

ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

імені ІВАНА ФРАНКА

ЮРИДИЧНИЙ ФАКУЛЬТЕТ

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ
ТЛУМАЧЕННЯ І ЗАСТОСУВАННЯ
ЮРИДИЧНИХ НОРМ**

Збірник статей

**учасників міжнародної науково-практичної конференції,
присвяченої пам'яті професора П.О. Недбайла**

(28–29 березня 2008 року)



Львів – 2008

ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

імені ІВАНА ФРАНКА

ЮРИДИЧНИЙ ФАКУЛЬТЕТ

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ
ТЛУМАЧЕННЯ І ЗАСТОСУВАННЯ
ЮРИДИЧНИХ НОРМ**

Збірник статей

учасників міжнародної науково-практичної конференції,
присвяченої пам'яті професора П.О. Недбайла

(28–29 березня 2008 року)

код екземпляра

348210



Львів – 2008

Актуальні проблеми тлумачення і застосування юридичних норм: Збірник статей учасників міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті професора П.О. Недбайла. 28–29 березня 2008 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2008. – 228 с.

У збірнику статей представлено стислий виклад доповідей і повідомлень, що були подані на Міжнародну науково-практичну конференцію "Актуальні проблеми тлумачення і застосування юридичних норм", присвячену пам'яті професора П.О. Недбайла, яка проводитиметься на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка 28–29 березня 2008 року. Статті подані в авторському варіанті.

Автори статей є докторами і кандидатами юридичних наук, які працюють у вищих навчальних закладах, наукових установах і держаних органах України, Республіки Беларусь, та Республіки Польщі. Це засвідчує прагнення юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка до співпраці з іншими, зокрема зарубіжними, юридичними закладами.

Редакційна колегія:

- професор П.М. Рабінович (голова),
- доцент В.М. Бурдін (відп. секретар),
- доцент А.М. Бойко,
- доцент Л.В. Бориславський,
- професор В.М. Коссака,
- професор В.Т. Нор,
- професор П.Д. Пилипенко,
- професор Б.Й. Тищик

Наукове редагування:

- доцент В.М. Бурдін

ВНЕСОК ПРОФЕСОРА ПЕТРА ОМЕЛЯНОВИЧА НЕДБАЙЛА У РОЗВИТОК ВІТЧИЗНЯНОГО ПРАВОЗНАВСТВА

П. Рабінович

*Львівський національний університет імені Івана Франка
(Львів, Україна)*

Серед видатних вітчизняних вчених-юристів, праці яких у післявоєнний період – особливо у 50–60-ті роки ХХ ст. – сприяли розвитку й піднесенню загальної теорії держави і права на якісно новий рівень, видатне місце належить членові-кореспонденту АН УРСР, заслуженому діячеві науки і техніки УРСР, докторові юридичних наук, професорові Петру Омеляновичу Недбайлові.

Він народився 12 липня 1907 р. в с. Ново-Новицьке Чернігівської області у селянській родині.

Після закінчення у 1930 р. Харківського юридичного інституту працював слідчим окружної прокуратури у м. Луганську, а згодом – викладачем у Харківському юридичному інституті. З 1934 р. П. Недбайло є співробітником Науково-дослідного інституту радянського будівництва і права ЦВК УРСР. Працює він також й у Державному арбітражі м. Харкова.

У 1939 р., після возз'єднання Західної України з УРСР, П. Недбайло був скерований на педагогічну роботу до Львівського державного університету. Працюючи деканом юридичного факультету і завідувачем кафедрою державного права, він бере активну участь у перебудові роботи університету й факультету на нових засадах.

Під час Великої Вітчизняної війни Петро Омелянович служив помічником військового прокурора Одеського військового округу, обіймав на різних фронтах посаду заступника начальника відділу Головної військової прокуратури Радянської армії.

Після демобілізації, повернувшись до Львівського університету, П. Недбайло зосереджує свою наукову увагу на загальнотеоретичних проблемах закону і законності. У 1947 р. в Академії суспільних наук (м. Москва) він успішно захищає кандидатську дисертацію на тему: “Закон у соціалістичному суспільстві”. Написана на матеріалах подальших досліджень його фундаментальна стаття “Радянська соціалістична законність, її основні принципи й призначення”¹ відіграла важливу роль у розробці загальної теорії законності.

На думку П. Недбайла, законність як правовий режим суспільного життя є відносно самостійним явищем державно-правової сфери. Він обстоює ідею про те, що законності притаманні особливі властивості й специфічні закономірності розвитку, а внаслідок цього її не можна отожденовати ані з законодавством, ані з застосуванням права. Режим законності як особливе самостійне державно-правове явище характеризується такими важливими якостями, як ясність, визначеність, забезпечення непорушності прав і свобод громадян, гарантованість їх недоторканності. Важливою рисою законності є відповідність основних обов'язків громадян до їх основних прав, які є рівними для всіх, що створює атмосферу впевненості громадян у реальності їхніх прав і обов'язків. Така постановка питання, що отримала всебічне обґрунтування й розвиток у подальших працях вченого, визначила цілий напрям у дослідженні законності, сприяла її зміцненню у житті суспільства й держави.

У 50-ті роки П. Недбайло розробляє загальнотеоретичні проблеми норм права, їх тлумачення й застосування, котрі у вітчизняній літературі не були вивчені на монографічному рівні. Наукові результати цих розробок у майбутньому по справедливості були оцінені як вагомий внесок у розвиток теорії держави і права й юридичної науки загалом. Найбільш суттєве значення мали висновки П. Недбайла про специфіку, структуру й види правових норм, їх місце й роль у системі соціальних норм суспільства, основні засоби й вимоги правозастосування, про об'єктивну істину у процесі застосування норм права, способи і види їх тлумачення.

На базі цих досліджень вчений у 1957 р. захистив в Інституті держави і права АН СРСР докторську дисертацію, а потім опублікував дві фундаментальні монографії: “Советские социалистические правовые нормы” (Львів, 1959) і “Применение советских правовых норм” (Москва, 1960). Ці праці започаткували розвиток важливого наукового напрямку – дослідження закономірностей юридичних норм й правозастосовальної діяльності, висунули П. Недбайла до складу провідних вітчизняних теоретиків права. Низка проблем, що їх заакцентував свого часу П. Недбайло, ще очікують на глибший аналіз. Одна з них полягає у тому, щоб “вчення про об'єктивну істину вивести на дорогу загальної теорії... права й зробити її здобутком всіх галузей...правової науки”.

Особливу увагу П. Недбайло приділяв теорії й практиці удосконалення юридичних гарантій правильного, законного, обґрунтованого, справедливого, доцільного, ефективного застосування норм права. Він публікує серію статей з цієї проблематики, а згодом, працюючи вже у Київському державному університеті ім. Т.Г. Шевченка, виступає натхненником і організатором двох наукових конференцій, які були присвячені законності й застосуванню норм права.

Ідеї П. Недбайла щодо юридичних гарантій правозастосування вплинули на розвиток як загальнотеоретичних досліджень, так і на практику удосконалення юридичних засобів реалізації правових норм. Можна вважати, зокрема, що пропозиції вченого про необхідність підвищення ролі судових гарантій у захисті прав і свобод громадян втілені нині у конституційних положеннях, чинному законодавстві. А його погляди щодо важливості процесуальних норм, процесуального порядку реалізації норм права багато в чому зумовили активізацію загальнотеоретичного дослідження процесуальної форми, юридичного процесу, процесуальних проваджень. Судження П. Недбайла про конкретизацію юридичних норм згодом набули нового, більш актуального, аніж на час їх опублікування, звучання.

