що відбуваються під впливом подальшої концентрації економічної влади в руках ТНК та їх угруповань, включення до стандартів суспільства споживання нових мільярдів споживачів у колишніх країнах третього світу, загострення на цьому фоні енергетичної, сировинної, продовольчої, екологічної та інших проблем та загострення міжнародної конкуренції в глобальному масштабі, в основі якої лежить доступ до нових конкурентоспроможних технологій, стають саме тими чинниками, що спонукають до еволюції традиційні функції держави. Втім, окремі з таких чинників набувають значення універсальної умови сучасного суспільного життя, ігнорування яких може мати фатальне значення для суспільства, держави та державоутворюючої нації. До категорії сучасних впливів на суспільне життя, що вимагають інституалізації кореспондуючих ним універсальних функцій держави слід ще додати такі.

7. Підтримка здорового екологічного середовища, раціонального природокористування (екологічна функція).
8. Забезпечення інноваційно-інформаційного пріоритету в усіх процесах суспільного життя (інноваційно-інформаційна функція).
9. Ідеологічне забезпечення соціального гомеостазу та лояльності національній державі (ідеологічна функція).

Враховуючи можливі контраргументи, необхідно зробити застереження щодо запропонованої ідеологічної функції. Вважаємо, що наявність державної ідеології не суперечить положенню ст. 15 Консти-

туції України щодо ідеологічного плюралізму. Необхідність мати державну ідеологію не виключає право на існування та циркуляцію інших ідеологій, у тому числі альтернативних, але у разі якщо ми визнаємо існування інтересів державоутворюючої нації, а також інтересів держави, то вони мають бути ідеологічно репрезентовані і відстоюватись їх носіями нарівні із будь-якими соціальними або економічними інтересами. Тим більше, що відповідно до положень тієї ж ст.15 Конституції України, право на державну ідеологію не є тотожним її обов'язковості для громадян. Також слід наголосити, що відсутність у запропонованій класифікації так званих зовнішніх функцій не є ігноруванням зовнішніх міжсистемних відносин та інтересів держави у світовому контексті. Вважаємо, що названі функції синтетично містять у собі як внутрішній, так і зовнішній компонент системоутворюючих зв'язків.

Окремим питанням є визначення внутрішніх та зовнішніх чинників, що урешті-решт і складають ту специфічну для кожної держави систематику функцій, а головне — особливості змісту кожної з них. Ця проблема є темою окремого комплексного дослідження за участю економістів, соціологів, екологів тощо. При першому наближенні в однопорядковому режимі необхідно вказати зокрема, на такі чинники, як демографічні особливості суспільства, стан міграційних процесів, криміналізацію суспільства, суттєве зниження його духовності, деградацію регіонів та екологічної ситуації, рівень ефективності господарського механізму, сурогатний характер правлячої еліти, стан оборонно-промислового комплексу, інфраструктури, якість людського капіталу тощо. До зовнішніх чинників можна віднести явища експорту криз до світової економічної периферії, технологічну дискримінацію, концентрацію економічної влади в межах угруповань ТНК та ТНБ, міжнародну злочинність та тероризм, загрози введення зовнішнього управління, виникнення зон економічної інволюції в світовій господарській системі і т. ін.

Виділені функції дістали назву універсальних саме тому, що діяльність держави з їх реалізації зачіпає усі сфери суспільного життя, втім не тільки не виключаючи, але і логічно передбачаючи необхідність формування цілої низки похідних функцій, в основі цілепокладання яких може бути задіяним об'єктний підхід, наприклад, забезпечення здоров'я нації, забезпечення фундаментальних наукових досліджень тощо. У будь-якому випадку вважаємо, що цілі та завдання держави, що ставляться в межах тієї чи іншої з її функцій, повинні отримати організаційно-правовий алгоритм їх реалізації. Слід зазначити, що

функції держави мають бути об'єктивовані у відповідних Концепціях або Стратегіях, які доцільно приймати у формі законів України. Що стосується правової об'єктивації цілей та завдань держави, то вона має здійснюватись через формування відповідної політики держави, зафіксованої у формі Державних програм соціального та економічного розвитку країни. Механізм реалізації таких програм у свою чергу передбачає визначення системи відповідальних органів держави, створення спеціальної суспільної системи з необхідною інфраструктурою її функціонування і керованості або урегульованості з боку держави, підтримання такої системи у функціональному режимі та напрацювання антикризових заходів на випадок можливих її дисфункцій. Так, наприклад, якщо узяти сферу агропромислового комплексу, то її функціонування потрапляє до сфери дії всіх універсальних функцій держави, у межах яких паралельно формуються відповідні механізми реалізації.

1. Функція забезпечення національної безпеки трансформується в постановку мети забезпечення продовольчої безпеки через створення державного резерву, механізмів експортно-імпоротної політики, введення заборон на біологічно шкідливі продукти харчування, розвиток засобів зберігання сільськогосподарської продукції, моніторинг стану насінництва тощо.

2. Функція забезпечення суспільного порядку трансформується у підтримку життєздатності правового господарського порядку в АПК, регулювання ринку продуктів харчування, здійснення державної підтримки фермерству тощо.

3. Функція суспільного розвитку трансформується в цілі стратегічного розвитку вітчизняного АПК з урахуванням довготермінових прогнозів щодо перспектив загострення глобальної продовольчої проблеми, зростання дефіциту води сільськогосподарського призначення, зміни клімату та епідеміологічної ситуації. Відповідно до цієї функції держава має прийняти низку програм розвитку для перспективного вирішення, оптимізації шляхів розвитку вітчизняного АПК, досягнення ним тих чи інших параметрів, якісних та кількісних характеристик.

4. Функція забезпечення конкурентоздатності АПК актуалізує питання зниження трансакційних і трансформаційних витрат у системі сільського господарювання та виробництва продуктів харчування, запровадження дієвих механізмів конкуренції, товарних бірж, оптимізації — інфраструктури, зокрема тієї, що забезпечує експорт зерна, тощо.

5. Функція протидії кризовим та дисфункціональним явищам, має трансформуватися у систему заходів держави, що реалізується у випадку, наприклад, різкого падіння кон'юнктури на продовольчих ринках світу, інвестиційного голоду в секторі, потенційної можливості введення міжнародного ембарго тощо.

В аналогічному порядку сфера агропромислового комплексу є об'єктом впливу держави відповідно до інших її функцій.

Як бачимо, алгоритм функціонального забезпечення діяльності держави є дійсно універсальним, але його ефективність залежить від детальної розробки відповідної цьому алгоритму структури державного апарату і передусім гілки виконавчої влади. Адекватне визначення системи таких органів, особливостей їх підпорядкування та компетенції є надзвичайно складним, але і великонадійним завданням.

О. Битяк, аспірант кафедри господарського права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Господарсько-правове забезпечення енергетичної політики держави та особливості окремих її напрямів

Згідно зі ст. 116 Конституції України забезпечення внутрішньої і зовнішньої політики, а також розробка і здійснення загальнодержавних програм економічного і науково-технічного розвитку, забезпечення проведення економічної політики покладено на Кабінет Міністрів України. Водночас відповідні функції щодо законодавчого забезпечення економічної політики держави покладено на Верховну Раду України. З прийняттям Господарського кодексу України 16 січня 2003 р. господарсько-правовий механізм формування та реалізації економічної політики держави набув подальшого розвитку, зокрема у гл. 2 цього Кодексу, в якій сформульовані форми реалізації державної економічної політики та основні її напрями¹.

Щодо енергетичної політики держави у законодавстві України склалася не зовсім адекватна ситуація, адже серед напрямів економічної політики, передбачених ст. 9 ГК, саме енергетична політика окремо не названа. У Законі України «Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України» така категорія, як державні програми розвитку енергетичного сектору, також не передбачена, втім значення паливно-енергетичного сектору в економіці України за умов зростання енергетичної кризи та підвищення цін на енергоносії є надзвичайно актуальним, що безпосередньо впливає на енергетичну політику, а відтак на національну безпеку країни².

У цьому сенсі слід погодитись із думкою В. К. Мамутова, що зміст сучасного господарського права виступає як правове забезпечення економічної політики³.

¹ Господарський Кодекс України. – К., 2004. – 224 с.

² Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України: Закон України // Відом. Верхов. Ради України. – 2000. – № 25. – Ст. 195.

³ Мамутов В. К. Хозяйственный кодекс в системе правового обеспечения экономики в Украине // Государство и право. – 2008. – № 6. – С. 70.

Зазначимо, що окремі напрями промислової політики держави¹, інвестиційної² та інноваційної³ політики в аспекті їх господарсько-правового забезпечення предметно розглядалися в господарсько-правовій науці. У той же час проблематика господарсько-правового забезпечення державної енергетичної політики не отримала достатньої уваги в юридичній літературі як в аспекті визначення її змісту, форм та механізмів реалізації, так і в аспекті з'ясування систематики господарсько-правових засобів впливу держави на відповідну сферу суспільно економічних відносин. Тому саме цим питанням присвячена стаття.

Суспільно-політична актуалізація проблеми паливно-енергетичного забезпечення фактично дістала свою реалізацію через консолідацію суб'єктів організаційно-господарських повноважень під дахом Міністерства палива та енергетики України. Зауважимо, що в Україні серцевиною проблематики економічної політики є проблема чіткого та ефективного функціонування саме електроенергетичного ринку. Щодо цього слід зазначити, що в результаті цілеспрямованої діяльності держави в Україні сформовано власну модель організації електроенергетичного ринку, яка є досить унікальною. Ця модель виникла не в лабораторних умовах, а є результатом суперечливої вітчизняної практики розвитку процесів в енергетичній сфері, зокрема пов'язаних із приватизацією.

Таким чином, слід погодитись із тим, що фактично енергетична політика держави, і зокрема на електроенергетичному ринку, в Україні давно існує, але, на жаль, вона не набула закріплення в законодавстві як важливий механізм функціонування саме організаційно-господарських відносин.

Стаття 10 ГК містить посилання на структурно-галузеву політику держави як окремий напрям економічної політики, складовими якого є промислова, аграрна, будівельна та ін. Однак енергетична політика є ядром промислової політики, вона посідає особливе місце і, можна сказати в цілому, є одним із головних економічних напрямів. Слід додати, проблематика енергетичної безпеки країни, що є невід'ємною

¹ Див., напр.: *Письменна К. В.* Господарсько-правове забезпечення стимулювання розвитку суднобудування та судноремонту: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2008.

² Див., напр.: *Кухар В. І.* Господарсько-правове забезпечення державної інвестиційної політики в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2008.

³ *Атаманова Ю. Є.* Інноваційне право України: проблеми теорії та систематизації: Монографія. – Х., 2005. – 128 с.

складовою енергетичної політики, виходить далеко за межі суто економічних питань і впливає на стан національної безпеки країни та її суверенітет. Саме тому є необхідність на законодавчому рівні закріпити такі повноваження.

1. Визначити енергетичну політику як самостійний напрям економічної політики держави.

2. Обов'язковість формування та реалізації державних програм енергетичного розвитку країни як довготривалих, так і короткотермінових. (Нагадаємо, що в Україні є Енергетична стратегія України на період до 2030 року, затверджена Постановою Верховної Ради України від 24 травня 2001 р.¹, а також Комплексна державна програма з енергозбереження України², але це не вирішує проблем програмного і комплексного розвитку енергетики країни в цілому.) У цьому контексті слід погодитись із Д. В. Задихайлом, який стверджує, що система програм економічного розвитку має бути обов'язковою складовою діяльності держави у сфері економіки³.

3. Також слід визначити, що обов'язковою складовою загальної енергетичної політики держави має бути державна політика на електроенергетичному ринку як його центральна частина, в якій фокусується всі внутрішні зв'язки, відносини між суб'єктами господарювання, суб'єктами організаційно-господарських повноважень на енергетичному ринку як такому. Отже, розвиток електроенергетичного ринку, модифікація моделі розподілу електроенергії має відбуватися у повній відповідності до спеціально створених державних програм розвитку електроенергетичного ринку України. (Поряд із електроенергетичним ринком самостійними напрямками енергетичної політики, зокрема, мають бути політика енергозбереження та політика розвитку нетрадиційних джерел енергетики тощо.)

4. Рівень державної політики в тій чи іншій галузі суспільних відносин означає не тільки високий ступінь суспільно-економічної та суспільно-політичної актуалізації цих відносин для життєдіяльності суспільства. З точки зору систематики нормативно-правового регулювання ми вважаємо, що цей рівень передбачає необхідність кодифікації законодавчого регулювання відносин у цій сфері, адже коли об'єктом

¹ Про схвалення Енергетичної стратегії України на період до 2030 року: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 15 берез. 2006 р. № 145Р.

² Комплексна державна програма з енергозбереження України // Офіц. вісн. України. – 2008. – № 56. – С. 10.

³ Задихайло Д. В. Стратегія держави в системі законодавчого регулювання економічних відносин // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 44. – С. 135.

правового регулювання береться ринок, зокрема електроенергетичний і тим більше паливно-енергетичний, ми маємо справу з такою системністю функціонування суспільних відносин, якій можуть кореспондувати тільки відповідні кодифікації законодавства в цій сфері, як передусім системний нормативно-правовий акт, максимально пристосований для того, щоб у нормативно-правовий засіб реалізовувати відповідну політику держави. Саме тому оптимізація правового регулювання енергетичного ринку повинна включати завдання з розробки Електроенергетичного кодексу України.

Система господарських відносин в енергетичній сфері є ключовим чинником функціонування закріпленої в Законі України «Про електроенергетику»¹ та інших нормативно-правових актах моделі електроенергетичного ринку України. Ця модель виникла і набула свого нормативно-правового закріплення шляхом спроб та помилок, що запам'ятались періодичними відключеннями споживачів від електропостачання, неосвітленими вулицями міст у вечірній та нічний час тощо.

Особливість вітчизняної моделі електроенергетичного ринку полягає у такому.

1. Генеруючі компанії є суб'єктами господарювання державної форми власності і генерують електричну енергію різної собівартості.

2. Розподіл електричної енергії споживачам здійснюється обленерго, що як суб'єкти господарювання є корпоративними підприємствами, значна кількість яких має серед своїх учасників іноземних інвесторів. Слід зазначити, що названі обленерго є природними монополістами у сфері розподілу електричної енергії на регіональних ринках.

3. Безперерійне та безаварійне функціонування мереж постачання електричної енергії забезпечує централізоване диспетчерське управління.

4. Лінії електропередач високої потужності є у власності держави та виступають як природна монополія на передачу електроенергії.

5. Оптова торгівля електричною енергією здійснюється через монополізований державою оптовий ринок, що представлений діяльністю спеціалізованого державного підприємства «Енергоринок» та нормативно-правовим забезпеченням правовідносин оптової купівлі-продажу електричної енергії в межах діяльності названого підприємства.

¹ Про електроенергетику: Закон України // Відом. Верхов. Ради України. – 1998. – № 1. – Ст. 1.

6. Основні господарсько-правові повноваження щодо регулювання діяльності на електроенергетичному ринку зосереджені в системі Національної комісії регулювання електроенергетики України.

Слід зазначити, що скільки функціонує названа модель електрозабезпечення економіки та населення, стільки існують її альтернативні варіанти, пов'язані з лібералізацією зокрема оптового ринку, а найрадикальніші — з приватизацією генеруючих компаній.

Разом з тим можна констатувати, що закріплена в Законі України «Про електроенергетику» діюча модель електроенергетичного ринку забезпечує в цілому потреби національної економіки і відповідає завданням забезпечення енергетичної безпеки країни, в усякому разі в електроенергетичному секторі.

Проблемним є питання доцільності здійсненої приватизації обленерго за умов та необхідності визнання їх статусу як суб'єктів природної монополії, оскільки приватизація відбулася і тепер необхідні достатні юридичні підстави для порушення питання про реприватизацію або націоналізацію.

Слід підкреслити, що значний сегмент електроенергетичного ринку України, зокрема обленерго та централізована мережа електропостачання, мають бути визнані природними монополіями відповідно до Закону України «Про природні монополії»¹. Функції державного регулювання діяльності таких природних монополій згідно зі ст. 4 Закону України «Про природні монополії» покладено на національні комісії регулювання природних монополій, які утворюються і функціонують відповідно до цього Закону. В електроенергетичному секторі державою створено Національну комісію регулювання електроенергетики України, на яку і покладено відповідні функції. Так, згідно з п. 4 Положення про Національну комісію регулювання електроенергетики України Комісія здійснює заходи щодо забезпечення рівних прав доступу до транспортних мереж суб'єктів ринків електроенергії², що визначено і Законом України «Про електроенергетику» стосовно обленерго та суб'єктів господарювання, які здійснюють передачу електричної енергії.

Виникає питання щодо цілісності правового механізму забезпечення сприяння конкуренції у сфері виробництва і постачання електричної енергії та державного регулювання діяльності суб'єктів при-

¹ Про природні монополії: Закон України // Відом. Верхов. Ради України. – 2000. – №30. – Ст. 238.

² Питання Національної комісії регулювання електроенергетики України: Указ Президента України від 21 квіт. 1998 р. №335/98 // Офіц. вісн. України. – 1998. – № 16. – Ст. 3.