Новий етап наукової творчості П. Недбайла пов'язаний з його переходом на роботу до Київського державного університету ім. Т.Г. Шевченка, де він з 1959 року завідує кафедрою теорії та історії держави і права, а потім, до кінця своїх днів, кафедрою теорії держави і права. Великою науковою заслугою П. Недбайла у той час стало обґрунтування зростання ролі норм права у розвитку суспільства, об'єктивної необхідності удосконалення механізму правового регулювання, зокрема максимального використання таких властивостей юридичних норм, як їх формальна визначеність, чіткість і ясність приписів. Нагадаємо, що ці ідеї вчений розвиває і пропагує саме на початку 60-х років ХХ ст., коли в юридичній літературі (та й не тільки у ній) було вельми поширене уявлення про звуження сфери правового регулювання з огляду на успіхи соціалізму, про активне витіснення юридичних норм моральними тощо. Праці П. Недбайла об'єктивно сприяли усуненню певного правового нігілізму, зміцненню законності, орієнтували на поглиблення дослідження специфічних закономірностей правової форми регулювання суспільних відносин.

До цієї проблематики вчений знову повертається через багато років, відкриваючи у ній нові грані й підходи. Він послідовно проводить думку про єдність й диференціювання соціального регулювання у суспільстві, котре визначається його економічною та політичною структурами. “Зберігаючи свою самостійність і розвиваючись зі своїми специфічними особливостями, право, мораль й інші соціальні норми не витісняють й не поглинають одні одну, а обумовлюють та забезпечують одна одну у досягненні загальної мети” – пише він. Саме аналіз закономірностей взаємозв'язку й взаємодії норм права з іншими видами соціальних норм дав змогу П. Недбайлові зробити висновок про розширення сфери правового регулювання у процесі розвитку суспільства – висновок, що мав надзвичайно важливе теоретичне й практичне навантаження, оскільки зумовлював необхідність поглибленого вивчення тенденцій та перспектив розвитку права в умовах науково-технічного прогресу, пришвидшення соціально-економічного розвитку країни, необхідності розв'язання глобальних проблем сучасності. Практика підтвердила правильність позиції вченого, яку він, проявляючи у той час неабияку громадянську мужність, обстоював принципово й послідовно.

Один із напрямів творчих пошуків П. Недбайла – дослідження предмету, системи і методології правознавства – передусім загальної теорії держави і права. У його публікаціях дедалі чіткіше вимальовується ідея специфічності предмета юридичної науки, в чому, на думку П. Недбайла, й полягає об'єктивна передумова її самостійності у системі суспільствознавства. Особливо наполегливо вчений обґрунтовує положення про те, що загальна теорія держави і права є самостійною наукою внаслідок того, що вона має особливий предмет, який становлять загальні, основні, найсуттєвіші специфічні закономірності розвитку держави і права. Тим самим зазначена наука не є ані дедуктивним “конкретизатором” положень історичного матеріалізму, ані індуктивним “узагальнювачем” (а тим більше сумою, “скарбничкою”) висновків галузевих юридичних наук.

П. Недбайло слушно зазначав, що юридична наука має політичний характер. Водночас вона спирається на власні засади, які повинна враховувати й державна політика. Виконуючи основні соціальні функції – гносеологічну (пізнавальну й інтерпретаційну), прогностичну та виховну, юридична наука впливає на суспільний розвиток шляхом як формування світогляду, відповідних ідей і поглядів індивідів, так і об'єктивації наукових положень у вигляді нормативних настанов законодавства. У майбутньому ці ідеї були поглиблено розроблені у монографії та статтях вченого, що мали широкий науковий резонанс.

Характерною рисою творчості П. Недбайла було прагнення підвищити практичний ефект загальної теорії держави і права, яка, як він вважав, пов'язана з державно-правовою практикою не тільки опосередковано – через інтегрування досягнень галузевих юридичних наук, але й безпосередньо. Теорія держави і права повинна вивчати саме цю практику, так би мовити, напряду – самостійно й безпосередньо (звичайно, під своїм кутом зору, виходячи із власного предмета дослідження), виробляти рекомендації з удосконалення цієї практики, а також прогнози її подальшого розвитку. Напевно не випадково основний спектр досліджень П. Недбайла (застосування й тлумачення юридичних норм, гарантії зміцнення законності) мав прямий “вихід” у практику.

П. Недбайло відзначався гострим політичним чуттям, умінням бачити внутрішню логіку розвитку загальної теорії держави і права й соціальної практики. Зокрема, він підкреслював важливість глибокого засвоєння методології правової науки, її (методології) значення для збагачення світоглядних та політично-ідеологічних уявлень дослідників, збагачення наукового пізнання загалом.

Учений активно вивчав загальнотеоретичні, окремо-наукові й спеціальні методи правознавчих досліджень, їх співвідношення і взаємодію з матеріалістичною діалектикою

Багато уваги П. Недбайло приділяв проблематиці прав і свобод особи. Він послідовно обстоював соціалістичну концепцію прав особи, підкреслював, що ця проблема передусім є соціальною, а її розв'язання залежить від рівня економічного і політичного розвитку суспільства. У фокусі наукових інтересів вченого – й осмислення природи юридичних (суб'єктивних) прав особи. У 1964 р. П. Недбайло виступив проти трактування прав людини як явища лише державного. Він говорить про соціально-політичні права людини у суспільстві – права і свободи, що притаманні кожній особистості. Людина, існуючи у суспільстві, має певні невід'ємні й невідчужувані права і свободи, котрі уособлюють її соціальну сутність, характеризують її як істоту суспільну. Водночас юридичного значення вони набувають лише тоді, коли визнані й закріплені законом. Інакше кажучи, морально-політичні права і свободи стають формально-юридичними завдяки державі, що, однак, не означає, нібито держава є їхнім джерелом.

Власне, позиції розрізнення прав людини і прав громадянина займають нині ті автори, котрі розкривають зміст юридичних (суб'єктивних) прав людини через соціально зумовлені можливості отримання відповідних соціальних благ. Ці можливості (як вимоги особи) існують ще до закріплення їх у законі. Такий підхід дає змогу визначати права людини не тільки як юридичну, але передусім як загальносоціальну категорію. Питання щодо прав людини у трактуванні П. Недбайла і низки інших авторів – це питання про матеріальну зумовленість юридичних прав, їх соціального змісту. Права людини безперервно розвиваються, визначаються системою пануючих суспільних відносин. Отож головне завдання – створення таких суспільних відносин, які відповідають людській сутності, завданням всебічного й вільного розвитку кожної людини.

Можна сказати, що П. Недбайло був біля витоків української наукової школи загальної теорії прав людини і громадянина – школи, яка була представлена й з часом розвинута, зокрема, у працях М. Вітрука, В. Копейчикова, М. Орзіха, а згодом – у дослідженнях очолюваної П. Рабіновичем Львівської лабораторії прав людини Академії правових наук України.

У 60-ті роки ХХ ст. починають широко ставитись питання правового виховання, правової культури, правової пропаганди. Як вчений і громадянин, П. Недбайло не міг залишатись осторонь від рішення цих актуальних у науковому і практично-прикладному відношеннях питань. Зокрема, він закладав основи вітчизняної теорії правового виховання і правової пропаганди. Водночас у ролі ректора народного університету правових знань при Київському міськвиконкомі він перевіряв цю теорію на практиці.

Жваво, оперативно відгукуючись на актуальні запити юридичної науки і практики, П. Недбайло завжди вмів сказати щось нове, актуальне.

Безперечно, як людина свого часу, П. Недбайло використовував панівні у радянський період ідеологічні кліше та формулювання, які він щиро поділяв і підтримував. Проте якщо нині відволіктись від цих “партійних” нашарувань, то у багатьох його працях можна й на сьогодні побачити такі положення, які є актуальними для подальшого розвитку науки та вдосконалення юридичної практики.

Важливою сферою діяльності П. Недбайла була участь у роботі міжнародних організацій, конференцій, нарад, суспільно-політичних конгресів. З кінця 50-х років протягом 12 років він представляв Українську РСР у Комісії ООН з прав людини, а у 1967 р. був обраний її головою. Вчений брав участь у роботі чотирьох сесій Генеральної Асамблеї ООН (з 1959 р.) У 1968 р. П. Недбайла було нагороджено спеціальною золотою медаллю й удостоєно звання Лауреата премії ООН “За видатні досягнення в сфері захисту прав людини”. Він був у складі делегації УРСР на III конгресі Міжнародної асоціації юристів-демократів у Празі (1948 р.), на I Всесвітньому конгресі прихильників миру у Парижі (1948 р.). Як дослідник, вчений П. Недбайло використовував досвід своєї громадсько-політичної діяльності для розробки проблем, міжнародного захисту прав людини, кодифікації принципів міжнародного права, міжнародної правосуб'єктності радянських союзних республік. Зокрема, вчений дійшов висновку про розрізнення двох видів міжнародної діяльності держав стосовно прав людини: міжнародного захисту прав людини у випадках масових та брутальних їх порушень й міжнародного співробітництва держав із забезпечення й охорони прав людини, визнаних міжнародною спільнотою. Це положення згодом було обґрунтоване у радянській науці міжнародного права, закріплено й розвинуто у міжнародно-правових документах (наприклад, у Гельсінкському Заключному акті Наради з безпеки й співробітництва у Європі).

П. Недбайло дотримувався широких поглядів та інтересів. Його завжди приваблювала історія держави і права, багато його ідей та підходів змушували фахівців-істориків серйозно замислюватись над усталеними, традиційними схемами. У полі зору вченого були також проблеми державного права.

Як вчений П. Недбайло вмів дивитись вперед, підтримував усе нове й прогресивне. Зокрема, він багато зробив для запровадження й викладання навчального курсу з основ правової кібернетики (що вперше у нашій країні було втілено у 1968 р. у Київському університеті) – причому, такого курсу, який мав би серйозне теоретичне та методологічне забезпечення й не був суто прикладним.

Усе життя П. Недбайло займався викладацькою діяльністю, вихованням наукових кадрів. І в цьому яскраво виявилась його творча індивідуальність, методична майстерність, тактовність та

доступність. Самим ставленням до науки, стилем викладання, способом життя він формував у студентів глибоку, можна сказати, святу повагу до права, до юридичної професії, прищеплював смак до досліджень, вчив аналітичній праці. Його лекції, позбавлені зовнішніх ефектів, приваблювали фундаментальністю аргументації, поглибленим розкриттям внутрішньої логіки, закономірностей становлення та розвитку державно-правових явищ, виховували високу культуру юридичного мислення. Й не випадково чимало студентів Львівського та Київського університетів, що навчались у П. Недбайла, згодом присвятили себе саме тій науці, яку він їм викладав; багато з них з часом стали докторами юридичних наук – теоретиками держави і права (М. Козюбра, В. Кравченко, О. Лукашова, В. Патюлін, А. Піголкін, В. Сокурєнко, О. Сурілов та й автори цієї статті). Близько 20 аспірантів під керівництвом П.С. Недбайла підготували кандидатські дисертації.

Свої наукові здобутки у галузі загальної теорії держави і права П. Недбайло прагнув запроваджувати у процесі викладання, врахувати у працях, що видавали під його керівництвом і з його участю, навчальних посібників та методологічних розробках. На особливу увагу заслуговує його книга “Основи теорії держави і права” (Київ, 1959), видана з грифом “Посібник для вчителів середніх шкіл УРСР і для самоосвіти”. У ній було стисло та доступно викладено основні поняття і проблеми загальнотеоретичного праводержавознавства, вона стимулювала перші спроби введення правового навчання у загальноосвітніх школах, стала вона добрим “помічником” і для багатьох студентів юридичних вузів України.

Значну увагу П. Недбайло приділяв науково-організаційній роботі. Він був одним із засновників і головним редактором республіканського міжвідомчого наукового збірника “Проблеми правознавства” (видавався у Києві з 1965 року). Збірник був, так би мовити, улюбленою “дитиною” П. Недбайла. Спеціально для першого номера цього збірника він підготував статтю про стан розвитку юридичної науки в Україні, яка стала результатом тривалої роботи вченого. На сторінках збірника вперше були опубліковані статті багатьох молодих вчених-початківців. П. Недбайло доклав багато зусиль, аби збірник мав широку читачку аудиторію. П. Недбайло був також членом редколегій журналів “Правоведение” і “Радянське право”. Читачі “Правоведения” добре запам’ятали його підсумкову статтю за матеріалами дискусії про об’єктивне та суб’єктивне у праві, що її проводив цей журнал на початку 70-х років.

Протягом багатьох років П. Недбайло входив до складу науково-методичної комісії з правознавства Мінвузу СРСР, очолював юридичну секцію Науково-технічної ради Мінвузу УРСР, був членом Наукових рад АН СРСР “Закономірності розвитку держави, управління й права”, а також з проблем зарубіжних ідеологічних течій.

Особливо слід відзначити активну роль П. Недбайла у створенні першого у радянській юридичній науці чотирьохтомного курсу з загальної теорії держави і права (у 1-му томі йому належить глава “Предмет загальної теорії держави і права”, а у 4-му – глави “Соціалістичне право й інші соціальні норми” та “Норми соціалістичного права”). Він входив до складу редакційної ради цього видання.

П. Недбайло був вельми відомим за кордоном, гідно представляв вітчизняну науку на міжнародних форумах. Його лекції й доповіді з цікавістю слухали на європейських нарадах та семінарах у Варшаві, Празі, Кракові, Будапешті, Стокгольмі, в університетах: Карловому (Чехія), Люблінському, Варшавському (Польща), ім. Гумбольдта (Німеччина), Єльському (США). Низка праць П. Недбайла (їх загальна кількість перевищує 150), у тому числі монографія “Введение в общую теорию государства и права”, була опублікована в інших країнах. Лодський університет (Польща) обрав його своїм доктором *honoris causa*.

Присудження Петру Омеляновичу Недбайло почесного звання “Заслужений діяч науки і техніки Української РСР” (1967 р.) й обрання його членом-кореспондентом Академії наук УРСР (1969 р.) із задоволенням було сприйнято українською громадськістю як закономірне визнання внеску вченого у розвиток юридичної науки.