родних монополій. Адже ст. 12 Закону України «Про електроенергетику» містить фіксацію такого завдання, що покладено на Національну комісію регулювання електроенергетики України, а у п. 3 Положення про Національну комісію регулювання електроенергетики України вона також зафіксована, але систематики господарсько-правових засобів, якими безпосередньо суб'єкт організаційно-господарських повноважень має реалізовувати названу функцію, не передбачено.

У цьому сенсі необхідно ставити питання про створення відповідного нормативно-правового забезпечення діяльності з формування та реалізації енергетичної політики держави, Будь-які зміни моделі функціонування електроенергетичного ринку, що має надзвичайну важливість для функціонування національної економіки як такої, вимагають попередньої ґрунтовної роботи з вивчення та прогнозування усіх можливих наслідків такої трансформації, обов'язкового закріплення її в державних програмах розвитку енергетичного сектору національної економіки та узгодження цих програм з програмами розвитку промисловості, інфраструктури тощо.

Враховуючи те що електроенергетичний сектор є складним, системним соціально-економічним утворенням, слід визнати, що і його господарсько-правове регулювання має набути системного характеру в межах спеціально створеної кодифікації законодавства у вигляді Електроенергетичного кодексу України. Така кодифікація передбачає також і необхідність відповідних змін та доповнень до Господарського кодексу України, щоб забезпечити входження пропонованого кодексу до генеральної систематизації господарського законодавства.

Вважаємо за необхідне зупинитися ще на одному важливому напрямі енергетичної політики держави, а саме на забезпеченні її енергетичної безпеки. Стаття 17 Конституції України визначає економічну безпеку як одну з найважливіших функцій держави. У статті 8 Закону України «Про основи національної безпеки та оборони України» серед основних напрямів державної політики з питань національної безпеки в економічній сфері визначено зокрема такий напрям, як забезпечення енергетичної безпеки на основі сталого функціонування і розвитку паливно-енергетичного комплексу, в тому числі послідовного і активного проведення політики енергозбереження та диверсифікації джерел енергозабезпечення¹.

¹ Про основи національної безпеки та оборони України: Закон України // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 39. – Ст. 351.

Втім ключовим нормативним і організаційним засобом забезпечення енергетичної безпеки має бути енергетична політика держави. Слід зазначити, що чинні Енергетична стратегія на період до 2030 року, Господарський кодекс України, закони України «Про електроенергетику», «Про енергозбереження»¹ не визначають енергетичну політику держави як правовий та економічний феномен.

Разом з тим зміст ст. 1.1 Енергетичної стратегії дає змогу з'ясувати основні цілі енергетичної політики. Серед них окремо виділено такі цілі, як зниження питомих витрат у виробництві та використанні енергопродуктів за рахунок раціонального їх споживання, впровадження енергозберігаючих технологій та обладнання, раціоналізації структури суспільного виробництва і зниження питомої ваги енергоємних технологій. Таким чином, безперечно, енергозбереження є постійною і сутнісною складовою енергетичної політики держави і водночас важливою складовою чинників забезпечення енергетичної безпеки.

Цей напрям енергетичної політики знайшов своє відбиття в низці нормативно-правових актів, що присвячені правовому регулюванню означеної проблеми. Так, у 1994 р. було прийнято Закон України «Про енергозбереження», 5 лютого 1997 р. Постанову Кабінету Міністрів «Про Комплексну державну програму енергозбереження України», 29 червня 2000 р. Постанову Кабінету Міністрів України «Питання Державної інспекції з енергозбереження»².

У Законі України «Про енергозбереження» визначено такі поняття: «енергозберігаюча політика» — адміністративно-правове і фінансово-економічне регулювання процесів видобування, переробки, транспортування, зберігання, виробництва, розподілу та використання паливно-енергетичних ресурсів з метою їх раціонального використання та економного витрачання; «енергозбереження» — діяльність (організаційна, наукова, практична, інформаційна), яка спрямована на раціональне використання та економне витрачання первинної та перетвореної енергії і природних енергетичних ресурсів в національному господарстві і яка реалізується з використанням технічних, економічних та правових методів. Значення цього механізму, його практичної реалізації сьогодні суттєво зростає, враховуючи постійне збільшення вартості основних

¹ Про енергозбереження: Закон України // Відом. Верхов. Ради України. – 1994. – 1994. – № 30. – Ст. 283.

² Питання Державної інспекції з енергозбереження: Постанова Кабінету Міністрів України від 29 черв. 2000 р. №1039 // www.rada.gov.ua

енергоносіїв та об'єктивну потребу у зниженні виробничих витрат, зокрема через економне витрачання електричної енергії.

Не всі заходи для забезпечення енергозбереження можуть бути реально використані на практиці державного менеджменту за умов фінансової кризи, наприклад різноманітні прямі податкові пільги, тому першочергового значення набувають окремі заходи, що не пов'язані з бюджетними витратами або, навпаки, втратою прямих податкових надходжень.

Так, згідно зі ст. 16 Закону України «Про енергозбереження» стимулювання енергозбереження здійснюється шляхом: надання податкових пільг підприємствам-виробникам енергозберігаючого обладнання, техніки і матеріалів, засобів вимірювання, контролю та управління витратами паливно-енергетичних ресурсів, виробникам обладнання для використання нетрадиційних та поновлюваних джерел енергії й альтернативних видів палива; надання податкових пільг підприємствам, які використовують устаткування, що працює на нетрадиційних та поновлюваних джерелах енергії, альтернативних видах палива; пріоритетного кредитування заходів щодо забезпечення раціонального використання та економії паливно-енергетичних ресурсів. Особливо актуальним за сучасних умов є встановлення підвищених норм амортизації енергозберігаючих основних фондів, а також застосування економічних санкцій, які накладаються на юридичних та фізичних осіб за марнотратне витрачання паливно-енергетичних ресурсів, що передбачені ст. 17 Закону України «Про енергозбереження». У разі витрачання ресурсів понад встановлені показники норм питомих витрат суб'єкти господарювання сплачують збір за перевитрати паливно-енергетичних ресурсів (енергетичний збір) у розмірі 200 відсотків від вартості перевитрачених ресурсів, на які нараховується енергетичний збір, куди не включається обсяг видів палива та паливно-енергетичних ресурсів, отриманих суб'єктом господарювання з альтернативних джерел енергії.

Слід, однак, зазначити, що досягнення суттєвих економічних ефектів від реалізації енергозберігаючої політики залежить: по-перше, від системності передусім господарсько-правових, а також податкових та бюджетних заходів, а по-друге — від створення реальних механізмів реалізації цих засобів. Найбільш ефективним могло бути запровадження спеціального правового режиму енергозбереження, але це досить важко зробити, адже згідно з правовим регулюванням спеціальних режимів господарської діяльності, відповідно до розд. 8 Господарсько-

го кодексу, спеціальні режими встановлюються або за територіальним принципом, або за галузевим. Виділити ж енергозбереження за територіальним або галузевим принципом практично неможливо, тому що енергоспоживання відбувається в будь-якій господарській діяльності. Саме тому запровадити засоби господарсько-правового стимулювання в межах комплексного нормативно-правового акта технічно досить складно, тому якщо нормативно-правовим актом пропонуються окремі заходи, як це має місце із Законом України «Про енергозбереження», що стимулюють суб'єктів господарювання до енергозбереження, особливої уваги потребує створення цілісного механізму нормативно-правового забезпечення реалізації таких заходів.

Всеукраїнська науково-практична конференція «Конституційний процес в Україні: здобутки та проблеми»

Стан сучасного українського суспільства і політичного процесу в Україні об'єктивно потребує необхідності вдосконалення конституційного регулювання суспільних відносин. Ці зміни мають сприяти досягненню визначеної у чинній Конституції України мети, пов'язаної, зокрема, з прагненням розвивати і зміцнювати демократичну, соціальну, правову державу, а також з необхідністю забезпечення наступництва у конституційному творенні. Вони також продиктовані практикою застосування положень Конституції України, виявленням та необхідністю усунення в її змісті певних недоліків, а саме, недостатності гарантування конституційних прав і свобод людини і громадянина, недоліків в організації та функціонуванні державного механізму, недосконалості системи стримувань і противаг, яка мала б забезпечувати збалансованість та єдність цього механізму.

25–26 червня 2009 р. у м. Харкові у приміщенні Академії правових наук України відбулась Всеукраїнська науково-практична конференція «Конституційний процес в Україні: здобутки та проблеми», метою якої було обговорення позитивного конституційного досвіду, основних напрямів конституційного реформування, аналіз існуючих проектів змін до Конституції України.

Співорганізаторами конференції виступили Академія правових наук України та Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого.

У роботі конференції взяли участь понад 200 осіб, серед них – народні депутати України, представники центральних та місцевих органів державної влади, судових та правоохоронних органів, провідні фахівці у галузі конституційного права, державного будівництва, інших галузей права.

Активну участь у роботі конференції взяли судді Конституційного Суду України Ю. В. Баулін, В. М. Кампо, М. І. Колос, М. А. Маркуш та постійний представник Верховної Ради України у Конституційному Суді України А. О. Селіванов.

З вітальним словом на адресу учасників конференції виступив керуючий справами виконкому Харківської міської ради О. М. Новак.

У своїй доповіді доктор юридичних наук, професор, академік НАН України, ректор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, президент АПрН України **В. Я. Тацій** висвітлив перспективні напрями розвитку парламентаризму в Україні, а також основні проблеми, які потребують негайного вирішення. Окрему увагу було приділено теоретичним та практичним питанням імплементації рішень, ухвалених на всеукраїнському референдумі. Проаналізувавши досвід зарубіжних країн, доповідач наголосив на тому, що створення двопалатного парламенту не є прерогативою лише федерацій, а тому досвід формування та функціонування двох палат парламенту може бути використаний і в українському законодавстві.

Доповідь віце-президента АПрН України, академіка **О. В. Петришина** була присвячена теоретико-правовим проблемам пошуку оптимальної моделі форми правління Української держави. Завідувач кафедри конституційного права України НЮА України імені Ярослава Мудрого **Ю. Г. Барабаш** торкнувся проблеми розмежування категорій «народ» та «нація» як суб'єктів конституційного права. Конституційно-правовим проблемам розвитку українського місцевого самоврядування та шляхам їх вирішення була присвячена доповідь завідувача кафедри державного будівництва НЮА України імені Ярослава Мудрого **С. Г. Серьогіної**. Завідувач кафедри організації судових і правоохоронних органів НЮА України імені Ярослава Мудрого **І. Є. Марочкін** у своєму виступі наголосив на основних проблемах конституювання судової влади та чинниках, що їх зумовлюють. У своїй доповіді, присвяченій екологічній доктрині, проректор з наукової роботи НЮА України імені Ярослава Мудрого, академік АПрН України **А. П. Гетьман** акцентував увагу на тому, що у зв'язку з інтенсивним розвитком промисловості суттєво погіршилась екологічна безпека України, яка наразі є у критичному стані. Професор кафедри конституційного права України НЮА України імені Ярослава Мудрого **В. П. Колісник** у своїй доповіді зупинився на питанні створення правового механізму трансформації Конституції України та засобах його реалізації, зокрема, проблематичності внесення змін до Конституції України, враховуючи

різний механізм внесення змін до кожного окремого розділу Конституції. Голова Правління Центру політико-правових реформ **І. Б. Коліушко** у своїй доповіді вказав на проблеми практичної реалізації конституційної реформи, а також обґрунтував переваги змішаної – президентсько-парламентської форми правління.

Основним конституційним засадам реформування кримінального судочинства та створенню системи гарантій захисту прав його учасників була присвячена доповідь завідувача кафедри кримінального процесу НЮА України імені Ярослава Мудрого **О. В. Капліної**. У своїй доповіді проректор з навчальної роботи НЮА України імені Ярослава Мудрого, академік АПрН України **Ю. П. Битяк** акцентував увагу на об'єктах конституційно-правового регулювання, зокрема, на особливостях правового регулювання виконавчої влади як об'єкта регулювання. Віце-президент – керівник Київського регіонального центру АПрН України, академік **В. П. Тихий** у своєму виступі зупинився на розгляді ідейних засад конституцій демократичних держав та проблемах їх утвердження і забезпечення в Україні. Проблеми організації публічної влади в Україні висвітлив у своєму виступі головний редактор журналу «Право України», член-кореспондент АПрН України **О. Д. Святоцький**. У виступі академіка-секретаря відділення цивільно-правових наук АПрН України **Н. С. Кузнецової** йшлося про цивільно-правові засоби захисту основних прав і свобод людини. Доцент кафедри теорії держави і права НЮА України імені Ярослава Мудрого, **С. П. Погребняк** наголосив у своєму виступі на обов'язковості конституційного закріплення основоположних принципів права. У своїй доповіді професор кафедри цивільного права НЮА України імені Ярослава Мудрого, член-кореспондент АПрН України **І. В. Спасибо-Фатєєва** розглянула відносини власності у конституційно-правовому аспекті. Професор кафедри трудового права НЮА України імені Ярослава Мудрого **С. М. Прилипко** у своєму виступі торкнувся питання ролі та місця Конституції України в регулюванні соціально-трудових відносин. У доповіді професора кафедри філософії НЮА України імені Ярослава Мудрого **С. І. Максимова** було акцентовано увагу на універсальних та особливих ознаках принципу верховенства права. Директор Інституту вивчення проблем злочинності АПрН України, академік АПрН України **В. І. Борисов** у своїй доповіді розкрив проблему забезпечення кримінальним законом конституційних принципів здійснення правосуддя в Україні. Суддя Конституційного Суду України **В. М. Кампо** виступив з доповіддю, присвяченою актуальним

проблемам конституціоналізації права у практиці Конституційного Суду України. У своєму виступі Суддя Конституційного Суду України, заслужений діяч науки і техніки, академік АПрН України **Ю. В. Баулін** акцентував увагу на конституційних засадах кримінальної відповідальності за невиконання конституційних обов'язків громадян. Постійний представник Верховної Ради України у Конституційному Суді України **А. В. Селіванов** у своїй доповіді висвітлив основні проблеми забезпечення охорони Конституції України та запропонував доктрину забезпечення охорони Конституції України. Проблеми співіснування у межах ст. 43 Кримінального кодексу України свободи і права була присвячена доповідь судді Конституційного Суду України **М. І. Колоса**. Суддя Конституційного Суду України **М. А. Маркуш** у своєму виступі висвітлила основні проблеми виконання рішень Конституційного Суду України та шляхи їх подолання.

26 червня 2009 р. робота конференції продовжилась у режимі секційних засідань за такими напрямками: «Теоретичні та прикладні аспекти розвитку сучасного конституціоналізму» (керівники секції – завідувач кафедри конституційного права України НЮА України імені Ярослава Мудрого Ю. Г. Барабаш, заступник директора з наукової роботи Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України І. В. Яковюк); «Проблеми реформування публічної влади на місцях» (керівники секції – завідувачка кафедри державного будівництва НЮА України імені Ярослава Мудрого С. Г. Серьогіна, завідувач відділу правових проблем місцевого самоврядування Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України П. М. Любченко); «Судова влада та проблеми судового захисту конституційних прав та свобод громадян» (керівники секції – завідувач кафедри організації судових і правоохоронних органів НЮА України імені Ярослава Мудрого І. Є. Марочкін, завідувачка кафедри кримінального процесу НЮА України імені Ярослава Мудрого О. В. Капліна), «Реалізація положень Конституції України в цивільному, господарському, трудовому та екологічному праві» (керівники секції – завідувачка кафедри цивільного права НЮА України імені Ярослава Мудрого В. І. Борисова, завідувач кафедри господарського права НЮА України імені Ярослава Мудрого Д. В. Задихайло); «Питання кримінально-правового захисту конституційних прав і свобод людини та громадянина» (керівники секції – директор Інституту вивчення проблем злочинності АПрН України, академік АПрН України

В. І. Борисов, в.о. завідувача кафедри кримінального права НЮА України імені Ярослава Мудрого В. І. Тютюгін).

На підсумковому пленарному засіданні були ухвалені рекомендації конференції, які можуть бути використані Президентом України, Верховною Радою України, Кабінетом Міністрів України, іншими учасниками конституційного процесу під час обговорення та доопрацювання змін до Конституції України. Зокрема, для забезпечення легітимності та високого фахового рівня конституційних напрацювань учасники конференції акцентували увагу на необхідності створення єдиного органу – Конституційної ради, до складу якої доцільно включити на паритетних засадах представників усіх політичних сил, практичних працівників та учених — фахівців у галузі конституційного права.

Матеріал підготував

головний вчений секретар АПрН України *О. О. Погрібний*

Міжнародна науково-практична конференція «Актуальні проблеми розвитку законодавства про працю та соціальне забезпечення»

22–23 квітня 2009 р. на базі Академії правових наук України відбулася Міжнародна науково-практична конференція «Актуальні проблеми розвитку законодавства про працю та соціальне забезпечення», організована кафедрою трудового права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого.

На конференції було розглянуто питання сучасного стану і тенденцій розвитку законодавства про працю та соціальне забезпечення України, Російської Федерації та Республіки Білорусь. Серед основних напрямів її роботи — теоретичні засади розвитку трудового права та права соціального забезпечення; ефективність законодавства про працю та соціальне забезпечення; проект Трудового кодексу України: стан та перспективи; проблеми реалізації трудових та соціальних прав; проблеми розвитку законодавства про соціальний захист; імплементація норм міжнародних договорів у законодавстві про працю та соціальний захист.