Неквапливий та небагатомовний, професор П. Недбайло користувався беззаперечним авторитетом у всіх науково-педагогічних колективах країни. Для нього існував лише один критерій при оцінці заслуг і переваг вченого – його робота, служіння науці, улюбленій справі. Кожен, хто звертався до нього, зустрічав увагу і справжню зацікавленість. П. Недбайло шанував традиції, поважав вчених старшого покоління; треба було бачити радість Петра Омеляновича, коли у “Проблемах правознавства” було опубліковано, через багато років після смерті автора, невеликий, на декілька сторінок, рукопис професора С. Кечекяна.

Безмежно відданий юридичній науці, він присвятив усі сили, весь свій час вирішенню актуальних наукових проблем підвищення ролі права і законності в удосконаленні суспільства, відстоюванню прогресивних правових ідеалів, напрочуд працелюбний, принциповий та вимогливий до себе й до своїх співробітників, демократичний і справедливий, доброзичливий і тактовний – таким пам’ятають Петра Омеляновича всі ті, кому пощастило вчитись чи працювати з ним, всі його колишні учні й колеги.

СЕКЦІЯ ТЕОРЕТИКО- ТА ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ НАУК

ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА У ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ

М. Баймуратов

*Маріупольський державний гуманітарний університет
(Маріуполь, Україна)*

Зростання ролі міжнародних договорів для правової системи України проявляється в процесі їх закріплення у її національному законодавстві та обґрунтовується цілим рядом факторів, що мають об'єктивну і суб'єктивну властивість. По-перше, об'єктивними процесами посилення ролі міжнародного права і його впливом на внутрішній правопорядок держав-членів міжнародного співтовариства. По-друге, посиленням почуття єдності і спільності народів і держав перед погрозами людської цивілізації – глобальними проблемами її існування і виживання, а також новими погрозами, що зазіхають на самі основи вже існуючого світового устрою. По-третє, активізацією системної інтеграційної складової регіонального і міжнародного співробітництва, у якій різним аспектам міждержавного співробітництва відведена істотна роль.

Нарешті, крім об'єктивних факторів, слід зазначити і ряд суб'єктивних, котрі апріорі впливають на позитивне відношення держав до міжнародно-правових стандартів локальної демократії. Серед них, насамперед, слід зазначити готовність держав-членів міжнародних універсальних і регіональних міждержавних організацій до сприйняття норм міжнародних договорів у якості міжнародних зобов'язань і відтворення їх за допомогою механізму імплементації в національному конституційному і поточному законодавстві. Важливу роль у зазначених процесах грають і відповідні внутрішньодержавні суб'єкти права, що своєю активною і результативною діяльністю спонукають держави до активізації міжнародного співробітництва в різних сферах співробітництва, наприклад, в сфері розвитку локальної демократії, що обумовлює позитивний підхід держав, до становлення і розширення загальної і власної компетенції органів місцевого самоврядування на рівні національного законодавства.

В сучасному міжнародному співтоваристві держав, що являє собою системне співтовариство основних суб'єктів міжнародного права, пов'язаних і взаємозалежних величезною кількістю міжнародно-правових зобов'язань, національне законодавство, що створює, наприклад, систему і структуру місцевого самоврядування, його суб'єктів і його органів, що знаходяться на території окремої і конкретної держави, за своїм обсягом правового регулювання не є оптимальним, остаточним і самодостатнім. Перелік нормативно-правових актів, що утворюють національне законодавство підлягає розширювальному тлумаченню, оскільки в нього входить ще одне, якісно нове джерело конституційного права – міжнародні договори України.

Особливість цього джерела відбивається в особливому міжнародно-правовому і конституційно-правовому механізмі, закладеному в ст. 9 Конституції України 1996 р. Відповідно до неї «Чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України». Становить практичний інтерес тлумачення цього механізму, дане М.О. Баймуратовим, який вважає, що дача такої згоди, процесуально реалізується парламентом України у формі ратифікації міжнародного договору і видання відповідного закону України, при цьому міжнародний договір України стає частиною її національного законодавства, здобуваючи форму і юридичну силу чинного закону.

У зазначеному процесі важливу роль відіграє імплементація норм міжнародного права в норми національного законодавства. Адже для того щоб бути застосовними, норми міжнародного права мають потребу в конкретизації з боку національного правопорядку. Тому держави повинні вжити заходів по їх імплементації, тобто особливі міри правового або практичного характеру для конкретизації на національному рівні принципів і норм відповідних міжнародних угод. Звідси,

імплементацию норм міжнародного права необхідно і доцільно розглядати в якості самостійної цілеспрямованої системної діяльності, що приводить у дію всю систему норм міжнародного права. При цьому забезпечується міжнародно-правове регулювання відносин за дотриманням зобов'язань держав за міжнародним договором як досягнення кінцевого результату.

Методологічною й одночасно нормативною основою механізму імплементатії виступає комплекс міжнародних норм, розроблений міжнародним співтовариством з метою регламентації і регулювання права міжнародних договорів. Відповідно до Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., кожен діючий договір є обов'язковим для його учасників і повинен сумлінно виконуватися (ст. 26); учасник не може посилатися на положення внутрішнього права, як на виправдання невиконання ним договору (ст. 27); разом з текстом міжнародного договору може враховуватися практика його застосування і тлумачення, за згодою сторін (ст. 31 п. 3).

Досліджуваний процес в офіційних документах ООН був позначений англійським терміном «implementation» (імплементатія), буквально означаючий «здійснення». На думку І.І. Лукашука, сутність механізму імплементатії норм міжнародного права виявляється, насамперед, у змісті діяльності вхідних у нього структурних елементів. У концентрованому виді ця діяльність може бути охарактеризована як: а) правотворча (у сфері правозастосування); б) організаційна й оперативно-виконавча; в) контрольна.

Суверенна рівність держав, їхня незалежність у здійсненні внутрішньої і зовнішньої політики обумовили ту обставину, що вони, будучи творцями міжнародно-правових норм, виступають у той же час основними суб'єктами їхньої імплементатії.

В основі об'єктивної необхідності створення механізму імплементатії лежить посилка про те, що норми міжнародного права не мають безпосередньої дії в національних правових системах держав-учасників міжнародного спілкування, так само, як і норми внутрішньодержавного права не застосовуються в міжнародно-правовій сфері. З цього приводу В.М. Корецький писав, що "міжнародне і внутрішнє право (кожне з них) має свої особливі задачі, свої різні області застосування. Границю між ними досить легко окреслити, якщо виходити з принципів суверенітету і незалежності держав".

Варто враховувати, що практичну діяльність державних органів по реалізації зобов'язань, що впливають з міжнародного права, здійснює сама держава з використанням відповідного правового механізму, що, однак, формується з урахуванням приписів міжнародного права. Як відзначає О.С. Гавердовський, зміст і форми окремих елементів цього механізму, залежать як від змісту реалізованих міжнародно-правових норм, так і від потреб процесу імплементатії.

Звідси досить високим практичним потенціалом володіє висновок про те, що переважна більшість міжнародно-правових норм, що містяться в міжнародно-правових договорах, реалізується через національний механізм імплементатії. Звідси, успішне вирішення задачі підвищення ефективності впливу міжнародно-правових норм на регулюванні ними міжнародні відносини, знаходиться в прямій залежності від характеру заходів, що здійснюються державами на національному і міжнародному рівнях для реалізації взаємно погоджених правових розпоряджень.

Систематичний аналіз положень ст. 9 Конституції України, що легалізує і «запускає» механізм національної імплементатії, володіє важливими методологічними особливостями. По-перше, включення в Конституцію України положення про дію міжнародних договорів, як частини національного законодавства, сприяє зміцненню суверенних прав України і підвищує її авторитет у світі, як держави, що стала на демократичний шлях розвитку і в зовнішній сфері своєї діяльності. Разом з тим, слід зазначити, що конституції ряду держав взагалі обходять питання про включення міжнародно-правових норм у національне законодавство (Беларусь, Молдова, Польща, Словаччина, Словенія, Чехія, Швеція, Узбекистан, Японія), що не заважає займати їм гідне місце в ряді демократичних держав. В Україні ж це питання здобуває достатню гостроту, бо міжнародні договори можуть стати частиною національного законодавства тільки при дотриманні певної умови, а саме, тільки ті, згода на обов'язковість яких дано Верховною Радою України.

По-друге, законодавчі акти України, що регламентують порядок розробки, підписання і дії міжнародних договорів України, не містять поняття і тлумачення конституційного термінологічного формулювання "згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України". Для визначення

значеннєвого навантаження цього формулювання варто використовувати аналогію закону: а) положення Закону України від 10 грудня 1991 р. "Про дію міжнародних договорів на території України", відповідно до якого, тільки укладені і належним чином ратифіковані Україною міжнародні договори, складають невід'ємну частину її національного законодавства і застосовуються в порядку, передбаченому для норм національного законодавства; б) ст. 7 Закону України від 22 грудня 1993 р. "Про міжнародні договори України", яка передбачала, що Верховна Рада України здійснює ратифікацію міжнародних договорів шляхом прийняття спеціального закону про ратифікацію; в) ст. 19 Закону України від 29 червня 2004 р. "Про міжнародні договори України", з прийняттям якого було припинено дію двох вказаних вище законів, містить в собі більш глибокий рівень тлумачення ч. 1 ст. 9 Конституції України та передбачає, що діючі міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і використовуються в порядку, що передбачений для національного законодавства.

Звідси, можна прийти до певних висновків: а) під конституційним формулюванням "згода на обов'язковість яких дана Верховною Радою України" розуміється саме ратифікація міжнародного договору; б) при її здійсненні передбачене видання національного нормативного акта у виді спеціального закону про ратифікацію, що свідчить про опосередковану трансформацію міжнародних норм у національне законодавство України; в) можна говорити про те, що тільки ті міжнародні договори України, що належним чином будуть ратифіковані, є джерелами її національного і, отже, конституційного права.

ЗНАЧЕНИЕ ТОЛКОВАНИЯ НОРМ ПРАВА ДЛЯ ПРОЦЕССА СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ СИСТЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Е. Белякова

*Витебский государственный университет имени П.М. Машерова
(Витебск, Беларусь)*

В процессе совершенствования системы законодательства одним из важнейших условий является толкование как действующих норм права, так и проектов нормативных правовых актов. Теория права определяет толкование как

- 1) деятельность органов государства, должностных лиц, общественных организаций, отдельных граждан, направленную на установление содержания воли социальных сил, стоящих у власти;
- 2) совершение определенным субъектом совокупности действий в строгом их наборе, последовательности и системе, соответствующим образом оформленных и доведенных до адресатов правовых предписаний;
- 3) интеллектуально-волевая деятельность по установлению подлинного содержания правовых актов в целях их реализации и совершенствования и др.

Толкование как процесс представляет собой специфическую деятельность различных субъектов, в процессе которой:

- устанавливается смысл нормы, ее буквальное содержание;
- выясняется действительная воля нормотворческого органа, принявшего (издавшего) нормативный правовой акт;
- определяются назначение и цель нормы, ее социально-политическое и иное содержание;
- осуществляется сопоставление нормы с иными действующими правовыми нормами на предмет их соответствия друг другу;
- выясняется соотношение истинного содержания нормы с ее текстуальным выражением и т.д.

Толкование права играет значительную роль для инструментальной теории права, уделяющей особое внимание интересам, выраженным в правовых нормах; направленности и целям права; конкретно-историческим условиям принятия нормативных правовых актов; результатам действия правовых предписаний на практике (их эффективности), а также средствам (инструментам) совершенствования законодательства. Совершенствование действующего законодательства в настоящее время предполагает уменьшение объема нормативного массива, установление более четкой иерархии нормативных правовых актов, приведение их в единую согласованную систему, применение инструментов систематизации для наиболее полного достижения названных целей. К тому же система нормативных правовых актов должна соответствовать новым условиям и потребностям общественного развития, отвечать требованиям стабильности и в то же время динамичности.

С данных позиций толкование представляет собой важнейшую ступень процесса совершенствования действующего законодательства. Целью толкования является правильное, точное и единообразное понимание и применение закона, так как толкование лишь объясняет то, что сказано в норме, не изменяя ее. Одна в процессе толкования возможно выявление возможных недочетов, недоработок, ошибок и т.д. в нормах, что вполне закономерно приведет в конечном итоге к изменению, дополнению или отмене действующих норм в ходе соответствующей процедуры. Особую значимость в связи с этим приобретает также рассмотрение толкования с точки зрения его способов и субъектов, осуществляющих различные его виды. Таким образом, толкование права представляет собой процесс, результаты которого крайне важны не только для правоприменительной деятельности. Как справедливо отмечает Головистикова А.Н., в системе законодательства большинство издаваемых норм в той или иной мере связано с правовыми предписаниями, содержащимися в действующих нормативных правовых актах, поэтому разработка новых юридических предписаний, систематизация законодательства, создание свода законов, собраний и справочников по законодательству, учет нормативных правовых актов невозможны без толкования.

В ходе оценки системы законодательства на предмет ее согласованности, соответствия сложившимся и развивающимся в данном конкретном обществе отношениям, согласованности и непротиворечивости составляющих ее элементов, четкости и ясности нормативных предписаний осуществляются все виды толкования права по его способам (приемам): текстовое, систематическое, историко-политическое, телеологическое. Текстовое толкование предполагает использование грамматического и логического приемов. Правовая норма несет в себе информацию о правомерном поведении субъектов, и от того, как эта информация будет изложена, зависит в конечном итоге ее действие на практике. Смысл нормативного правового акта должен быть изложен грамматически правильно, логически связно, четко, ясно и доступно для того, чтобы назначение и цели норм были понятны и не допускали двойственной интерпретации, а также чтобы сделать максимально эффективным процесс реализации правовых предписаний всеми субъектами права.

С точки зрения инструментального подхода к праву систематическое толкование является необходимой составляющей процесса совершенствования нормативного массива. В данном случае особое внимание уделяется соотношению правовых норм в рамках данной системы права, иерархии нормативных правовых актов (от которой зависит, какая же норма будет реализована в первую очередь). Данный способ толкования позволяет выявить противоречия норм актов меньшей юридической силы нормам актов большей юридической силы, дублирование норм права в различных актах законодательства, нарушение нормотворческим органом (должностным лицом) своей компетенции.