Окрім науковців установи-організатора, у роботі конференції взяли участь вчені-«трудовики» провідних навчальних закладів України, Російської Федерації та Республіки Білорусь.

Пленарне засідання відкрив проректор з наукової роботи Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, доктор юридичних наук, професор, академік Академії правових наук України **А. П. Гетьман**. Він, зокрема, зазначив, що у наших держав є загальна потреба у створенні такого типу трудового права, який би закріпив принципи демократії, гуманізму та справедливості у сфері праці, максимально сприяв переходу до ринкової форми трудових відносин як за формою, так і за змістом. Перед трудовим правом стоїть завдання створення механізму гарантованої реалізації широкого комплексу соціально-економічних прав та свобод, котрими наділено людину як учасника процесу праці. Поряд із політичними та цивільними правами і свободами вони є показниками цивілізованості кожної держави та зрілості кожного суспільства. У нинішній непростий період для економік наших держав трудове право, як і право соціального забезпечення, мають відповісти на додатковий виклик — зменшення можливостей держави та роботодавців у забезпеченні зайнятості, зниженні рівня життя в цілому. Не випадково в науці трудового права зараз висловлюються й досі актуальні думки про те, що сучасне трудове право має позитивно впливати на розвиток всіх основних процесів, пов'язаних із здійсненням принципу законності, соціальної справедливості, неухильного захисту прав у сфері праці та соціального захисту. На жаль, в Україні не виправдано затягнулися спочатку розробка, а потім і прийняття нового Трудового кодексу. А. П. Гетьман висловив сподівання, що у поточному році цей основний нормативний акт у сфері праці буде нарешті прийнято, а під час його обговорення будуть враховані пропозиції учасників конференції.

Наукова програма конференції була відкрита доповіддю «Стратегічно визначальна роль трудового права в забезпеченні організації та прогресу суспільства» доктора юридичних наук, професора, завідувача кафедри цивільного і трудового права Таврійського національного університету ім. В. І. Вернадського **В. Г. Роганя**. Доповідач наголосив, що раціональна організація суспільства — найважливіший чинник всебічного прогресу суспільства. Така організація забезпечує максимізацію внутрішнього валового продукту, фізичний, інтелектуальний і моральний розвиток особистості. Сьогоднішня бідність, погіршення фізичного і психічного здоров'я людей в Україні, інтелектуальна і моральна деградація особистості є результатом дезорганізації суспільства. Отже, існує гостра потреба в пошуках адекватних засобів подолання всебічної кризи та запобігання краху. Саме тому слід звернути

увагу на величезний організуючий потенціал трудового права, адже організація суспільства передусім є трудовою організацією. Наслідки правового врегулювання відносин, що є предметом трудового права, стають невід'ємною частиною стану суспільства в цілому, частиною соціальної структури суспільства, частиною соціально-психологічної структури особистості. Трудове право є основним засобом здійснення суспільного контролю над політичними, мікросоціальними і макроекономічними процесами, наслідками яких є відповідний стан суспільства. Воно має створити механізм конкуренції і змагальності, які б забезпечували розподіл людей у суспільстві за критерієм їх здібностей. Це важливо для суспільства в цілому, але для початку цю проблему слід вирішити стосовно державного апарату.

З доповіддю «Необхідні довгострокові програми удосконалення трудового законодавства» виступив доктор юридичних наук, голова Співдружності трудового права Білорусі **В. І. Кривой**. Довготривала (10 років) національна Програма вдосконалення трудового законодавства Республіки Білорусь потребує наукового забезпечення. До неї доцільно включити розробку таких стратегічних напрямів: подолання недоліків чинного трудового законодавства; глобалізація сучасного світу, перехід до постіндустріального інформаційного суспільства; сприяння малому та середньому бізнесу; постійний розвиток людських ресурсів у сфері праці; кадровий менеджмент як специфічний вплив трудового права на мікроекономіку, що розширює соціальне призначення цього права; єдність та диференціація (стабільність і гнучкість) — універсальний спосіб врахування в трудовому праві специфіки відносин, що відрізняються від звичайних через наявність стійких об'єктивних і суб'єктивних факторів, у тому числі під час удосконалення наявних і створення нових атипових форм зайнятості; узгодження національного трудового права з міжнародними трудовими стандартами з урахуванням національних, економічних, правових, культурних особливостей країни; прийняття на державному рівні запропонованих національних Програм дозволить суттєво підвищити роль науки трудового права у сфері трудових і пов'язаних з ними відносин. Було наголошено на необхідності поетапного здійснення змін у трудовому законодавстві у напрямках, де є відповідні якісні напрацювання; підготовки цільових науково-дослідних робіт; узагальнення практики застосування трудового законодавства у відповідних напрямках; наукової апробації проектів нормативно-правових актів на профільних кафедрах провідних навчальних закладів та на щорічних міжнародних наукових і науково-практичних конференціях тощо.

Доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України і АР Крим, президент Української асоціації фахівців трудового права **В. С. Венедіктов** у своїй доповіді «Сучасні проблеми трудового права України» зазначив, що сучасний розвиток ринкових відносин, глобалізація економічних процесів, нова конфігурація національного й міжнародного ринків праці гостро виявили застарілість багатьох норм і підходів, притаманних трудовому праву індустріальної епохи. Доповідач зауважив, що наукові дослідження, які провадяться у галузі трудового права країни, свідчать про необхідність реформування методів і підходів до організації та здійснення правового регулювання трудових відносин, до подальшої модернізації трудового права України в цілому. У цьому аспекті промовець зупинився на аналізі трьох глобальних сучасних проблем трудового права України: здійснення нормотворчої діяльності за сучасних умов розвитку держави і суспільства з урахуванням глобалізації економічних відносин; пошук сучасних підходів до правового регулювання суспільних відносин у сфері праці з урахуванням європейських стандартів; реалізація соціально-правового захисту трудових прав працівників за умов ринкової економіки.

З доповіддю «Щодо системи трудового права України» виступив доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін та трудового права Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди **О. І. Процевський**. Необхідність дискусії саме на цю тему викликана тим, що в окремих роботах зустрічаються ототожнення таких фундаментальних понять, як система права і система законодавства; джерела права і галузь права; галузь права, наука галузі права і навчальна дисципліна конкретної галузі права тощо. Різкій критиці було піддано ідею поглинання трудових відносин цивільним правом, що упродовж останніх років активно розвивається окремими теоретиками. Людину, яка володіє унікальною природною здатністю до праці, не можна розділити на дві частини і вважати одну із них об'єктом цивільних прав, а іншу визнавати суб'єктом цивільних прав. Протиприродно, навіть у думках, ділити людину на частини. Працездатність — невід'ємна якість людини, і в разі її реалізації шляхом укладання трудового договору людина набуває правового статусу працівника. Працездатність людини є соціально-правовою категорією, що відбиває здатність людини до праці. Сама здатність до праці визначається рівнем фізичного та духовного розвитку людини, станом її здоров'я, професійними знаннями, умінням і досвідом. Працездатність людини до активної діяльності

характеризується можливістю виконання роботи і функціональним станом організму в процесі роботи. Тому праця і визначається як діяльність людини, як сукупність цілеспрямованих дій, що потребують фізичної або розумової енергії самої людини. Її діяльність має своїм призначенням створення матеріальних і духовних цінностей. Жоден товар, ніякий об'єкт цивільних прав такими якостями не володіє. Об'єктивних підстав для сумніву в необхідності існування в системі права України такої галузі, як трудове право, не повинно бути.

Доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри трудового права і права соціального забезпечення Пермського державного університету **Л. Ю. Бугров** у доповіді «Про способи зміни трудового договору» одразу зазначив, що терміна «спосіб зміни трудового договору» як у російських, так і в зарубіжних нормах трудового права поки що не існує, але доцільність його введення не викликає сумнівів. Якщо трудове право держави усі зміни трудового договору розцінює як переведення, зміну істотних умов праці чи зміну умов трудового договору, то відсутня необхідність у введенні терміна «спосіб зміни трудового договору». Проте чимало сучасних національних систем трудового права містять саме значущі диференційовані правила з кола питань, які розглядаються, регламентуючи процес зміни трудового договору, встановлюючи правила для окремих варіантів такої зміни. Способами зміни трудових договорів виступають: зміни визначених сторонами умов трудового договору за загальними правилами, переведення на іншу роботу; зміни визначених сторонами умов трудового договору з причин, пов'язаних зі зміною організаційних чи технологічних умов праці; заміна суб'єкта на стороні роботодавця у трудових договорах, укладених від імені роботодавця іншим юридичним суб'єктом.

Із викладенням проблем збереження трудових правовідносин за умов фінансової кризи виступив кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри трудового й підприємницького права Белгородського державного університету **І. А. Грабовський**. Включення працівника у трудовий колектив, тривалість є ознаками, притаманними трудовим правовідносинам, і вони мають бути забезпечені на практиці. Найбільш поширеними способами порушення стабільності у трудових правовідносинах в період кризи є встановлення режиму неповного робочого часу, відправлення працівників у неоплачувані відпустки, зниження розмірів заробітної плати, скорочення чисельності працівників тощо. Але законні можливості роботодавців у цих питаннях обмежені, тому слід наголошувати на тому, що такі дії виходять за межі

дозволеної поведінки. Хоча роботодавець і володіє правом скорочення штату працівників, він має дотримуватися вимог законів щодо підстав та порядку його проведення.

Завідувач кафедри трудового права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого кандидат юридичних наук, доцент **В. В. Жернаков** присвятив свою доповідь проблемам закріплення сфери дії законодавства про працю у проекті Трудового кодексу України. У тому, що Україна ще не прийняла новий Трудовий кодекс, є не тільки негативні, а й позитивні моменти, оскільки у нас є можливість врахувати досвід сусідів, аби уникнути помилок та недоліків. Закріплюючи у ст. 6 загальні засади сфери дії законодавства про працю, розробники проекту, на жаль, залишили поза увагою положення загальної теорії права, згідно з яким норми галузі права можуть міститися не тільки у законодавстві даної галузі, а й у нормативних актах інших галузей. Крім того, текст проекту характеризується непослідовністю у підході до трудових відносин — вони розуміються то широко, то звужено. Потребує удосконалення книга 4 проекту, в якій містяться далеко не всі особливості, що виникають у правовому регулюванні трудових відносин. Не можна погодитись із поширенням законодавства про працю на діяльність священнослужителів та осіб, які займають виборні посади в релігійній організації (це суперечить принципу відокремлення церкви від держави; церковне служіння не можна отожднювати із трудовими правовідносинами). Пропозиція поширити законодавство про працю на відносини із проходження військової служби теж не виглядає бездоганною, оскільки не так просто у трудовому праві знайти інститути, норми яких слід застосовувати до проходження військової служби.

Проблеми правотворчості у сфері праці в Російській Федерації дослідив у своїй доповіді кандидат юридичних наук, доцент кафедри трудового права Саратовської державної юридичної академії **І. О. Шестеряков**. Правотворчість — це не тільки прийняття нових норм, а й удосконалення чинних шляхом внесення змін, доповнень до них та їх скасування. Відзначивши характерні риси правотворчості, доповідач зупинився на її суб'єктах та виділив відповідні рівні — від міжнародно-правового регулювання до договірного (на рівні трудових договорів).

Кандидат юридичних наук, доцент кафедри трудового права Саратовської державної юридичної академії **І. В. Шестерякова** проаналізувала співвідношення міжнародних трудових норм і національного законодавства про працю. Зокрема, доповідач запропонувала власне

бачення ознак міжнародних норм, їх класифікацію, навела їх відмінності від норм російського трудового права. На її думку, норми міжнародного права не слід розглядати як зразки або моделі належної поведінки, вони є зразком для законодавця.

Доповідь доктора юридичних наук, професора кафедри трудового права Національної юридичної академії імені Ярослава Мудрого **С. М. Прилипка** було присвячено питанням матеріальної відповідальності сторін трудового договору. Особливості матеріальної відповідальності виникають із наявності трудових правовідносин між сторонами трудового договору і пов'язані з взаємною відповідальністю працівника і роботодавця за невиконання прийнятих ними на себе обов'язків у разі настання матеріальної шкоди, яка завдана будь-якою стороною. Цей інститут є одним із правових засобів нормального функціонування виробничого процесу, забезпечення порядку праці, досягнення сторонами обумовленого результату діяльності підприємства, установи, організації незалежно від форм власності, виду діяльності та галузевої належності. Він ґрунтується на Конституції України (статті 13, 56, 66, 68), Кодексі законів про працю України (статті 130 — 138, 173, 236, 237, 237¹).

При з'ясуванні сутності цього інституту необхідно виходити з того, що суб'єкти трудових правовідносин перебувають у нерівному становищі стосовно один одного. Він виконує правовідновлювальну, гарантійну та попереджувально-виховну функції, основною серед яких є правовідновлювальна. Із набранням чинності Законом України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності» від 23 вересня 1999 р. відповідальність перед працівником несе страховик (Фонд соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань України). За ринкових умов перехід до загальнообов'язкового державного соціального страхування підвищує гарантії працівників у разі порушення їх прав (оскільки підприємство може бути визнано банкрутом, може бути ліквідовано тощо).

У доповіді «Соціальне партнерство: реалії та перспективи» доктора юридичних наук, професора кафедри трудового права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **О. М. Ярошенка** йшлося про те, що запровадження в державі дієвої системи соціального партнерства є одним із шляхів вирішення проблем забезпечення благополуччя, безпеки й гідного життя громадян. Система соціально-

го партнерства почала формуватися в Україні з проведенням економічних реформ. За ці роки були розроблені окремі організаційно-правові й науково-методичні засади її функціонування, введено в дію механізм колективно-договірного регламентування соціально-трудоких відносин на всіх рівнях. Набули розвитку комісії, що забезпечують підготовку й укладення договорів та угод; поступово налагоджується взаємодія сторін при формуванні й реалізації соціально-економічної політики; активізується робота Національної служби посередництва і примирення та її структурних підрозділів. Однак подальший розвиток соціального партнерства стримується через такі причини: застаріла правова база (оскільки до цього часу парламент України не прийняв важливого Закону «Про соціальне партнерство в Україні» чи «Про соціальний діалог в Україні», а також нової редакції Закону України «Про колективні договори і угоди»); довготривалість переговорів з укладення Генеральної угоди (приміром, Генеральна угода між Кабінетом Міністрів України, всеукраїнськими об'єднаннями організацій роботодавців і підприємців та всеукраїнськими профспілками і профоб'єднаннями на 2008 — 2009 роки була укладена тільки 15 квітня 2008 р.); обмеженість повноважень Національної тристоронньої соціально-економічної ради, рад інших рівнів.

Питання диференціації правового регулювання пенсійного забезпечення дослідив у своїй доповіді кандидат юридичних наук, завідувач кафедри цивільного та трудового права факультету морського права Одеської національної морської академії **А. В. Скоробогатко**. У процесі диференціації правового регулювання призначення пенсій накопичилося багато норм, різних за змістом, цілеспрямованістю й силою, що значно ускладнює процес правового регулювання. При призначенні пенсій застосовується досить широкий рівень диференціації, вона виявляється у підставах виникнення права на той чи інший вид пенсії, урахування трудовий внесок працівника, характер і тривалість трудової діяльності, період (строк) страхового стажу й розмір внесків до Пенсійного фонду України, проживання на особливих територіях тощо. Основною метою диференціації є призначення конкретного виду пенсії для відповідної категорії осіб, залежно від тих чи інших життєвих обставин (юридичних фактів) та створення в деяких випадках певних переваг для тих, хто більше і краще працював, працював там, де важче. Доповідач визначив характерні критерії диференціації підстав надання того чи іншого виду пенсійного забезпечення та визначення їх розмірів.

Кандидат юридичних наук, доцент кафедри трудового, земельного, екологічного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка **О. Т. Панасюк** присвятив свою доповідь характеристиці трудового права як права зайнятості. Визначальним чинником для формування конкретної мети трудового права — забезпечення зайнятості він вважає потребу участі держави у забезпеченні зайнятості. Спрямування правових норм на забезпечення зайнятості поєднується із правовим опосередкуванням умов праці. Забезпечення зайнятості та забезпечення відповідних умов праці характеризують соціальне призначення трудового права та становлять його двоєдину мету. Чергова редакція проекту Трудового кодексу України як мету визначає загальне положення, зміст якого нагадає більше соціальне гасло, ніж передбачуваний результат правового регулювання. Проте формулювання мети у проекті доводить вплив соціологічної доктрини праворозуміння. Цю обставину слід позитивно оцінити, оскільки соціологічний підхід найбільш послідовно відбиває завдання соціальної держави. Визначення поняття зайнятості у нормативних актах слід визнати недосконалим, оскільки залишається поза увагою інший учасник діяльності громадян по оплатному задоволенню особистих та громадських потреб — роботодавець.