Историко-политическое толкование предполагает оценку нормативного правового акта на предмет его соответствия его современному состоянию регулируемых им общественных отношений. Содержание права может быть правильно понято и оценено только в рамках порождающих его реально существующих общественных отношений. Необходима оценка политических и социально-экономических условий, в которых конкретный нормативный правовой акт принимается и реализуется. Это позволяет выделить из системы законодательства акты, которые устарели полностью или частично, а систематическое толкование – проследить его связи с другими актами для выявления в них норм, не соответствующих реалиям времени, и, как результат, своевременно принять соответствующие меры по совершенствованию системы законодательства. Телеологическое толкование направлено на выяснение конкретных целей, которые преследовал нормотворческий орган (должностное лицо) в ходе принятия (издания) акта. С учетом названных или подразумевающихся целей и производится дальнейшее толкование и реализация соответствующих норм.

Особенностью толкования является широкий круг его субъектов, к которым относятся нормотворческие органы и уполномоченные должностные лица, юридические лица, общественные объединения, а также граждане при осуществлении ими соответствующих юридически значимых действий. Значимость вида толкования для процесса совершенствования законодательства напрямую зависит от статуса субъекта правоинтерпретационной деятельности. Например, в результате аутентического толкования нормотворческого органа, в текст акта включаются дефинитивные нормы или издается специальный акт толкования, что делает это толкование обязательным для иных субъектов права. Как официальное, так и неофициальное толкование имеет большое значение и для осуществления нормотворческого процесса в Республике Беларусь, где при разработке государственных программ и планов подготовки проектов нормативных правовых актов учитываются предложения субъектов права законодательной инициативы, иных заинтересованных органов, научных организаций, а также предложения граждан и общественных объединений (ст. 41 Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» от 10 января 2001 г.

Толкование права, таким образом, представляет собой один из важнейших инструментов, позволяющих обеспечить не только четкое, полное, единообразное понимание и применение нормативных правовых актов, то есть достижение целей и задач правового регулирования, но и совершенствовать законодательство. В процессе толкования производится оценка как действующих правовых предписаний, так и проектов нормативных правовых актов. Это позволяет выявить несовершенство существующей системы законодательства, четко определить, какие недостатки требуют исправления, а также оптимизировать нормотворческий процесс, избегать ошибок в ходе нормотворческой деятельности, и как результат, добиваться повышения эффективности действия правовых предписаний.

ТЛУМАЧЕННЯ ПРАВОВИХ НОРМ: ПОНЯТТЯ, СПОСОБИ, ВИДИ

П. Біленчук*, В. Телішко**

**Київський національний університет внутрішніх справ
(Київ, Україна)*

***Українська молодіжна фундація політико-правових досліджень
(Миколаїв, Україна)*

Проблемам тлумачення норм права приділяв значну увагу видатний вітчизняний правознавець П.О. Недбайло. Це обумовлено тим, що тлумачення правових норм тісно пов'язано з інтересами держави і суспільства, обумовлена тим фактом, що ці інтереси дуже часто перехреснюються із завданнями правозастосування в цілому і тлумачення правових норм зокрема. Сьогодні це юридичне явище є важливим інструментом виявлення змісту права.

Необхідність тлумачення правових норм на практиці обумовлена наступними причинами:

- невідповідність юридичних норм фактичним обставинам життя або високий рівень абстракції юридичної норми. Наприклад, можливе виникнення таких відносин, які не існували або не були помітними на момент видання певної правової норми, але при появі необхідності у правовому регулюванні вони підпадають під дію такої норми. У таких випадках в актах тлумачення норм права дія останніх поширюється на певні юридичні дії або значення цих норм конкретизується щодо застосування до певних дій в майбутньому;
- юридичні норми нерідко містять спеціальні правові поняття, категоріальні визначення, які мають багатозначний або спеціально-юридичний характер, що обумовлює закономірну потребу в додатковому їх поясненні (наприклад, “джерело підвищеної небезпеки”, “юридична особа” і та ін.);
- в нормах права нерідко використовуються оціночні поняття, що виражають лише соціальне значення тих чи інших явищ правової дійсності. Тому при застосуванні норми права необхідне з'ясування змісту таких понять (наприклад, “тяжкі наслідки”, “особливо злісне хуліганство”, “істотна шкода” тощо);
- необхідність тлумачення норм права іноді обумовлюється самим змістом правової норми. Так, в нормі права можуть використовуватися граматичні сполучення типу “і та ін.”, “інші”, “тощо”. Встановлення їхнього змісту та значення можливе лише за допомогою правового тлумачення.

Тлумачення має особливе значення для правоохоронних органів, оскільки застосування права для них є одним з основних їх обов'язків, тією формою, у якій втілюється їх діяльність. Проте тлумачення є необхідним і для громадян, адже, як відомо, незнання закону (власне, як і нерозуміння його) не звільняє від відповідальності за його порушення, хай і незумисне.

Мета тлумачення – вірно і точно розуміння та застосування закону, виявлення його істинної сутності. Воно покликане протидіяти будь-яким спробам відхилитися від змісту правових норм, протиставити букву і дух закону¹, спотворити зміст сформульованої законодавцем волі. Основна засаднича ідея, яку на практиці має втілювати правове тлумачення, є охорона і зміцнення режиму законності. Воно, звичайно, не повинно підміняти собою правотворчість² і формулювати нові юридичні норми, хай навіть в процесі тлумачення і буде виявлено серйозні суперечності, вагомі розбіжності, суттєві прогалини в законодавстві. В результаті тлумачення не створюється норма права, а лише виявляється, встановлюється виражена в законі державна воля. І якщо в ході цього впливає

© Біленчук П., Телішко В., 2008

¹ Відомий польський громадсько-політичний діяч Станіслав Єжи Лец влучно підмічав: “Букву закону слід було б включити до алфавіту”.

² Ще Френсіс Бекон казав: “Суддя має тлумачити закон, а не дарувати його”.

недолік такої волі, все, чим має обмежитися правове тлумачення, – це вказати на такий недолік, а також можливі шляхи його усунення, законодавцеві, позаяк саме він покликаний виражати державну волю, а отже, і волю усього суспільства.

Отже, тлумачення норм права – це інтелектуально-вольова діяльність суб'єктів права відносно оцінки і роз'яснення правових норм з метою їх реалізації із додержанням всіх канонів закону, яка знаходить свій прояв у формі спеціального акта реалізації матеріальних правових норм, що видається уповноваженими органами влади¹ з метою забезпечення законності та правопорядку.

Тлумачення норм права являє собою складне, комплексне і багатопланове явище. Воно сприймається в юриспруденції як певний пізнавальний процес. Поняття тлумачення права охоплює єдність двох процесів: з'ясування і роз'яснення змісту правової норми. З'ясування, або усвідомлення – це внутрішній інтелектуальний процес суб'єкта тлумачення зі встановлення змісту правової норми, що не виходить за рамки його свідомості, тобто з'ясування змісту норми “для самого себе”. Це необхідний підготовчий етап, передумова для правильного розв'язання певної юридичної ситуації, для правильного роз'яснення норм права, що є наступним етапом процесу тлумачення права.

Тлумачення норм права здійснюється за допомогою низки способів. Способи тлумачення норм права – це сукупність юридичних прийомів аналізу правових норм та розкриття їх змісту з метою практичної реалізації суб'єктами права.