Доцент кафедри трудового права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук **Г. С. Гончарова** звернулася до проблем права працівників на участь в управлінні організацією та розвитку виробничої демократії. Створення умов для здійснення права працівників на участь в управлінні може реально скоротити і попереджувати конфліктність ситуацій у трудових колективах, але дослідженню цього права не приділяється достатня увага як з боку спеціалістів у галузі теорії держави та права, так і фахівців з боку трудового права. Дискусія про існування самого права працівників на участь в управлінні організаціями, можна сказати, завершилась, оскільки воно закріплене як у міжнародних актах, так в національному законодавстві. Що стосується юридичної природи цього права, змісту, форм реалізації, то з цих питань немає єдності серед вчених. Прихильники участі працівників в управлінні правильно аргументують свою позицію тим, що така участь у прийнятті рішень, які безпосередньо їх стосуються, може привести до зростання продуктивності праці і до зменшення протистояння між керівництвом організації та його персоналом. Мова йде не про управління, а лише про участь працівників в управлінні. Ідея виробничої демократії діс-

тала перемогу, чому сприяли і міжнародні документи. Право працівників на участь в управлінні набуло цінних гарантій після прийняття конвенцій МОП, що містять багато цінних методологічних підходів до реалізації права на участь працівників в управлінні. Виходячи з поняття «трьох поколінь» прав людини, право працівників на участь в управлінні слід віднести до другого покоління прав.

Питання захисту прав працівників у проекті Трудового кодексу України стали предметом доповіді кандидата юридичних наук, доцента кафедри трудового, аграрного та екологічного права Львівського національного університету імені Івана Франка **В. Я. Бурака**. Він наголосив, що у проекті Трудового кодексу неоднозначно розуміється право працівників на захист. На жаль, ні у ст. 3, ні у ст. 21 проекту Кодексу не передбачено право працівників на відшкодування шкоди, заподіяної порушенням трудових прав. Серед об'єктів захисту не передбачено захист законних інтересів працівників. Щодо цього проект Кодексу є кроком назад порівняно з Конституцією України, яка, зокрема у статті 44, передбачає право тих, хто працює, на страйк для захисту своїх економічних та соціальних інтересів. Кроком уперед можна вважати зміну порядку формування комісії по трудових спорах і надання їй правового статусу примирного органу, однак у проекті не розмежовано компетенцію органів по розгляду індивідуальних трудових спорів.

На секційних засіданнях, що відбулися 23 квітня, із повідомленнями виступили кандидат юридичних наук, доцент кафедри трудового права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **С. О. Сільченко** («Проблеми запровадження єдиного соціального внеску»); кандидат юридичних наук, доцент кафедри трудового, аграрного та екологічного права Львівського національного університету імені Івана Франка **З. Я. Козак** («Правове регулювання гарантій прав працівників з охорони праці»); кандидат юридичних наук, асистент кафедри трудового права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **Н. М. Швець** («Проблемні питання законодавчого регулювання права на страйк»); старший викладач кафедри цивільного права та процесу Запорізького юридичного інституту Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ **В. Я. Киян** («Окремі питання застосування дисциплінарних стягнень до працівників органів внутрішніх справ»); асистент кафедри трудового, аграрного та екологічного права Львівського національного університету імені Івана Франка **О. І. Жолнович** («Про деякі гарантії

права жінок на працю»); асистент кафедри цивільно-правових та господарсько-правових дисциплін Кримського юридичного інституту Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **А. О. Мовчан** («Про деякі спеціальні організаційно-правові форми добору кадрів»); аспірант Харківського національного педагогічного університету ім. Г. С. Сковороди **О. С. Прийменко** («Значення тривалості утримання для призначення пенсії у зв'язку з втратою годувальника»).

Учасники конференції прийняли рекомендації, спрямовані на удосконалення законодавства про працю та соціальне забезпечення.

Матеріал підготував
завідувач кафедри трудового права Національної юридичної академії України
імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук, доцент **В. В. Жернаков**.

Інформаційне повідомлення щодо засідання президії Академії правових наук України

30 червня 2009 р. у приміщенні Київського регіонального центру відбулося чергове засідання президії Академії правових наук України.

У роботі президії взяли участь президент Академії В. Я. Тацій, віце-президенти О. В. Петришин, В. П. Тихий, головний вчений секретар О. О. Погрібний, члени президії Ю. В. Баулін, Ю. П. Битяк, А. П. Гетьман, А. П. Закалюк, Н. С. Кузнецова, В. К. Мамутов.

Директор Інституту інтелектуальної власності О. П. Орлюк та директор Центру правової інформатики М. Я. Швець виступили з попередніми звітами про виконання науково-дослідних робіт по темах, які завершуються у 2009 р.

Президія підтримала пропозицію президента Академії В. Я. Тація щодо утворення в структурі Академії Донецького та Західного регіональних центрів, які сприятимуть розширенню мережі наукових установ, залученню до співпраці науковців цих регіонів. Головою Донецького регіонального центру призначено дійсного члена (академіка) АПрН України В. К. Мамутова, головою Західного регіонального центру — члена-кореспондента АПрН України В. Т. Нора.

Рішенням президії було затверджено проведення конкурсу на заміщення вакансій дійсних членів (академіків) та членів-кореспондентів Академії правових наук України.

Віце-президент Академії О. В. Петришин надав інформацію щодо підготовки до друку першого випуску наукового видання «Щорічник українського права». Відповідно до концепції видання кожне з відділень Академії запропонувало п'ять наукових статей до включення у збірник. Підготовку до друку та випуск першого і наступних номерів щорічника доручено видавництву «Право».

Головний вчений секретар Академії О. О. Погрібний вніс на розгляд президії проект змін до Статуту АПрН України, які були підтримані членами президії.

Також була заслухана інформація начальника управління планування і координації правових досліджень Д. В. Лук'янова та начальника фінансово-економічного управління Л. В. Белевцевої про результати аудиту діяльності АПрН України органами ГоловкиРПУ України та здійснення комплексу заходів, спрямованих на вдосконалення науково-організаційної роботи у структурах Академії.

Рішенням президії було затверджено результати атестації структурних підрозділів Академії правових наук України, висновки якої будуть направлені до Міністерства освіти і науки України.

Президія Академії заслухала інформацію віце-президента АПрН України О. В. Петришина щодо діяльності аспірантури в підвідомчих установах Академії.

За пропозицією головного вченого секретаря Академії О. О. Погрібного були рекомендовані до друку монографія доктора юридичних наук, професора В. В. Коваленка «Основи державного управління» та монографія доктора юридичних наук, професора, академіка АПрН України О. В. Скрипнюка «Курс сучасного конституційного права України».

Матеріал підготував

головний вчений секретар АПрН України *О. О. Погрібний*

Дні порівняльного правознавства

З 8 по 11 квітня 2009 р. у Києві відбувся масштабний міжнародний науковий симпозіум «Дні порівняльного правознавства», проведений під егідою Української асоціації порівняльного правознавства на базі Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України та Київського національного університету ім. Т. Г. Шевченка.

Цей науковий захід продовжує традицію проведення міжнародних наукових семінарів «Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку», які проводилися протягом 2006–2008 рр.

Учасниками симпозіуму 2009 р. стали понад 340 науковців, викладачів, практикуючих юристів, аспірантів і студентів з 25 міст України та 21 міста Росії. У заході взяли участь науковці з багатьох інших країн – Білорусі, Австрії, Італії, Німеччини, США, Великої Британії, Молдови, Казахстану, Чехії та Азербайджану. Високий науковий рівень заходів забезпечувався завдяки участі у його роботі 56 докторів наук та 146 кандидатів наук.

У рамках симпозіуму було проведено IV щорічний міжнародний науковий семінар «Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку» та наукову конференцію «Компаративістські читання». Основними формами роботи були «круглі столи», що відбувалися у пленарному режимі, відкриті лекції, секційні засідання та презентації. Зокрема, було проведено чотири «круглі столи»: «Досвід трансформації пострадянських національних правових систем», «Теоретико-методологічні проблеми порівняльного правознавства», «Порівняльне правознавство в системі юридичної освіти», «Етика юриста: зарубіжний досвід для України».

Особливістю щорічних міжнародних наукових семінарів «Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку», а відтепер – і «Днів порівняльного правознавства» є проведення циклів відкритих лекцій українських та зарубіжних учених. Учасники мали змогу прослухати та взяти особисту участь в обговоренні дев'яти відкритих лекцій провідних науковців в Україні, Росії та інших країн.

Під час «Днів порівняльного правознавства» відбулася виставка юридичної літератури, на якій свою продукцію представили Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, видавництво «Право» Академії правових наук України, «Юстиніан», «Юрінком», газети «Юридичний вісник України» та «Правовий тиждень», «Юридична думка», «Прецедент».

За результатами симпозіуму планується опублікувати збірник статей і матеріалів дискусії. Додаткову інформацію розміщено в мережі Інтернет на сторінці www.comparativelaw.org.ua

Матеріал підготував

начальник управління планування і координації правових досліджень Академії правових наук України *Д. Лук'янов*

Конкурс на присудження Премії імені Ярослава Мудрого

Оголошується конкурс на присудження запровадженої спільним рішенням президії Академії правових наук України та вченою радою Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Премії імені Ярослава Мудрого, яка має за мету колективне визнання видатних заслуг науковців-правознавців та практиків-юристів України в розбудові правової демократичної держави України.

Премія має 4 номінації: 1) за видатні досягнення в науково-дослідницькій діяльності з правознавства; 2) за видатні заслуги в галузі підготовки юридичних кадрів; 3) за видатні заслуги в законотворчій, судовій та правозастосовній діяльності; 4) за підготовку й видання підручників для студентів юридичних спеціальностей вищих закладів освіти.

Висунення кандидатів на присудження Премії провадиться: рішеннями комітетів Верховної Ради України, Верховним Судом України, Вищим господарським судом України, Вищим адміністративним судом України, колегіями Генеральної прокуратури України, колегіями центральних правозастосовчих органів, вченими радами юридичних навчальних і наукових закладів.

Премія присуджується таємним голосуванням на засіданні Комітету з присудження Премії імені Ярослава Мудрого, який створюється із представників юридичної громадськості України спільним рішенням президії Академії правових наук України і вченої ради Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого.

Особам, яким присуджується Премія, видається диплом Лауреата, пам'ятний нагрудник знак — медаль і грошова винагорода.

У конкурсі на присудження Премії імені Ярослава Мудрого можуть брати участь: автори монографій, підручників, циклів наукових праць (кандидати та доктори юридичних наук); особи, які мають видатні досягнення в підготовці докторів і кандидатів юридичних наук або видатні досягнення у службовій чи громадській діяльності, в галузі підготовки юридичних кадрів, у законотворчій та правозастосовній діяльності.

Конкурс може проводитися за участю як однієї особи, так і групи осіб (не більше восьми). За результатами конкурсу присуджується по 3 (три) премії з кожної номінації.

Подання на конкурс повинно мати конкретний характер і бути підтверджено необхідними документами. До нього обов'язково додаються наукові праці, що подаються на конкурс, й такі документи: а) рішення колективного органу про висунення кандидатур (кандидатів) на присудження Премії; б) перелік наукових праць авторів

(осіб); в) довідка про особу, яку висунуто на присудження Премії; г) розгорнута інформація щодо видатних заслуг особи з тієї чи іншої номінації. Документи мають бути оформлені відповідно до вимог діловодства і підписані керівником установи.

Термін подання документів на присудження Премії імені Ярослава Мудрого — до 30.09.2008 р. на адресу: 61024, м. Харків, вул. Пушкінська, 77.

Тел. для довідок: 704-93-20, факс 704-11-35.

НАШІ ЮВІЛЯРИ



Виповнилося 85 років від дня народження і 60 років науково-педагогічної та громадської діяльності видатного вченого нашої країни в галузі загальної теорії держави і права, талановитого педагога, доктора юридичних наук, професора, академіка Академії правових наук України, Заслуженого діяча науки і техніки України — **Марка Веніаміновича Цвіка**.

М. В. Цвік народився 21 червня 1924 р. у м. Гадяч Полтавської області. Трудову діяльність розпочав з перших днів Великої Вітчизняної війни. З липня 1941 р. працював токарем на оборонних підприємствах Харкова, а згодом Челябінська. У травні 1942 р. був призваний на військову службу, яку проходив до травня 1943 р. Був демобілізований у зв'язку з інвалідністю. У 1945 р. М. В. Цвік стає студентом Харківського юридичного інституту (нині — Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого), який закінчив з відзнакою в 1948 р. З 1948 р. — аспірант кафедри теорії держави і права, після закінчення аспірантури в 1952 р. захистив кандидатську дисертацію на тему «Радянський закон», цінність якої полягає в послідовному проведенні ідеї верховенства закону стосовно інших правових актів, у тому числі указів Президії Верховної Ради СРСР.

З 1951 р. розпочинається плідна та багатогранна наукова і педагогічна діяльність М. В. Цвіка у Харківському юридичному інституті. Він послідовно обіймав посади асистента, доцента, професора, у 1973–1974 рр. виконував обов'язки завідувача кафедри теорії держави і права, нині професор кафедри теорії держави і права.

М. В. Цвік — талановитий педагог. Його яскравим лекціям завжди була притаманна теоретична глибина, зразкова логічність методики викладання. За піввікову педагогічну діяльність М. В. Цвік своїми глибокими за змістом і бездоганними за формою лекціями здобув повагу і вдячність багатьох поколінь студентів і сьогодні своєю педагогічною майстерністю спонукає студентів до наукового пошуку.

М. В. Цвік — талановитий вчений, відданий ідеалам науки. Написані ним понад 200 наукових та інших праць із загальної теорії держави

і права, з яких 8 персональних і 7 колективних монографій, стали значним внеском у розвиток вітчизняної юридичної науки, одержали широке визнання юридичної спільноти не тільки в Україні, а й за її межами. Його відрізняють невичерпна творча енергія, широта інтересів, ерудиція, енциклопедичність знань, завзятість і цілеспрямованість у досягненні поставленої мети, що дає йому змогу розробляти актуальні проблеми сучасної юридичної науки на глибокому теоретичному рівні.

Надзвичайно широким є коло наукових інтересів М. В. Цвіка. Предметом його досліджень є проблеми законотворчості, праворозуміння, верховенства права і закону, розбудови Української держави, поділу влади та ін. Він є одним із засновників сучасної теорії демократії. Тривалий процес її дослідження М. В. Цвік підсумував у докторській дисертації «Теорія соціалістичної демократії», яку блискуче захистив у 1987 р. Цінність її полягає у формуванні понятійного апарату цієї теорії, уведенні в науковий обіг категорій «функції», «суб'єкти», «інститути», простеженні закономірностей її розвитку, внесенні серйозних коректив у регулювання форм і принципів демократії, розробленні шляхів підвищення її ефективності.

М. В. Цвік є автором монографій «Законо створює народ», «Теорія соціалістичної демократії (державно-правові аспекти)», «Ради — працюючі органи», «Конституція України — основа реформування суспільства» (1995, у співавт.), «Народовладдя як основа представницької демократії» (1995, у співавт.) та ін., низки статей останніх років, у яких розглядаються проблеми верховенства права, правотворення, юридичних актів, тлумачення Конституції України та ін.

Особливу увагу М. В. Цвік приділяє створенню і зростанню гідного наукового потенціалу. Під його керівництвом підготовлено 14 кандидатів юридичних наук та 4 доктори юридичних наук, він є членом спеціалізованої вченої ради Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого із захисту докторських і кандидатських дисертацій. Як вчений і педагог він багато зробив для піднесення кафедри теорії держави і права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого до того високого рівня, на якому вона зараз перебуває, для формування її науково-педагогічного колективу.

Чималим є внесок М. В. Цвіка в розробку чинного законодавства і вдосконалення практики його застосування. Як член робочої групи і експерт Конституційної комісії Верховної Ради України він брав участь у розробці проекту Конституції України, був розробником законів України «Про референдум», «Про правові нормативні акти», здійснював експертизу ба-

гатьох проектів законодавчих актів і питань, що виникали в процесі їх застосування або проведення контролю за їх законністю. За значний особистий внесок у розвиток правових засад державності і підготовку висококваліфікованих кадрів Указом Президента України М. В. Цвіку присвоєне почесне звання «Заслужений діяч науки і техніки України» (1995 р.). Він нагороджений орденом «За заслуги» III ступеня, почесним знаком «Відмінник освіти України». М. В. Цвік є лауреатом Премії імені Ярослава Мудрого в номінації «За видатні досягнення в науково-дослідницькій діяльності з проблем правознавства» та ін.

М. В. Цвіка було включено до групи вчених, які започаткували Академію правових наук України. Сьогодні він є членом її Президії, академіком-секретарем відділення теорії та історії держави і права, заступником головного редактора збірника наукових праць «Вісник Академії правових наук України».

М. В. Цвік є людиною напрочуд чуйною і щедрою душею, доброзичливою, усіма шанованою. Надзвичайно широка ерудованість, знання тонкощів правничої науки не зробили його зверхнім у ставленні до колег. Навпаки, своїми знаннями він радо ділиться з усіма бажаючими. Жоден студент, доцент, професор, які звертаються до академіка М. В. Цвіка за порадою, не залишаються поза увагою, без належної консультації, рекомендації. Він, будучи людиною широких поглядів і твердих наукових переконань, піввіку присвятив своє життя самовідданому служінню Законіві, Істині, вихованню багатьох поколінь правників-професіоналів, які сьогодні стоять на сторожі прав і свобод людини, громадян вільної і незалежної Української держави.

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Марка Веніаміновича Цвіка** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, щастя, добробуту, творчої наснаги, незгасаючої життєвої енергії та подальших досягнень на благо юридичної науки, Академії і Батьківщини.



Виповнилося 60 років від дня народження відомого правознавця, вченого в галузі адміністративного права — **Юрія Прокоповича Битяка**, який народився 28 квітня 1949 р. у с. Березняки Смілянського р-ну, Черкаської області. Професійну діяльність за фахом юриста розпочав після закінчення Харківського юридичного інституту в 1974 р. Спочатку працював слідчим прокуратури Соснівського району м. Черкаси.

З 1975 по 1977 р. навчався в аспірантурі при Харківському юридично-му інституті. У 1979 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук.

З 1978 р. Ю. П. Битяк працює в Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого на посадах: асистента, доцента, завідувача кафедри адміністративного права. У 1994 р. йому присвоєно вчене звання професора. Нині він — проректор з навчальної роботи Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого.

У 1999 р. Ю. П. Битяк був призначений на посаду директора Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України.

Значним є внесок Ю. П. Битяка в організацію правової науки в Україні, підготовку кадрів вищої кваліфікації для народного господарства та правоохоронної системи держави. За плідну науково-педагогічну діяльність його нагороджено знаком «Відмінник освіти України», у 2003 р. нагороджено орденом «За заслуги» III ступеня, у 2007 присвоєно почесне звання «Заслужений діяч науки і техніки України». У грудні 2000 р. був обраний членом-кореспондентом, а в березні 2008 р. — дійсним членом Академії правових наук України.

Ю. П. Битяк — відомий вчений-правознавець, напрямами його наукових досліджень є: загальна теорія права, конституційне та адміністративне право, порівняльне законодавство, наука управління. Вагомим є його внесок у розвиток юридичної науки та підготовку науково-педагогічних кадрів. Науковий доробок Ю. П. Битяка широко відомий не лише в Україні, а й у країнах СНД. Він є автором понад 180 друкованих наукових праць, у тому числі: 7 монографій, 4 підручників та ряду навчальних посібників з адміністративного права. Найбільш значними серед яких є: «Державна служба і розвиток її демократичних основ» (1990), «Державне управління: теорія і практика» (1998), «Державна служба: організаційно-правові основи і шляхи розвитку» (1999), «Адміністративне право України» (у співавт., 2000, 2003, 2004), «Адміністративна діяльність. Особлива частина» (у співавт., 2000), «Державна служба в Україні: організаційно-правові засади» (2005), «Правова культура в умовах становлення громадянського суспільства» (у співавт., 2007). Під науковим керівництвом Ю. П. Битяка підготовлено 14 кандидатів юридичних наук.

Напружену науково-організаційну, педагогічну діяльність Ю. П. Битяк активно і плідно поєднує з громадською діяльністю. Він брав участь у роботі Комісій з підготовки ряду законопроектів: «Про

Конституційний Суд України», «Про державну службу», «Про наукову та науково-технічну діяльність», «Про освіту», «Про вищу освіту», Кодексу загальних правил поведінки державних службовців, Адміністративно-процесуального кодексу України та інших.

Ю. П. Битяк завдяки своєму професіоналізму, відданості справі, доброзичливості здобув великий авторитет у членів колективу Інституту, Академії правових наук України та широкого юридичного загалу.

З притаманною йому енергійністю бере активну участь у громадській діяльності. Він є членом кількох науково-консультативних рад, експертної ради ВАК України, редколегій багатьох юридичних видань.

Юрій Прокопович — надзвичайно відповідальна, щира, доброзичлива людина, він намагається допомогти кожному, хто до нього звернувся. Своїм досвідом і знаннями він щиро ділиться з колегами, учнями, тому завжди оточений великою пошаною і любов'ю в колективі та серед широкого юридичного загалу. Як особистість його вирізняють тактовність, професіоналізм, принциповість і виваженість.

Президія Академії правових наук України, редколегія журналу «Вісник Академії правових наук України» щиро вітають **Юрія Прокоповича Битяка** з його славним ювілеєм, бажають йому міцного здоров'я, щастя, творчого довголіття і подальших успіхів у його багатогранній діяльності.



Виповнилося 50 років від дня народження члена-кореспондента АПрН України, доктора юридичних наук, професора, провідного фахівця в галузі фінансового права — **Миколи Петровича Кучерявенка**, який народився 18 травня 1959 р. у м. Харкові. У 1981 р. закінчив Харківський державний університет ім. О. М. Горького, а у 1996 р. — заочний факультет Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. З 1981 р. і дотепер працює в Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого, де пройшов шлях від асистента кафедри політичної економії до завідувача кафедри фінансового права.

У 1987 р. М. П. Кучерявенко захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата економічних наук, у 1998 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему

«Теоретичні проблеми правового регулювання податків і зборів в Україні». Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1998 р., вчене звання професора присвоєно у 2002 р. Обраний членом-кореспондентом Академії правових наук України у 2006 р.

Основні напрями наукової діяльності — проблеми фінансового права, правове регулювання оподаткування. У 1994 р. за редакцією М. П. Кучерявенка виходить перше в СНД монографічне дослідження, присвячене проблемам податкового права «Налоговое право Украины». Ним опубліковано понад 130 наукових праць, серед яких: «Курс налогового права: У 6 т.» (у співавт., 2002, 2004, 2007), «Налоговое право России» (у співавт., 2003), «Финансовое право» (у співавт., 2003), «Научно-практический комментарий Бюджетного кодекса Украины» (у співавт., 2007), «Податкове право України: Академічний курс» (2008).

М. П. Кучерявенко входив до складу багатьох робочих груп щодо розробки фінансових законів, брав участь у розробці проекту Бюджетного кодексу України, входив до складу групи з доопрацювання Закону України «Про податок на додану вартість», він є членом науково-консультативної ради Вищого адміністративного суду України.

Під його керівництвом захищено 10 дисертацій на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук.

У 2000 р. М. П. Кучерявенко був удостоєний Другої премії у III Всеукраїнському конкурсі на краще юридичне видання 1999–2000 років у номінації «Юридичні підручники» за роботу «Фінансове право». У 2002 р. був нагороджений почесною грамотою спілки юристів України. У 2004 р. йому було присвоєно почесне звання «Заслужений діяч науки і техніки України».

Принциповість і порядність, широка ерудованість і сумлінне ставлення до своїх обов'язків, відданість справі здобули М. П. Кучерявенку авторитет і повагу широкої юридичної громадськості.

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Миколу Петровича Кучерявенка** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги та подальших успіхів.

ЗМІСТ

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

<i>Рабінович П.</i> Феномен права в інтерпретації Страсбурзького суду (до 50-річчя Європейського суду з прав людини)	3
<i>Петришин О., Лук'янов Д.</i> Законодавство України у сфері державної безпеки: загальнотеоретичні підходи до визначення.....	13
<i>Ющик О.</i> Правознавство і теорія права: проблема узагальненого знання	25
<i>Хрystова Г.</i> Теоретико-правові засади переборення колізій у законодавстві України про попередження насильства в сім'ї.....	36
<i>Нагребельний В.</i> Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України — 60 років.....	46

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

<i>Веніславський Ф.</i> Спеціально-дозвільний принцип у конституційно-правовому регулюванні	57
---	----

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ПОЛІТИКО-ПРАВОВИХ ВЧЕНЬ

<i>Стрiлець В.</i> Права людини в політико-правовій концепції Української радикально-демократичної партії	68
---	----

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА І ПРОЦЕСУ

<i>Печений О.</i> Деякі проблеми методології спадкування.....	77
<i>Пашков В.</i> Правовий господарський порядок і урядова фармацевтична політика, її наслідки та уроки	84
<i>Талан Л.</i> Виконавче провадження в структурі цивілістичного процесу.....	96

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО І ФІНАНСОВОГО ПРАВА

<i>Белєвцева В.</i> До питання класифікації адміністративно-правових режимів	103
<i>Перепелиця М.</i> Публічний інтерес як мета діяльності суб'єктів фінансового права	112

ПРОБЛЕМИ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВознавства

<i>Бранко Вучкович.</i> Реформа кримінально-процесуального законодавства Чорногорії.....	120
<i>Мошак Г.</i> Приватноправовий контекст німецької кримінально-правової концепції свободи	134
<i>Дашковська О.</i> Законодавче забезпечення прав жінки в США другої половини ХХ ст.	144

Грудзур О. Кримінально-правова характеристика провокації хабара за законодавством зарубіжних країн	150
---	-----

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

Крутов В., Новицький Г. Щодо правового статусу структур недержавного сектору національної безпеки України	161
Михайлов В. Безпосередній об'єкт злочину, передбаченого статтею 130 Кримінального кодексу України	169
Виноградова О. Реалії законодавчого забезпечення міжнародно-правового співробітництва у сфері кримінального судочинства	178
Зеленецький В., Лобойко Л. Критерії оцінки ефективності діяльності органів кримінального переслідування в Україні	185
Журавель В. Системи слідчих дій та тактичні операції в структурі окремої криміналістичної методики розслідування злочинів	197
Шевчук В. Тактична операція «Профілактика»: проблеми розробки та застосування у слідчій діяльності	209

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

Пономарьова Г. До проблеми запровадження змішаної мажоритарно-пропорційної виборчої системи: з досвіду парламентських виборів в Україні в 1998 р.	219
Задихайло Д. Сучасні функції держави в контексті модернізації конституційно-правового регулювання	232
Битяк О. Господарсько-правове забезпечення енергетичної політики держави та особливості окремих її напрямів	241

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Всеукраїнська науково-практична конференція «Конституційний процес в Україні: здобутки та проблеми» (О. О. Погрібний)	250
Міжнародна науково-практична конференція «Актуальні проблеми розвитку законодавства про працю та соціальне забезпечення» (В. В. Жернаков)	254

НАУКОВА ХРОНІКА

Інформаційне повідомлення щодо засідання президії Академії правових наук України (О. О. Погрібний)	265
Дні порівняльного правознавства (Д. Лук'янов)	266
Конкурс на присудження Премії імені Ярослава Мудрого	267

НАШІ ЮВІЛЯРИ

Марк Веніамінович Цвік	270
Юрій Прокопович Битяк	272
Микола Петрович Кучерявенко	274

Збірник наукових праць

Вісник
Академії правових наук
України

№ 2 (57)

Відповідальний за випуск

В. Прудников

Редактор *С. Пашинська*

Коректор *Т. Зуб*

Комп'ютерна верстка

і дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 11.07.09.
Формат 60×84 $\frac{1}{16}$. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 15. Обл.-вид. арк. 15. Вид. № 438.
Тираж 500 прим.

Видавництво «Право» Академії правових наук України
Україна 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001 р.

Друкарня СПДФО Білетченко
8 (057) 758-35-98

До відома юридичної громадськості

Запрошуємо науковців і практичних працівників надсилати свої статті до редакційної колегії Вісника.

Статті мають бути обсягом не більше 12 друкарських сторінок, у 2-х примірниках, надруковані через 1,5 інтервали, українською мовою. Посилання на використані джерела слід вміщувати унизу відповідної сторінки, нумерацію посилань на кожній сторінці розпочинати з цифри 1.

З метою оперативного випуску Вісника статті та інші матеріали слід надсилати разом з дискетою, на якій вони записані.

Тексти ненадрукованих рукописів авторам не повертаються.

Наукові погляди авторів статей можуть не збігатися з позицією редакційної колегії

В. Андрейцев, академік Академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор

Аксіологічні¹ аспекти кодифікації законодавства про наукові школи вчених

Кодифікація (від лат. *codificatio*, *codex* — книга; *ficatio* — робити, творити) за Н. М. Оніщенко — спосіб упорядкування законодавства, забезпечення його системності та узгодженості або одна із форм систематизації, у ході якої до проекту створюваного акта включаються чинні норми і нові норми, які вносять зміни в регулювання певної сфери суспільних відносин². Досить поширеним в юридичній літературі є визначення категорії «кодифікація» як сфери діяльності, пов'язаної із вдосконаленням чинного законодавства, пристосування його приписів та реалій життя з метою узгодження й урегулювання відповідних суспільних правовідносин, що є логічним процесом творення правової держави та забезпечення принципу верховенства права і пріоритету закону.

Аксіологічна орієнтація у процесі проведення кодифікації законодавства про наукові школи — практично не досліджена проблема теорії права, не кажучи про специфічність її у конкретній сфері правовідносин. Використання аксіологічних, тобто ціннісних чинників у процесі кодифікації законодавства у сфері діяльності наукових шкіл дозволяє передбачити у прогнозованому законі систему соціально-правових обставин, умов, гарантій як ціннісних принципів мотивованої діяльності вчених щодо створення наукових творчих формувань та здійснення науково-дослідних функцій вченими цих творчих колективів.

Аксіологічні аспекти кодифікації законодавства про наукові школи передбачають:

а) виявлення ціннісних чинників формування наукових шкіл, що продукують вдосконалення правового статусу вчених, які здійснюють фундаментальні та прикладні наукові дослідження, організують про-

¹ «Аксіологія» – від грец. *axia* – цінність та *logos* – вчення, тобто вчення про цінність. Філософська теорія загальнозначущих принципів, що визначають напрями людської діяльності і мотивацію поведінки людини // Сучасний тлумачний словник української мови / За ред. проф. В. В. Дубічинського. – Х., 2006. – С. 22.

² Великий енциклопедичний юридичний словник. – К., 2007. – С. 361.

ведення колективних досліджень актуальних проблем сучасної науки, досягають наукових результатів, що поповнюють і розвивають інтелектуальний потенціал країни;

б) визначення основних параметрів діяльності наукових шкіл, що підлягають у законодавчому опосередкуванні, особливо в частині визнання їх самостійними суб'єктами наукової і науково-технічної діяльності, юридичного оформлення їх правового становища як форми організації наукових досліджень, формування потенціалу науковців на правах самоорганізуючих структур, добровільного об'єднання вчених у відповідній сфері галузевої науки для оперативного та якісного отримання наукових результатів як об'єктів права інтелектуальної власності;

в) кодифікацію законодавства, яка має спрямовуватися на поширення відповідних правових норм та встановлення належного позитивного правопорядку у сфері реалізації правосуб'єктності вчених щодо об'єднання в наукові творчі колективи для здійснення наукової і науково-технічної діяльності шляхом проведення фундаментальних і прикладних наукових досліджень, а тому виступає до певної міри і засобом реалізації як загальнолюдських, так і особливих соціальних цінностей, у даному випадку значного соціального прошарку вчених, який у процесі свого об'єднання в науковий творчий колектив, заснування і розвитку наукової школи на засадах самоорганізації, саморегуляції і самоурядування передбачає водночас його персональну наукову творчу свободу і професійний вибір дослідницької діяльності, втілення творчих наукових обдарувань, таланту та інших природних і професійних задатків у примноження колективних наукових досліджень фундаментального та прикладного спрямування, що, у свою чергу, вимагає його автономізації та закріплення у правовий, законодавчий спосіб відповідного правового статусу вченого та правового становища відповідних наукових шкіл.

Отже, йдеться про посилення у сфері наукової і науково-технічної діяльності правосуб'єктності як самих вчених, так і створюваних ними наукових творчих об'єднань, здатних генерувати сучасні прогресивні наукові ідеї у різні концепції, програми, законопроекти, які, легалізуючись, набувають важливого соціального і економічного значення в їх подальшому розвитку.

Безумовно, ця соціальна цінність набуває в сучасних умовах особливого звучання та подальшого задоволення потреб цієї категорії учасників наукової і науково-технічної діяльності, а отже, обумовлює

створення правових можливостей, умов і гарантій відправлення зазначеної соціальної функції, визнання її досягнень та наукових здобутків через право і законодавство, здатних забезпечити реалізацію та захист зазначених суб'єктів, а тому набувають вирішального засобу гарантування реалізації їх спеціальної правосуб'єктності і виступають, відповідно, як певні соціальні блага і цінності, що утверджують соціальний прогрес у здійсненні наукової і науково-технічної діяльності, розвитку науки взагалі;

г) реалізацію вченими та створюваними ними науковими творчими колективами центрального принципу наукової діяльності вченого — свободи наукової творчості як одного із важливих надбань науковця. Свобода наукової творчості вимагає нових юридичних підходів та гарантій її забезпечення для вченого наукової школи, оскільки дозволяє розкритися його таланту, природному обдаруванню, об'єктивному висвітленню подій та явищ, що дають змогу отримати як найповніше нові елементи нових знань, як пріоритетне завдання будь-якого фундаментального або прикладного дослідження.

Кодифікація законодавства в цій сфері допоможе законодавчо закріпити гарантії реалізації свободи наукової творчості вченого та створюваного ним наукового творчого колективу, а отже, піднести на якісно новий демократичний рівень дослідницькі можливості кожного вченого у процесі здійснення колективної наукової і науково-технічної діяльності. Ціннісне значення гарантування свободи наукової творчості важко переоцінити з позицій самовираження свого наукового світогляду, гуманістичних ідеалів наукового пізнання оточуючого світу, розширення правових можливостей щодо вибору наукового підходу, відповідної методології та дослідницького інструментарію, що спрощують науковий пошук, висунення робочих гіпотез, аналітичної оцінки певних результатів, їх узагальнення та формулювання відповідних наукових висновків.