Виділяють такі способи тлумачення правових норм:

- філологічне (граматичне, лінгвістичне), яке полягає у з'ясуванні змісту правової норми через граматичний аналіз її словесного формулювання на підставі лексичних, морфологічних та синтаксичних норм мовознавства;
- системне, що полягає у з'ясуванні змісту правової норми через встановлення її системних зв'язків з іншими правовими нормами, їх зіставлення, визначення місця, що його посідає правова норма в нормативному акті, норми якого тлумачаться, у відповідному інституті та галузі права, в системі права і правовій системі в цілому;
- історико-політичне, що полягає у з'ясуванні сутності правової норми на підставі дослідження процесу її прийняття за конкретних історичних умов з урахуванням соціально-економічних і політичних факторів, які обумовили появу акта, що містить цю правову норму;
- телеологічне (цільове), яке полягає в аналізі сутності правової норми через з'ясування мети і завдання, що покликали її до життя;
- логічне, що полягає у з'ясуванні змісту правової норми через безпосереднє використання законів і правил формальної логіки, що забезпечує аналіз не стільки словесного формулювання правової норми, скільки понять, сформульованих мовними і граматичними засобами;
- спеціально-юридичне, що полягає у структурно-функціональному аналізі правової норми, що ґрунтується на досягненнях сучасних юридичних наук і полягає у вивченні норм-дефініцій, дослідженні їх конструкцій, розумінні і співвіднесенні позицій юридичної науки, техніки і практики щодо змісту цих норм.

Існує декілька класифікацій видів правового тлумачення. Вирішальним аспектом у їх визначенні є суб'єкт – особа або орган, що дає це тлумачення. Тлумачити норми права можуть всі суб'єкти права: органи законодавчої і виконавчої влади, судові органи і органи прокуратури, юридичні і фізичні особи. Однак, значення такого тлумачення, його юридична обов'язковість і компетентність неоднакові. Залежно від суб'єктів тлумачення норм права має різні юридичні наслідки. Таким чином, за суб'єктами та юридичними наслідками розрізняють офіційне та неофіційне тлумачення.

Офіційне тлумачення – це вид тлумачення норм права, який полягає у роз'ясненні змісту і мети правових норм, що сформульовано в спеціальному акті уповноваженим органом у межах його компетенції і має юридично обов'язкову силу для всіх, хто застосовує норми, що роз'яснюються.

¹ В більшості країн офіційним тлумаченням норм права займаються спеціальні судові установи особливої юрисдикції. Так, в Україні тлумачення нормативно-правових актів здійснює Конституційний Суд. А, наприклад, в Греції і Швеції тлумачення законів здійснюють не суди, а парламент.

Офіційне тлумачення включає:

1. Нормативне (загальне) тлумачення, що є офіційним роз'ясненням змісту і мети правової норми, яке поширюється на широке коло суспільних відносин – необмежену кількість юридичних ситуацій, передбачених нормою, що тлумачиться. Нормативне (загальне) тлумачення може бути:

а) автентичним – дається тим органом, що встановив норму, тобто автором норми. Воно є найбільш компетентним і авторитетним, оскільки орган, який створив правову норму, може найточніше розкрити її зміст;

б) легальним (делегованим) – дається органом, який норму не встановлював, але уповноважений законом або нормативним приписом іншого органу тлумачити її;

в) відомчим – здійснюється керівництвом центральної установи того чи іншого відомства у разі дачі ним офіційної відповіді на запити підвідомчих організацій і установ з приводу трактування й застосування окремих повноважень і урядових нормативних актів. Його сила обмежується сферою діяльності відомства, яким це тлумачення здійснюється.

2. Казуальне (індивідуальне) тлумачення, що є офіційним роз'ясненням змісту і мети правової норми, яке стосується конкретного, одиничного прояву упорядкованих правовою нормою суспільних відносин, конкретного "казусу", що визначається обставинами юридичної ситуації, а отже, є обов'язковим лише для випадку і осіб, щодо яких це тлумачення здійснюється. Воно не має загального значення, не поширюється на інші прояви врегульовуваних правовою нормою, що тлумачиться, суспільних відносин і на інших їх учасників. Казуальне тлумачення зводиться лише до тлумачення правової норми з урахуванням її застосування в конкретному випадку, оскільки має місце там, де в процесі правозастосування найпершим завданням є роз'яснення правової норми для правильного вирішення справи. Казуальне (індивідуальне) тлумачення може бути:

а) судовим – здійснюється судовими органами в процесі розгляду конкретних справ і знаходить свій прояв у вироках або рішеннях у цих справах;

б) адміністративним – здійснюється центральними та місцевими органами виконавчої влади, містить вказівки відповідними органам щодо методів, засобів і шляхів вирішення певної справи.

У межах казуального тлумачення слід розрізняти:

- тлумачення правозастосовувача, відображене у правозастосовному акті, що підпадає під його юридичну силу та є обов'язковим для учасників тих конкретних суспільних відносин, з приводу яких виносяться правозастосовні рішення;
- тлумачення осіб, які є офіційними учасниками правозастосовного процесу. Вони фіксуються в матеріалах такого процесу, мають визначене юридичне значення, оскільки правопорушник зобов'язаний його сприйняти і в разі незгоди навести мотиви відхилення тлумачення вищому за ієрархією органу, який здійснює перевірку законності та правомірності правозастосовного акта з конкретної юридичної справи. Перебуваючи в межах компетенції цього органу, воно вважається обов'язковим для всіх учасників справи.

Неофіційне тлумачення – це вид тлумачення норм права, який полягає у роз'ясненні змісту і мети правових норм, що виходить від осіб чи установ, які не мають на те офіційних повноважень, а відтак, позбавлене юридичної сили і не тягне за собою жодних юридичних наслідків.

Неофіційне тлумачення включає:

1. Професійно-правове – ґрунтується на професійних знаннях у галузі права. Професійно-правове тлумачення може бути:

а) доктринальним – наукове роз'яснення правових актів, змісту і мети правової норми, що міститься у аналітичних матеріалах, наукових монографіях та науково-практичних коментарях. Коли йдеться про доктринальне тлумачення, основна увага приділяється проблемі наукового характеру і ступеня систематизації правової ідеології. Воно може бути:

- систематизованим – являє собою вищий ступінь наукової розробки питань права;
- несистематизованим – виражається у наукових гіпотезах, теоріях та концепціях, які потребують перевірки, додаткової аргументації, зрештою, зведення до системи, відсутність якої, насамперед, і свідчить про відсутність системного характеру аналітичних оцінок в процесі тлумачення правових норм;

б) компетентно-юридичним – дається юристами-практиками, для яких роз'яснення змісту правової норми є професійним обов'язком.

2. Компетентно-неправове – ґрунтується на знаннях у суміжних з юриспруденцією галузях науки і передбачає спеціальну неправову компетенцію суб'єктів тлумачення.

3. Буденне – дається всіма суб'єктами права на основі життєвого досвіду та фактів повсякденного життя відповідно до рівня їх правосвідомості, що сформувалася під дією повсякденного спілкування з правом. Буденне тлумачення є соціально-правовим явищем, яке виражає почуття, емоції та уявлення особи з приводу права, ставлення її до права в цілому і конкретного нормативно-правового акта зокрема. Таке тлумачення відіграє не останню роль в практиці дотримання прав і свобод людини і громадянина, а також в процесі виконання суб'єктом права своїх обов'язків перед іншою особою, державою або громадянським суспільством, і тим не менш є лише проявом правової культури людини як індивіда і як особистості, до того ж тяжіє до моралі, принципи якої не часто враховуються під час прийняття правозастосовних актів.