Гарантія реалізації свободи наукової творчості можуть стати правові моделі і приписи, які обмежують або забороняють будь-яким особам втручатися чи перешкоджати науковому творчому процесу вчених наукового творчого колективу, впливати у будь-який спосіб чи примушувати формулювати відповідні наукові результати, що не базуються на матеріалах та даних наукового дослідження, встановлення суворої відповідальності за порушення цього законодавства і, особливо, дифамації досягнутих наукових результатів колективного наукового дослідження.

Як зазначалося свого часу в юридичній літературі, поняття свободи характеризує спектр юридичних можливостей особи, способів реалізації інтересів та її намірів, часового виміру й обставин відповідної дії, що складають генезу її поведінки¹.

Інакше кажучи — це є міра можливої та усвідомленої поведінки, що не порушує юридичні можливості іншої рівноправної особи, у даному випадку вчених наукового творчого колективу, як квінтесенції розкриття його наукового таланту. Тому важливо, щоб кодифікаційний процес сприяв виробленню відповідних приписів, які забезпечували б ціннісну мотивацію діяльності вченого відповідної наукової школи на справедливих засадах рівноправності з вченими державних наукових установ, центрів, вищих навчальних закладів III–IV рівня акредитації в усіх сферах соціального захисту і забезпечення без будь-яких законодавчих обмежень їх правосуб'єктності. Саме в цьому полягає найважливіший момент ціннісної орієнтації кодифікації законодавства про наукові школи вчених;

д) забезпечення отримання якісного і безпечного наукового результату — відповідної наукової доробки, яка вносить відповідний вклад у розвиток науки, поліпшення стану відповідної суспільної практики, що має вирішальне ціннісне значення у правовідносинах на виконання науково-дослідних робіт, а тому великі надії покладаються саме на створення майбутнім законодавчим актом обов'язкового виконання умов, закладених у договорі на виконання науково-дослідних робіт, без будь-якого амністування його виконавців-вчених або їх об'єднань у наукові творчі колективи у формі наукових, науково-правничих шкіл.

Як справедливо зазначалося в деяких наукових публікаціях цивільно-правового спрямування, на сьогодні цивільний закон допускає амністування виконавця у разі неможливості досягнення ним договірного результату, з покладанням обов'язків на замовника щодо компенсації відповідних витрат на їх проведення² (власне, за саме виконання науково-дослідних робіт).

Йдеться, зокрема, про ст. 899 ЦК України, яка допускає у зазначених правовідносинах неможливість досягнення результату внаслідок обставин, що не залежать від виконавця, яка реально визначає підстави безрезультатного наукового дослідження через невизначені за-

¹ Див.: Кудрявцев В. Н. Закон. Поступок. Ответственность. – М., 1986. – С. 69.

² Див.: Андрійцев В. Зміст договірних правовідносин у сфері виконання науково-дослідних робіт // Вісник Академії правових наук України. – 2008. – № 2. – С. 159.

конодавством обставини, у результаті чого втрачається сенс мотиваційної компенсації виконуваних робіт замовником.

Тому, вважаю за доцільне, щоби запропонований законопроект виключав саму можливість недосягнення договірною наукового результату, оскільки договір за своєю сутністю є реальним і передбачає отримання внаслідок виконання науково-дослідних робіт відповідного наукового результату — наукового твору у формі монографії, колективної наукової праці, відповідної стратегії (доктрини) чи програми, проекту, наукового звіту тощо. Адже це не тільки мета будь-якого наукового дослідження, а й інтелектуальне надбання, цінність як для виконавця — вченого або колективу вчених, замовника цього наукового результату і, безперечно, для, власне, відповідної науки, яка збагачується новими знаннями. Таким чином, науковий результат має не лише персоніфіковану, а й у цілому соціальну цінність для розвитку і збагачення науки, прискорення наукового технічного прогресу.

Отже, аксіологічна орієнтація законопроекту в цій частині сприятиме реальному проведенню фундаментальних чи прикладних наукових досліджень, тобто отримання нових наукових знань як об'єкта права інтелектуальної власності.

Саме завершення виконання науково-дослідницької роботи вченим, науковим творчим колективом як самостійними суб'єктами правовідносин щодо виконання зазначених робіт стає тим юридично значущим фактом, що породжує виникнення нових прав у виконавців та замовників цих робіт на досягнутий науковий результат як об'єкт нових прав інтелектуальної власності. І саме зазначений законопроект має за логікою свого соціального призначення передбачити приписи, які б унеможливили проведення безрезультатних наукових досліджень вченими або науковими творчими колективами і передбачали підвищену їх відповідальність за отримання високоякісного і конкурентоспроможного результату.

Адже ціннішим у цих правовідносинах є не лише сам процес здійснення науково-дослідних робіт, а його кінцевий, до того ж результативний і продуктивний наслідок наукової творчості вчених.

Тому ціннісна орієнтація кодифікації в цій частині може позитивно вплинути на вдосконалення не лише в частині регламентації правовідносин, пов'язаних із заснуванням, легалізацією, визнанням наукових шкіл вчених, але й норм матеріального і процесуального права, зокрема, поліпшення змісту відповідних норм ЦК України в частині регулювання договірних правовідносин на виконання науково-

дослідних робіт науковими творчими колективами у формі наукових, науково-правничих шкіл.

Слід зазначити, що кодифікація — найпоширеніша правнича проблема будь-яких наукових досліджень у сфері правознавства, і тому може розглядатися у широкому та вузькому значенні цього терміна. По-перше, як будь-яка форма поліпшення систематизації чинного законодавства. По-друге, як процес створення виключно законодавчих засад регулювання відповідної сфери суспільного життя та визначення правових зв'язків, які виникають між різними суб'єктами правовідносин.

Отже, в основі кодифікації має досягатися головна мета — урегулювання на рівні закону відповідних правовідносин, створення правового порядку, режиму законності для найсприятливішої реалізації сторонами своєї правосуб'єктності в конкретних правовідносинах, захисту їх прав, у даному випадку у сфері наукової і науково-технічної діяльності.

Це має безпосереднє значення для цього дослідження, адже йдеться про створення законодавчих засад реалізації спеціальної правосуб'єктності вчених як основних суб'єктів наукової і науково-технічної діяльності шляхом інтеграції інтелектуальних можливостей у наукові школи щодо створення колективною працею нових знань, як результату фундаментальних або прикладних досліджень.

В основі такої діяльності реалізується базовий принцип правової можливості вченого — свобода наукової творчості у наукових колективах як форми самоорганізації наукової творчої солідарної співпраці вчених.

Проведений до цього творчий аналіз правового регулювання в означеній сфері засвідчив наявність серйозних прогалин у правовому регулюванні як на рівні законів, так і на рівні підзаконного нормативно-правового регулювання, висловлені з цього приводу конкретні пропозиції щодо вдосконалення механізму правового регулювання у цій сфері, що, на мою думку, дозволить підняти рівень правових засад та посилити коефіцієнт корисної дії та ефективності законодавства в науковій і науково-технічній сфері.

Однак висловлені міркування і пропозиції, на мою думку, це той мінімальний паліатив, що дозволить мінімізувати прорахунки і недоліки сучасного правового регулювання у сфері створення, визнання і функціонування наукових, науково-правничих шкіл.

Реалії нашого буття — найсуворіший оцінювач ефективності правового регулювання, що обумовлюють у сучасних умовах здійснення

найвищої форми кодифікації — розробки та прийняття спеціального законодавчого акта у формі Закону України про наукові школи або дещо ширшого за змістом Закону України про заснування (утворення), легалізацію, визнання і функціонування наукових шкіл вчених. У той же час розробка пропонованого законопроекту має свої особливості, зокрема на стадії його апробації та розгляду у Парламенті держави.

По-перше, є недостатнім потенціал кваліфікованих експертів у цій сфері, оскільки розуміння наукової школи, як вже не раз мною підкреслювалося, допоки і здебільшого є спрощеним, неформалізованим, із заниженою ціннісною оцінкою критеріїв та істотних ознак, що характеризують цю категорію, та зводиться інколи до наявності у вищих навчальних закладах та наукових установах лише відповідних правничих наукових або науково-освітніх підрозділів, які деякий час очолюються відповідними адміністративними посадовцями. Особливо це стало поширюватися у зв'язку зі зростанням вищих навчальних закладів правничого профілю та бажанням їх керівництва заручитися наявністю наукових шкіл, хоча формально-юридичних підстав для такого визнання через об'єктивні причини допоки бракує. Отже, апробація законопроекту, особливо норм дефінітивного спрямування, може стати проблематичною у процесі законотворення, що не виключає суттєвого спрощення за змістом його норм та приписів.

По-друге, не виключаються складнощі визнання правового становища наукової школи як відповідної автономної самоурядної, самоорганізуючої і саморегулюючої системи (підсистеми), що дозволяє вільно брати участь у конкурсах, тендерах на закупівлю виконання науково-дослідних робіт, здійснення іншої наукової діяльності, пов'язаної із підготовкою науково-педагогічних, наукових фахівців у відповідній галузі знань, набуття відповідних прав інтелектуальної власності на завершені наукові розробки, внаслідок набуття та визнання їх суб'єктами наукової і науково-технічної діяльності, а встановивши режим неприбуткової наукової самоурядної, самоорганізуючої і саморегулюючої структури, основу якої становлять вчені як основні суб'єкти наукової, науково-технічної діяльності та легітимації таких наукових угруповань, на правах постійних наукових об'єднань і, як виняток, тимчасових творчих колективів.

По-третє, усвідомлення того юридичного факту, що наукові творчі колективи — це унікальна організаційно-правова форма здійснення наукових досліджень, добровільне об'єднання вчених для виконання відповідної наукової програми, проекту, науково-дослідних робіт, які

реалізують суб'єктивне право кожного вченого виступати самостійно у правовідносинах щодо виконання науково-дослідної діяльності, що впливає із правового статусу вченого та основного принципу — свободи наукової творчості.

Звісно, це потребує не лише нових підходів у вченні про правосуб'єктність, а й визначення її спеціальної юридичної природи стосовно здійснення наукової і науково-технічної діяльності, що усуває формалізм у наукових дослідженнях, сприятиме формуванню наукових творчих колективів як бази для становлення і формування наукових шкіл з метою виконання наукових завдань адекватно характеру та рівню фундаментальних і прикладних наукових досліджень.

По-четверте, законопроект має посилити організаційно-правовий статус лідера наукової школи, тобто основоположника, наукового організатора і керівника відповідного наукового творчого колективу. Тому закон має передбачити додаткові гарантії (матеріальні, процесуальні, інтелектуальні тощо) поряд із тими, що встановлені для вчених Законом про наукову і науково-технічну діяльність, які б були спрямовані на забезпечення автономії, самоорганізації та оперативного управління творчим колективом, реалізації свободи творчості та колективної наукової співпраці у реалізації завдання наукових досліджень та досягнення результатів виконання науково-дослідних робіт, впровадження їх у практику з найвищим коефіцієнтом корисної дії у відповідній сфері діяльності, базуючись на науково-правовій доктрині — теорії творчого лідера (керівника).

Особливо це стосується наукових лідерів творчих колективів наукових, науково-педагогічних працівників, що заснували наукові школи при відповідних наукових установах, вищих навчальних закладах III–IV рівня акредитації, інноваційних структурах, у яких перетинаються різні рівні управлінських повноважень, організаційної підпорядкованості, з тим, щоб забезпечити їх реалізацію та співвідношення, не порушуючи основні принципи самоурядування та самоорганізації наукових творчих колективів, виключення невинуватого адміністрування з боку цих установ та закладів в частині виконання науково-дослідних робіт, безперешкодної реалізації творчого потенціалу вчених наукових творчих колективів.

По-п'яте, запропонований закон має зрівняти у правових можливостях вченого, задіяного в наукових творчих колективах як юридично сформованих, легалізованих та визнаних наукових школах незалежно від організаційно-правових форм створення і організаційного

підпорядкування, форм права власності їх функціонування (державної, приватної, комунальної, колективної тощо), наукових громадських організацій і формувань вчених як з точки зору прав і обов'язків у процесі їх утворення і здійснення діяльності, доступу до реалізації наукової правосуб'єктності, доступу до загальнопоширеної та спеціальної некомерційної інформації, правосуддя, використання юридичних можливостей матеріального стимулювання творчої наукової інтелектуальної праці, засобів морального заохочення і державного та громадського визнання наукових заслуг вченого наукових шкіл, прирівняння у соціальному захисті і пенсійному забезпеченні на рівні вчених атестованих та зареєстрованих державних наукових установ, що отримують матеріальну підтримку держави, і національних науково-освітніх закладів III–IV рівня акредитації.

Останнє особливо важливо гарантувати, оскільки діюча система соціального, зокрема пенсійного забезпечення в частині визначення підстав та механізму нарахування, перерахування пенсій, є дискримінаційною стосовно вчених наукових шкіл громадських наукових та інших недержавних наукових об'єднань і організацій, що є несумісним із конституційним принципом верховенства права держави, яка визнана Конституцією у формі правової.

По-шосте, в аксіологічному аспекті важливо порівняти та використати за аналогією закону¹ подібні правові явища, оцінити їх ефективність та можливість застосування у механізмі правового опосередкування наукових, зокрема науково-правничих шкіл.

Термін «аналогічний» від грец. *analogon* означає «за відповідністю, відповідно», частіше — у значенні подібний, тобто складає аналогією до чого-небудь і є подібним².

В юридичному плані категорія «аналогія закону» переважно інтерпретується як можливість вирішення справи на підставі закону, що регламентує аналогічні відносини³, тобто застосування закону за аналогією до відносин, які не врегульовані спеціальним законом, що допускається в правозастосовній практиці дії сфери цивільного та деяких інших галузей законодавства.

Отже, аналогія закону пов'язується переважно і традиційно із правозастосовною практикою у діяльності судових та інших юрисдикційних органів, що, звісно, звужує межі застосування аналогії закону

¹ Сучасний тлумачний словник української мови. – Х, 2006. – С. 28.

² Там само.

³ Великий енциклопедичний юридичний словник. – К., 2007. – С. 31.

як позитивної ідеї та засобу подолання прогалин чинного законодавства.

Тому, на моє переконання, аналогія закону має невичерпні можливості щодо її застосування у процесі кодифікації, зокрема законодавства у сфері функціонування та діяльності наукових шкіл. Адже наявність подібного законодавства, що поширюється на певну сферу правовідносин, створює простоту, зручність проведення аналогії закону до правовідносин та його використання у процесі кодифікаційних робіт стосовно аналогічних правовідносин, не опосередкованих відповідним законом.

У цьому плані певний науковий інтерес для цього дослідження має чинний Закон України про професійних творчих працівників та творчі спілки від 7 жовтня 1997 р.¹

Характерним для цього Закону є вступний глосарій, який, зокрема, визначає поняття професійного творчого працівника, як фізичної особи, творча діяльність якої становить її основне заняття, що завершується створенням і оприлюдненням творів або їх інтерпретацію в галузі культури та мистецтва і є головним джерелом її доходів, незалежно від того, має вона чи не має будь-які трудові відносини. При цьому творча діяльність розглядається як індивідуальна чи колективна творчість професійних творчих колективів, результатом якої є твір чи його інтерпретація, що має культурно-мистецьку цінність.

Із викладеного стає очевидним, що характерними ознаками творчого працівника можна визнати:

- 1) творчу діяльність фізичної особи як відповідну форму її інтелектуальної праці;
- 2) творчу діяльність як основне професійне заняття та основне джерело її доходів;
- 3) результатом творчої, тобто інтелектуальної праці визнається відповідний твір або його інтерпретація в галузі культури і мистецтва;
- 4) незалежність творчої діяльності щодо створення об'єктів інтелектуальної власності від будь-яких трудових відносин творчого працівника.

Виходячи із характеру творчої діяльності, можна додати й таку рису, як культурно-мистецька цінність створюваних творів або їх інтерпретацій у формі індивідуальної або колективної творчості.

¹ Збірник законодавчих актів України з питань легалізації об'єднань громадян та реєстрації інших громадських формувань. – К., 2001. – С. 74–86; Відом. Верхов. Ради України. – 1998. – № 52. – Ст. 312.

З цих позицій вважаю за доцільне провести певну аналогію професійного творчого працівника і вченого, якому притаманні деякі ознаки професійного творчого працівника.

По-перше, вчений, як і професійний творчий працівник, — це, насамперед, фізична особа, тобто громадянин України, іноземець або особа без громадянства, яка здійснює творчу діяльність: наукову або науково-педагогічну, тобто інтелектуальну працю у формі фундаментальних або прикладних наукових досліджень, тоді як професійний творчий працівник здійснює творчим шляхом інтелектуальну працю, результатом якої є твір або його інтерпретація в галузі культури і мистецтва. Отже, відмінність останнього виявляється у сфері його творчої діяльності, тобто в галузі і характері діяльності — культури і мистецтва, яка не пов'язана безпосередньо зі сферою науки. За таких умов є всі підстави вважати такого творчого працівника відповідним професійним творчим працівником, якщо його діяльність не базується на трудових відносинах. Здійснення наукових досліджень (фундаментальних чи прикладних) за трудовим договором (контрактом) із науковою установою дає підстави вважати такого працівника науковим працівником.

Таким чином, є всі підстави стверджувати, що кожний вчений за логікою чинного законодавства є водночас творчим працівником, беручи до уваги, що в епіцентрі його занять (діяльності) закладена саме інтелектуальна наукова творча праця, основу якої складає процес пізнання, що базується на вивченні, аналізі, синтезі, порівнянні, систематизації та диференціації відповідних знань (наукових, практичних тощо). Разом із тим не кожний професійний творчий працівник вважається вченим, оскільки сфера його професійної діяльності обмежується професійними знаннями у галузі культури і мистецтва, що дозволяють йому створювати відповідні твори або їх інтерпретувати (аранжувати, виконувати тощо).

Проте очевидним є той юридичний факт, що творча діяльність характерна для вченого і професійного творчого працівника, хоча методологія такої діяльності за своєю спрямованістю і змістом є різною, оскільки базується на відмінних методах творчої діяльності.

По-друге, творча науково-дослідна діяльність, відповідно, для вченого, і професійна — для творчого працівника в галузі культури і мистецтва — складають квінтесенцію їх основного професійного заняття з тією різницею, що для вчених Законом про наукову і науково-технічну діяльність на цьому не акцентується увага. Хоча зрозуміло,

що для вченого його наукова діяльність становить основне його професійне кредо і матеріальну основу його життєдіяльності, реалізуючи яку він отримує винагороду, при цьому не лише за сам процес наукової роботи, але й за досягнуті результати такої діяльності, що відбивається у відповідному договорі на виконання наукової, зокрема науково-дослідної, роботи, договору на наукове керівництво або консультування аспірантів, пошукувачів та докторантів, незалежно від форми її реалізації відповідно до індивідуальної або колективної творчості.

При цьому колективна творчість вченого реалізується, як правило, у складі наукових творчих колективів, часто пов'язана з його участю у складі наукових, науково-правничих шкіл. До того ж саме наукова колективна творчість має найвищий науковий результат, що дозволяє оперативно вирішувати проблеми фундаментальних та прикладних наукових досліджень, особливо в частині виконання пріоритетних науково-дослідних розробок, у яких з найбільшою ефективністю реалізується принцип свободи наукової творчості вченого. До цього додамо, що для наукового працівника, діяльність якого реалізується виключно на основі трудового договору, колективна наукова праця не завжди залежить від дослідницького наукового результату, оскільки обумовлюється виключно результатом оплати праці відповідно від займаної посади науковця або науково-педагогічного працівника.

Останній аспект має не лише науково-прикладне, оціночне, а й, особливо, ціннісне значення, оскільки характеризує результативність творчої діяльності та її мотиваційні чинники стимулятивного чи дестимулятивного спрямування. Звісно, що поєднання процесу науково-дослідної роботи, наукового дослідження із якістю досягнутого результату суттєво спрямовує внутрішню мотивацію вченого, творчий колектив вчених чи професійних творчих працівників. Таким чином, правова норма набуває ціннісно-мотиваційного значення творчої праці, спрямованої на досягнення якісного результату наукового дослідження у формі відповідного наукового або художнього, музичного тощо твору, і обумовлює відповідальність вченого або об'єднання вчених і відповідну наукову школу за результат своєї наукової діяльності.

По-третє, особливе ціннісно-правове значення має правова установка щодо векторності творчої діяльності на отримання результату творчості: для вчених та їх наукових творчих об'єднань на отримання нових знань у формі відповідного наукового твору, для професійних творчих працівників — відповідного твору або його інтерпретації, що

мають прикладний характер та збагачують сферу культури і мистецтва або мають культурно-мистецьку цінність.

Очевидна й різниця у сучасному правовому регулюванні творчої діяльності наукових творчих колективів у формі наукової школи і професійних творчих працівників, оскільки для перших характерним є отримання нових наукових знань, що, звісно, доповнюють та збагачують відповідну науку, тобто вносять науковий вклад у наукову творчу скарбницю, в той час як творча діяльність професійних творчих працівників передбачає одержавлення твору або його інтерпретації, що мають культурно-мистецьку цінність (виділено мною. — В. А.) відповідно до вимог Закону України про професійних творчих працівників та творчі спілки від 7 жовтня 1997 р.

Зазначене законодавче положення, що підкреслює ціннісне значення створюваних творів професійними творчими працівниками або відповідним творчим колективом, має надзвичайно важливу аксіологічно-кодіфікаційну спрямованість у процесі подальшої кодифікації законодавства про наукові школи.

Отже, важливо, щоби запропонований до розробки та прийняття кодифікований Закон про наукові школи, як і Закон про наукову і науково-технічну діяльність, містив приписи щодо визначення вчених науково-правничих шкіл у частині «отримання нових знань, що мають важливу наукову і суспільну цінність та вносять вклад у розвиток відповідної науки і можуть стати юридичною підставою для визнання та підвищення наукової кваліфікації вченого відповідної наукової школи» (виділено мною. — В. А.).

Підкреслене положення є надзвичайно цінним і мотиваційно-стимулюючим чинником поповнення сучасної, зокрема правової науки, талановитою та обдарованою творчістю молоддю. Річ у тім, що чи не єдиним юридичним фактом і процедурою визнання наукової кваліфікації вченого є написання та прилюдний захист кандидатської або докторської дисертації у встановленому законодавством порядку. Цьому, як правило, передує, зокрема захист кандидатської дисертації, складання кандидатських мінімумів (іспитів) перед комісією вищого навчального закладу III–IV рівня акредитації або наукової установи з філософії, іноземної мови та наукової дисципліни за спеціальністю кандидатської дисертації відповідно до Порядку присудження наукових ступенів і присвоєння вченого звання старшого наукового співробітника, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 7 березня 2007 р. № 423¹ (постанова про

¹ Офіц. вісн. України. – 2007. – № 18. – Ст. 731.

затвердження Порядку присудження наукових ступенів і присвоєння вчених звань від 20 травня 1992 р. № 257 втратила чинність на підставі вказаної постанови Кабінету Міністрів України № 423 від 7 березня 2007 р.) та Положення про підготовку науково-педагогічних і наукових кадрів, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 1 березня 1999 р. за № 309¹. Такий порядок було запроваджено ще з періоду радянської доби, а з утворенням незалежних республік цей порядок було привнесено у законодавство України і, очевидно, він так органічно вписався у бюрократичну систему управління наукою, що ніхто і досі не збирається його змінювати.

Проте і сьогодні ніхто із вчених не може логічно і зрозуміло пояснити необхідність складання іспитів з філософії та іноземної мови і заліку з основ інформатики і який вони мають вплив на формування світогляду вченого, який, ще навчаючись студентом у вищому навчальному закладі, складав заліки або іспити з цих предметів, що входять, до речі, до основних нормативних (обов'язкових) курсів навчання².

Однак при цьому майже зовсім не береться до уваги дійсний науково-творчий доробок вченого з дослідження ним особисто або у складі наукових творчих колективів наукових проблем, їх розв'язання і формулювання наукових положень та висновків, що і має надзвичайне наукове значення для поглиблення відповідної науки та примноження її фундаментальних і прикладних досягнень, визнаних науковою спільнотою як таких, що вносять неоціненний вклад у їх розвиток та збагачують відповідну практику.

Досить важливо і те, що результати науково-дослідної роботи, оформлені у вигляді відповідного наукового твору — монографії, колективної наукової праці, наукового (анотованого чи аналітичного) звіту, підготовленої наукової доктрини, концепції, законопроекту, проекту державної чи регіональної програми тощо, мають цінне науково-правниче значення, що підлягають державній реєстрації і можуть вважатися і захищатися за відповідними правовими процедурами як об'єкти права інтелектуальної, промислової або змішаної власності, що само по собі становить духовну або матеріальну цінність для вчених-розробників та замовників такої наукової продукції, незалежно від того, ким висту-

¹ Офіц. вісн. України. – 1999. – № 9. – С. 71.

² Парадокс цієї ситуації в тому, що пошукувачі кандидатських ступенів з філософії, іноземних мов, що склали відповідні предмети навчального курсу, випускні іспити, змушені втретє, а то й вчетверте перескладати їх, щоб отримати відповідне свідоцтво про наявний кваліфікаційний рівень знань, а точніше, «складання» цих предметів.

пають, відповідно, держава, органи місцевого самоврядування (територіальна громада, державні чи комунальні інституції, наукові установи, засновані на різних формах права власності, громадські, в тому числі наукові організації) або фізичні особи.

Інкони такі наукові дослідження за участю молодих вчених сягають національного і навіть світового рівня, але це зовсім не позначається, принаймні, формально-юридично на рівні кваліфікації вченого, що бере участь у наукових дослідженнях у складі наукових, науково-правничих шкіл світового рівня, оскільки вимога щодо написання наукової праці у формі кандидатської чи докторської дисертації залишається незмінною, з чим навряд чи можна погодитися, а відтак, у процесі кодифікації законодавства про наукові школи відзначені аспекти мають знайти своє позитивне вирішення. Тим більше, що визначальною ознакою вченого є не просто участь у проведенні фундаментальних досліджень, а обов'язково й отримання наукового результату за умови, що він (результат) має науково-теоретичну або науково-прикладну цінність і сприяє подальшому розвитку відповідної науки.

Таким чином, ціннісний аспект отриманого наукового результату вченого має бути законодавчо поєднаним із проведенням фундаментальних або прикладних наукових досліджень, що умотивовує якісну та результативну інтелектуальну творчу діяльність не лише окремого вченого, а й наукових творчих колективів, визнаних науковими школами світового, національного або регіонального рівня.

Передбачивши у процесі кодифікації зазначені ціннісні аспекти, законодавець тим самим законодавчо формалізує мотиваційно-стимулюючу інтелектуальну творчу ознаку вченого, піднесе на новий науковий рівень їх роль та значення у колективній творчій співпраці відповідних наукових шкіл.

По-четверте, характерною ознакою, що об'єднує у правовому статусі вченого і професійного творчого працівника в галузі культури і мистецтва, доцільно визнати незалежність здійснення їх, відповідно, наукової та професійної творчої діяльності від будь-яких юридично оформлених трудових правовідносин (виділено мною. — В. А.).

Це є визначальним юридично значущим чинником вільного вибору форм і методів, відповідно, наукової і професійної творчої діяльності працівників у галузі науки і мистецтва, що дає їм вільний вибір організаційно-правових форм здійснення колективної творчої праці шляхом об'єднання творчих зусиль у наукових творчих постійних або тимчасових колективах, групах, формування наукових,

науково-правничих шкіл, утворення наукових творчих і професійно-творчих громадських організацій та творчих об'єднань.

Для вчених найбільш визначеними організаційно-правовими формами колективної організації науково-творчої діяльності чинним законодавством встановлено:

- а) постійні наукові творчі колективи;
- б) тимчасові наукові творчі колективи;
- в) утворення наукових громадських об'єднань вчених (асоціацій, спілок тощо);
- г) заснування на праві приватної та інтелектуальної власності наукових установ на підставі здійснення статутної наукової діяльності;
- д) інші колективні утворення вчених, не заборонених чинним законодавством.

Усі вони за своєю юридичною природою є добровільно організованими формуваннями вчених та юридично оформленими науковими інституціями, на базі яких формуються, відповідно, наукові або науково-правничі школи у певній галузі наукових знань та профільної творчої діяльності.

Закон України про професійних творчих працівників та творчі спілки від 17 жовтня 1997 року визначає лише єдину організаційно-правову форму добровільного об'єднання професійних творчих працівників — творчі спілки, які мають фіксоване членство, діють на підставі статуту й таких принципів:

- а) добровільного об'єднання її членів;
- б) належності до одного фахового напрямку культури та мистецтва;
- в) самоврядування;
- г) взаємодопомоги і співробітництва;
- д) невторчання у творчий процес;
- е) вільного вибору форм і методів творчої діяльності;
- ж) визнання авторських прав на об'єкти інтелектуальної праці.

При цьому в кожному фаховому напрямі може бути створено одне або більше добровільних творчих об'єднань. Варто також додати, що відповідно до Закону України про наукову і науково-технічну діяльність, вчені, які здійснюють свою наукову творчу діяльність на підставі трудового договору з відповідною науковою установою, набувають у встановленому порядку правового статусу наукового працівника, для якого ця установа вважається основним місцем роботи зі спеціальним статусом.

По-п'яте, в аксіологічному плані важливо відзначити, що правовий статус вченого та його можливість добровільно з іншими вченими утворювати відповідні наукові творчі колективи та формувати на цій основі наукові школи, регламентується Законом України про наукову і науково-технічну діяльність. Отже, в основу цього кодифікаційного законодавчого акта покладено відповідну сферу наукової, науково-технічної діяльності, що обумовлює визначення правового статусу вченого як її основного суб'єкта, в тому числі й можливості об'єднуватися з іншими вченими у відповідні наукові колективи для проведення спільних науково-дослідних робіт фундаментального і прикладного призначення.

Однак, як бачимо, деяка заангажованість та галузева спрямованість Закону України про наукову і науково-технічну діяльність не дозволила повною мірою передбачити завершену правосуб'єктність вченого, зокрема, в частині формування, утворення, легалізації і визнання наукових, науково-правничих, інших науково-профільних шкіл, регламентування їх як самостійного суб'єкта наукової і науково-технічної діяльності, тобто автономної правосуб'єктності, оскільки в ньому набули розвитку норми, що визначають правовий статус інших суб'єктів цієї діяльності, зокрема наукових працівників, правове становище наукових установ, їх керівника, вченої, наукової, науково-технічної ради наукових установ та державного реєстру наукових установ, яким надається державна підтримка, особливості надання правового статусу національного наукового центру, порядку державного реєстру наукових об'єктів, що становлять національне надбання, питання НАН України та галузевих академій, особливості наукової і науково-технічної діяльності у системі вищої освіти, правового становища громадських наукових організацій та взаємовідносин цих організацій з органами державної влади.

Поряд з цим закон за назвою розділу мав би визначати державні гарантії вчених, наукових працівників щодо підготовки останніх та підвищення їх кваліфікації, присудження наукових ступенів і присвоєння вчених звань, атестації наукових працівників, засади правового режиму наукових результатів, їх оплати і стимулювання, пенсійного забезпечення, соціального захисту наукових працівників.

Разом з тим та заради об'єктивності треба вказати, що у цьому важливому юридичному контексті формально-юридично про вчених та створювані ними наукові, науково-правничі школи у зазначеному законі, як не дивно, зовсім не йдеться, і жодних правових приписів

і правових гарантій законодавчо не передбачено, а отже є очевидною прогалина закону, що, безумовно, має векторно продукувати подальшу кодифікацію законодавства в цій частині.

У той же час для аналогії та порівняння Закон України про професійних творчих працівників та творчі спілки від 7 жовтня 1997 р., крім визначення термінів, обсягу цього законодавства, принципів та основних напрямів діяльності творчих спілок, визначає соціальний захист професійного творчого працівника, норми якого, крім загальноприйнятих положень, передбачають інститут гарантування додаткового соціального захисту щодо одержання фінансової та іншої матеріальної допомоги, доплати до пенсій, користування закладами охорони здоров'я, будинками творчості, будинками-інтернатами (пансіонатами) та іншими матеріальними і фінансовими можливостями творчих спілок.

Значна частина норм цього Закону прямо спрямована на визначення зв'язків творчих спілок і держави, структури та особливостей прийняття їх статутів, порядку заснування, особливостей правового статусу, порядку створення, державної реєстрації, підстав припинення творчої діяльності, повноважень їх керівних, дорадчих та контролюючих органів управління, джерел фінансування творчої та господарської діяльності, оподаткування та відповідальності за порушення законодавства в цій сфері та розвиток міжнародних зв'язків, прикінцеві положення.

Цілком природним і цінним у зазначеному законі є обраний концептуальний підхід щодо його структурної побудови й змістовного наповнення норм і приписів, спрямованих на урегулювання правовідносин щодо визначення правосуб'єктності професійних творчих працівників та внутрішньої організації їх професійних творчих утворень щодо реалізації та захисту прав і законних інтересів зазначеної категорії працівників творчого спрямування у галузі культури та мистецтва, що заслуговують на вивчення й оцінку у процесі кодифікації правового статусу вчених у контексті їх правового статусу наукових творчих працівників та утворюваних ними колективних об'єднань вчених відповідної науково-організаційної форми заснування і функціонування наукових, зокрема науково-правничих шкіл, як найбільш ефективної, результативної і досконалої самоорганізуючої, саморегулюючої, самоурядної структури з координації колективної наукової праці вчених та реалізації свободи їх наукової творчості.

Закон України про наукову і науково-технічну діяльність, виходячи із своєї мети і завдань, зосереджує значну частину законодавчих

приписів щодо регламентації повноважень суб'єктів державного регулювання і управління у сфері наукової і науково-технічної діяльності, не розмежовуючи в деталях органи державного регулювання і органи державного управління в цій сфері¹.

Скажімо, програмою курсу з «Адміністративного права» для студентів юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка² у темі «Поняття і зміст державного управління» йдеться про загальне поняття управління, основні категорії управління (систему управління, об'єкт, суб'єкти, цілі, завдання, функції, управлінський цикл, соціальне управління та його види, види (форми) державної діяльності, поняття і характерні риси державного управління (виконавчо-розпорядчої діяльності), поняття функцій, форм і методів державного управління, суб'єктів державного управління, його відмінності від законодавчої діяльності, правосуддя та прокурорського нагляду, його співвідношення з громадським управлінням тощо), але й згадки про державне регулювання, органи державного регулювання в цьому навчально-методичному доробку не проглядається.

Не набула належного висвітлення означена проблема і в науковій, науково-практичній, навчальній літературі з правознавства³ та теорії державного управління, а тому питання системи органів державного управління залишаються традиційно дослідженими, тоді як система органів державного регулювання, її відмінні риси від системи органів державного управління для теорії та практики юриспруденції взагалі та в контексті висвітлюваних нами проблем в концептуальному плані допоки відкриті.

Історія проблеми за часом незначна, але треба зважити на те, що орієнтація українського законодавства з часу незалежності України зумовила використання законодавчих моделей країн-засновників та учасників Європейського співтовариства, в законах яких запроваджено правовий та державотворчий інститут державного регулювання, ураховуючи наявність в системі органів їх виконавчої влади підсистем:

1) органів державного управління загальної компетенції (Кабінету Міністрів України, Ради Міністрів, інших органів виконавчої влади);

¹ Наразі відзначу, що і юридична література, зокрема адміністративно-правова, достатньою мірою допоки ще не висвітлила усіх аспектів цієї проблеми, особливо їх розмежування за критеріальними ознаками.

² Програма курсу та плани семінарських занять з курсу «Адміністративне право України». – К., 2000. – С. 3-8.

³ Див., напр.: *Плішкін В. М.* Теорія управління органами внутрішніх справ: Підручник. – К., 1999. – 702 с.

2) органів державного управління спеціальної компетенції двох організаційно-правових форм:

а) органів державного управління функціональної компетенції (у галузі фінансів, економіки, охорони здоров'я, освіти і науки, культури, соціального захисту, юстиції тощо);

б) органів державного управління галузевої компетенції (енергетики, промислової політики, аграрної політики, транспорту, зв'язку, атомної енергетики та ін.).

Із розвитком окремих галузей законодавства в Україні почали запроваджувати органи державного регулювання, наприклад, Державний комітет з питань ядерного регулювання та ін., на які покладаються регулюючі функції щодо встановлення спеціальних регламентів, квот, норм технічної, радіаційної, техногенної, природної, екологічної безпеки тощо.

З часом регулюючі функції від імені держави стали законодавчо делегувати й іншим органам спеціальної компетенції як функціональним, так і галузевим, що й привело до виділення спеціальних органів державного регулювання в окремих сферах національної політики.

Проте Закон України про наукову і науково-технічну діяльність обрав інший підхід щодо органів державного регулювання, поширивши його на орган законодавчої влади.

І тому лише аналітичним шляхом можна встановити, що до органів державного регулювання цей Закон відносить Верховну Раду України у сфері наукової і науково-технічної діяльності і, відповідно, до органів державного управління відносить Кабінет Міністрів України як вищий орган у системі органів виконавчої влади, центральний спеціальний орган у сфері наукової і науково-технічної політики (Міністерство освіти і науки України), інші центральні органи виконавчої влади, що наділяються повноваженнями у цій сфері за законодавством України та, відповідно, Верховну Раду Автономної республіки Крим, Раду міністрів АРК, місцеві ради та місцеві органи виконавчої влади.

Проте зовсім нечітко визначені повноваження Президента України в цій сфері, оскільки вказано, що він лише сприяє розвитку науки і техніки, визначає систему органів виконавчої влади та забезпечує здійснення контролю за формуванням і функціонуванням системи державного управління у сфері наукової і науково-технічної діяльності, створюючи для реалізації своїх повноважень консультативно-дорадчу раду з питань науки і науково-технічної політики. Звісно, що в цьому аспекті закладена певна юридична некоректність, адже здій-

снення президентського контролю є виключною компетенцією глави держави, а не консультативно-дорадчих органів.

Відповідно з орієнтацією на наукову і науково-технічну діяльність визначені форми і методи державного регулювання та управління: формування державної політики в цій сфері, напрями державного регулювання і управління, фінансово-кредитне, зокрема бюджетне забезпечення, форми наукових і науково-технічних програм, державне замовлення, державна підтримка тощо, але виявити при цьому конкретні форми та їх розмежування з відповідними методами становить суттєву складність через узагальненість та невизначеність приписів¹.

Викладене вище обумовлює повне уявлення про структурну побудову Закону України про наукову і науково-технічну діяльність та узгоджується з положенням його преамбули (ч. 1) про те, що цей закон визначає правові, організаційні та фінансові засади функціонування і розвитку науково-технічної сфери, створює умови для наукової, науково-технічної діяльності, забезпечення потреб суспільства і держави у технологічному розвитку.

Отже, він не вичерпує всього кола питань та правовідносин, що виникають у процесі здійснення наукової, науково-технічної діяльності, зокрема, суб'єктного складу цих правовідносин, їх правового статусу, особливо в частині об'єднання вчених у наукові творчі колективи — наукові школи вчених, а отже, об'єктивно обумовлює і продукує процес подальшої кодифікації законодавства в цій частині з метою поглиблення палітри суб'єктів наукової і науково-технічної діяльності.

Тому законодавчий підхід, закладений у законі про аналогічні правовідносини, приписи яких спрямовані на визначення правового статусу професійного творчого працівника, та їх об'єднання у творчі спілки, заслуговують найретельнішої правової оцінки у подальшому кодифікаційному процесі визначення правового статусу вчених та їх наукових шкіл.

По-шосте, звісно, що використання аналогії закону в процесі кодифікації — справа в теоретичному і практичному застосуванні є піонерською, а тому його використання допоможе зекономити час, хід кодифікаційних робіт та підготовку структури можливого законопроекту у формі Закону про наукові школи вчених або законопроекту про правовий статус вчених та їх наукові школи.

¹ Таке розмежування не входить до завдань цього дослідження і потребує спеціального наукового аналізу.

Преамбула Закону України про наукову і науково-технічну діяльність (ч. 2) не тільки підтверджує таку можливість розвитку кодифікаційного процесу і практики застосування аналогічного закону до правовідносин у науковій та науково-технічній діяльності за участю вчених як наукових творчих працівників та утворюваних ними професійних наукових творчих колективів у формі наукових, науково-правничих шкіл.

Зокрема, йдеться про те, що наукова і науково-технічна діяльність прискорює розвиток науки і техніки, є визначальним чинником прогресу суспільства, підвищення його добробуту, духовного та інтелектуального зростання, а відтак, обумовлює пріоритетну підтримку розвитку науки, як «джерела економічного зростання і невід'ємної складової національної культури та освіти» (виділено мною — В. А.), створення умов для реалізації інтелектуального потенціалу громадян у сфері наукової і науково-технічної діяльності, цілеспрямованої політики у забезпеченні використання досягнень вітчизняної та світової науки і техніки для задоволення соціальних, економічних, культурних та інших потреб.

Здавалося б, на перший погляд, що за таких умов визнання науки складовою національної культури і освіти, можна б поширити чинність зазначеного Закону України про професійного творчого працівника і творчі спілки на регулювання правовідносин у сфері наукової і науково-технічної діяльності, і тим самим вирішити однозначно зазначену проблему. Проте варто згадати, що дія цього Закону регламентує правовий статус професійного творчого працівника у сфері культури та мистецтва як самостійних галузей знань, управління і права.

Тому не випадково термін «наука» інтерпретується як одна з форм суспільної свідомості, яка дає об'єктивне відображення світу та системи знань про закономірність розвитку природи і суспільства та способи впливу на навколишній світ¹ і не випадково розглядається як окрема галузь², і в той же час як міра наукового забезпечення будь-якої галузі виробництва, господарства та інших видів діяльності³. Саме за характером, суттю, напрямками, методологією і методикою діяльності наука відрізняється від мистецтва, хоча може застосовуватися і в цій сфері, тобто це самостійний спосіб пізнання природних та суспільних

¹ Сучасний тлумачний словник української мови / За ред. проф. В. В. Дубічинського. – Х., 2006. – С. 528.

² Там само.

³ Там само.

явищ (відносин), що продукують не лише відносно самостійну сферу діяльності, а й зумовлюють відповідне правове їх опосередкування, зокрема, і в частині правового становища осіб-вчених, які здійснюють зазначену творчу діяльність, відповідних об'єднань вчених та створених ними наукових, науково-правничих шкіл.

Отже, наука і культура взаємообумовлені, взаємопов'язані соціальні явища, що зумовлюють виникнення відповідних відносин і приаманного лише кожній з них механізму правового регулювання, центральними ланками у здійсненні відповідної сфери діяльності яких виступають спеціальні правосуб'єктні особи, обсяг прав і обов'язків яких детермінований характером цієї діяльності та результатом, який досягається у процесі творчої праці, що набуває режиму права інтелектуальної власності.

Про самостійне юридичне значення кожної із зазначених сфер суспільної діяльності вказують і міжнародно-правові документи, зокрема, Статут Організації Об'єднаних націй з питань освіти, науки і культури від 16 листопада 1945 р.¹ (Лондон), Чорноморська конвенція про співробітництво в галузі культури, освіти, науки та інформації від 6 березня 1993 р.² (Стамбул), що й обумовило прийняття свого часу спеціального Закону України про основи державної політики у сфері науки і науково-технічної діяльності від 13 грудня 1991 р.³, який Законом України від 1 грудня 1998 р. викладений у новій редакції як Закон України про наукову і науково-технічну діяльність.

Тому принагідно пригадати, що в первинній редакції зазначеного вище закону серед основних принципів державної науково-технічної політики передбачалося забезпечити рівноправність всіх форм організації науково-технічної діяльності, поєднання колективної та індивідуальної науково-технічної творчості, демократизацію та децентралізацію управління, розвиток самоврядування у сфері науки і техніки (виділено мною — В. А.), а також участь науково-технічної громадськості у формуванні й реалізації державної науково-технічної політики (ст. 3).

Вказаний закон передбачав також, що основною організаційною ланкою в науково-технічній сфері є науково-технічний колектив, що

¹ Див.: Україна в міжнародно-правових відносинах. Кн. 2. Правова охорона культурних цінностей. – К., Юрінком Інтер. – 1977. – С. 73-75.

² Збірник законодавчих актів України з питань легалізації об'єднань громадян та реєстрації інших громадських формувань. – С. 570-574.

³ Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 12. – Ст. 165.

об'єднує наукових та науково-технічних працівників. При цьому постійні об'єднання науково-технічних колективів створюють наукові організації, правовий статус яких визначається законодавством України, а для виконання наукових розробок можуть створюватися науково-дослідні центри, тимчасові колективи, у тому числі міжнародні.

Проте, як показала практика застосування цього закону, цим законодавчим положенням не судилося здійснитися, оскільки його подальше «вдосконалення» призвело до «втрати» зазначених приписів, а відтак, вказані новації залишилися лише як пам'ятка права в цій частині, незважаючи на те, що вони фіксували безперечну наукову, інноваційну, суспільну та правничу цінність.

Варто у цьому зв'язку зазначити, що згідно з Постановою Верховної Ради України «Про порядок введення в дію Закону України «Про основи державної політики в сфері науки і науково-технічної діяльності» від 13 грудня 1991 р. № 1978¹ було доручено Кабінету Міністрів України у шестимісячний термін внести на розгляд Верховної Ради України, зокрема, проект законодавчого акта «Про статус наукового та науково-технічного працівника та науково-технічної організації».

Однак, доля цього законопроекту і досі покрита павутинням таємниці, оскільки жодної офіційної інформації про його надходження до Верховної Ради України, принаймні, на сайті Парламенту та Кабінету Міністрів України не проглядається. Отже, рішення, постановлені законодавчим органом щодо введення в дію зазначеного Закону про основи державної політики у сфері науки і науково-технічної діяльності від 13 грудня 1991 р. у вказаній частині залишаються не реалізованими, а відтак, очікувані результати від чинності запланованого закону, скромно кажучи, стали соціально невинуватими та не досягнуті, кодифікаційний процес у цьому напрямі фактично і юридично призупинено.

У цьому зв'язку варто врахувати, що серед основних завдань Закону України про наукову і науково-технічну діяльність передбачено «визначення правового статусу суб'єктів наукової і науково-технічної діяльності» (виділено мною — В. А.), забезпечення матеріальних та моральних стимулів престижності та зумовленої суспільними потребами пріоритетності цієї сфери людської діяльності, залучення до неї інтелектуального потенціалу нації.

Усе це вимагає не лише теоретичного переосмислення важливості вдосконалення правового статусу вчених, правового становища утво-

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 12. – Ст. 166.

рюваних ними наукових, науково-правничих шкіл, а й продуктивних законодавчих кроків відповідно до реалій сьогодення у науковій, науково-технічній сфері шляхом розробки і прийняття Верховною Радою України спеціального закону про статус вчених та їх наукові школи, який для лаконічності можна назвати проектом Закону України про наукові школи вчених, у якому центральне місце має бути відведено нормам-приписам, які б чітко й неоднозначно визначали правовий статус вченого у здійсненні ним відповідно наукової, іншої творчої наукової діяльності, вписані вимоги до нього, як основного суб'єкта такої діяльності, основні юридичні можливості, правові процедури набуття та реалізації його правосуб'єктності, особливо в частині заснування та формування і заснування наукових, науково-правничих шкіл, порядку їх легалізації та визнання, пільги, преференції та гарантії здійснення ними наукової діяльності, основні напрями такої діяльності, правові засади самоорганізації, самоурядування і саморегуляції та участі в реалізації державної і регіональної наукової та науково-технічної політики, юридичні гарантії їх організаційної та господарської самостійності, відповідальності за досягнення високого рівня виконуваних науково-дослідних робіт.

Адже ці та інші питання, поєднані із правовим регулюванням відносин за участю наукових шкіл вже майже два десятиліття з часу незалежності України, турбують наукову громадськість у різних сферах суспільної діяльності і поки що не знаходять свого позитивного вирішення, а отже, юридичні гарантії ефективної діяльності зазначених шкіл залишаються лише законодавчою перспективою і побажанням невиконаного соціального замовлення вчених.

Прикметно, але це відбувається за тих умов, у тому числі правових істин, що правовий статус, скажімо, народних депутатів, державних службовців різного фаху та рівня постійно вдосконалюються в частині гарантування соціального захисту та безпеки діяльності, поліпшуються соціальні та матеріальні умови відправлення відповідної служби, відпочинку та оздоровлення. І навіть обмеження, які останнім часом визначаються відповідними щорічними законами про державний бюджет чи не вдвічі менші (в матеріальному відношенні), ніж це передбачається для вчених, наукових працівників, які віддають свої таланти, творчу наснагу і час дозвілля для примноження наукових досліджень, формують відповідні наукові школи, які суттєво підвищують науковий інтелектуальний потенціал української науки у різних сферах господарювання, управління, права тощо.

Тому, на моє професійне переконання, кодифікація законодавства щодо посилення правового статусу вчених та їх (створюваних) наукових шкіл сьогодні вже є не лише побажанням окремих вчених, а на зрілою об'єктивною необхідністю з метою зрівняння в правах суб'єктів цих правовідносин на рівні конституційних вимог та міжнародно-правового регулювання, адже сфера наукової, науково-технічної діяльності, за логікою, є інтернаціональною, знання якої мають використовуватися для потреб населення будь-якої країни і міжнародної спільноти.

Засновник — Президія Академії правових наук України, Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого
Видавець — Академія правових наук України

Редакційна колегія: *В. Я. Тацій* (головний редактор), *М. В. Цвік* (заступник головного редактора), *Ю. В. Баулін*, *Ю. П. Битяк*, *В. І. Борисов*, *М. В. Буроменський*, *Л. К. Воронова*, *Ю. М. Грошевий*, *І. М. Даньшин*, *В. П. Колісник*, *В. В. Комаров*, *В. О. Коновалова*, *О. Л. Копиленко*, *О. Д. Крупчан*, *Н. С. Кузнєцова*, *В. В. Луць*, *В. К. Мамутов*, *О. П. Орлюк*, *М. І. Панов*, *О. В. Петришин*, *О. О. Позрібний*, *М. Я. Сегай*, *М. М. Сібільов*, *В. Ф. Сіренко*, *О. В. Скрипнюк*, *І. В. Спасибо-Фатєєва*, *В. В. Сташис*, *В. П. Тихий*, *М. Я. Швець*, *Ю. С. Шемчученко*, *В. Ю. Шепітько*.

Зареєстрований Міністерством України у справах преси та інформації
(Свідоцтво про Державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації. Серія КВ № 1254 від 17.02.95 р.)

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

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ

ПРАВОВИХ

НАУК

УКРАЇНИ

Збірник наукових праць

Виходить щоквартально

Заснований у 1993 році

№ 2 (57)

Харків
2009