Класифікація видів правового тлумачення за суб'єктами та юридичними наслідками є основною, але не єдиною. За обсягом змісту тлумачення норм права розрізняють:

- адекватне (буквальне) тлумачення – роз'яснення норми права, при якому її зміст і письмовий виклад збігаються;
- обмежувальне (звужене) тлумачення – роз'яснення норми права, при якому її зміст вужчий за буквальне значення;
- поширювальне (розширене) тлумачення – роз'яснення норми права, при якому її зміст ширший за буквальне значення.

ПРАВОВІ КОЛІЗІЇ: ПІДХОДИ ДО КЛАСИФІКАЦІЇ

С. Бобровник

*Київський університет права Національної академії наук України
(Київ, Україна)*

Специфічним відображенням протиріч у сфері правового регулювання є колізії, що виявляються у проблемі вибору певної норми в процесі регламентованого впливу на суспільство.

Необхідно зазначити, що в юридичній науці не існує єдиного підходу до визначення юридичної колізії. Так, М.Н. Коркунов зауважив, що зіткнення можливі як між рівночасовими законами однієї держави, що змінюють один одного, так і між законами різних держав.

Енциклопедичний словник В.О. Брокгауза та І.О. Ефрона визначає колізію як зіткнення юридичних норм (законів чи статусів) у процесі розгляду судової справи в країнах, де діють, окрім загального права, місцеві закони.

Ю.О. Тихомиров визначає юридичні колізії як протиріччя між правовими нормами, актами та інститутами, діями задля їх зміни, порушенні та відторгненні.

С.С. Алексєєв зазначає, що між окремими нормативними актами можуть виникати протиріччя, зіткнення, які називаються колізіями.

Більш широко й, на наш погляд, правильно визначає колізію Н.О. Власенко. Він вважає, що юридична колізія є відношенням між нормами, що виникають з приводу регулювання однієї фактичної ситуації.

Не заперечуючи в цілому значення поданих вище визначень, ми хотіли б запропонувати власне розуміння колізій у праві. Юридична колізія – це обумовлений системою об'єктивних та суб'єктивних факторів різновид протиріч у сфері права, сутність якого полягає в наявності розбіжностей між приписами нормативно-правових актів чи актів тлумачення, спрямованими на регулювання однотипних суспільних відносин. Це визначення характеризує такі особливості юридичних колізій:

- зумовленість їх системою об'єктивних та суб'єктивних факторів;
- належність до правових протиріч;
- наявність розбіжностей між приписами нормативних актів;
- суперечливість норм, що регламентують однотипні суспільні відносини;
- наявність певних труднощів у процесі реалізації суб'єктами наданих прав та покладених на них обов'язків.

Багатоманітність та неоднорідність правових колізій зумовлює необхідність їх класифікації. Найбільш суттєвими критеріями класифікації колізій, на нашу думку, є такі критерії, що визначають їхні особливості.

1. *За характером причин, що їх породжують, колізії* поділяють на:

а) правові колізії, що виникають внаслідок розвитку самих суспільних відносин, таких, як рівень економічного розвитку, наявність демократичних інститутів, розвиненість інститутів громадянського суспільства;

б) правові колізії, що виникають внаслідок дії суб'єктивних факторів (можливість досягнення політичного та соціального компромісу, боротьба за владу, рівень правової культури населення, наукова обґрунтованість законодавчого процесу).

2. *За юридичною силою нормативних актів, що вміщують норми, які породжують колізії* (вертикальні колізії), колізії поділяють на:

а) колізії норм національного законодавства та норм міжнародного права;

б) колізії норм національного законодавства.

Необхідно зазначити, що колізії норм національного законодавства та норм міжнародного права породжуються нормою Конституції України, яка проголошує загальновизнані норми та принципи

міжнародного права й норми міжнародних договорів України складовою частиною національної правової системи. Більше того, Конституція України закріпила правило про застосування норм міжнародного права у випадку протиріччя між нормами закону України та нормою міжнародного договору, ратифікованого Україною.

На нашу думку, саме ця норма є джерелом колізій між загальновизнаними принципами й нормами міжнародного права, нормами міжнародних договорів України та нормами національного права, а також між нормами міжнародного права, з одного боку, та міжнародними договорами України – з іншого. Вважаємо також, що проголошення примату міжнародного права над національним суттєво зменшує потенціал України як повноправного суб'єкта міжнародних відносин та обмежує її державний суверенітет. Тому згадана вище норма Конституції потребує тлумачення, змістом якого має стати роз'яснення, яких саме з відомих у міжнародному праві принципів (принципи-ідеї, принципи загального характеру чи основні принципи) стосується ця норма.

Уточнення щодо основних норм міжнародного права, які є ядром міжнародного права і мають вищу юридичну силу та існують як загальновизнані та загальнообов'язкові, ліквідувало б суттєву причину правових колізій й, що сприяло б узгодженості національного законодавства України та міжнародних стандартів. Це стосується в першу чергу узгодженості положень Пакту про громадянські й політичні права та норм Конституції України, що визначають права людини й громадянина.

У науковій літературі, як правило, акцентується увага на пріоритеті норм міжнародного права щодо національного законодавства, при цьому національне законодавство трактується як сукупність законів, прийнятих представницьким органом влади. Однак як свідчить практика, нормам міжнародного права суперечать також акти Президента, Уряду, центральних органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування. З метою приведення системи чинного законодавства України у відповідність до основних норм міжнародного права, вважаємо за доцільне створення механізму контролю за національною системою законодавства, який може заснувати Верховна Рада України, наділивши Конституційний суд України відповідними повноваженнями

Колізії між нормами національного законодавства мають місце у процесі застосування норм, різноманітних за юридичною силою. Це найпоширеніша група колізій, що у свою чергу поділяються на такі різновиди колізій між правовими нормами:

- нормами Конституції та конституційних законів;
- нормами Конституції та звичайних законів;
- нормами конституційних та звичайних законів;
- нормами кодифікованих та не кодифікованих законів;
- нормами законодавства федеративної держави та суб'єктів федерації;
- нормами законодавства суб'єктів федеративної держави;
- нормами законів та підзаконних нормативних актів;
- нормами загальних, відомчих, місцевих та локальних підзаконних нормативних актів;
- нормами законів, підзаконних актів та актів органів місцевого самоврядування;
- колізії в системі норм, актів місцевого самоврядування.

Ці колізії свідчать, що сама система підготовки й прийняття нормативних правових актів органів державної влади та місцевого самоврядування потребує більш чіткого правового регулювання.

З нашої точки зору, вирішення проблем подолання колізій в системі законодавства держави можливе двома шляхами: по-перше, прийняттям закону про нормативно-правові акти, що мають відображати чітку ієрархічну систему нормативних актів органів влади та органів самоврядування з урахуванням їхньої специфіки, і, по-друге, прийняттям закону про загальні принципи організації місцевого самоврядування, що визначить не лише статус актів самоврядних структур, а і їхнього співвідношення з актами органів державної влади.

3. *Колізії норм, що мають рівну юридичну силу (горизонтальні колізії)*, що проявляються між правовими нормами, які містяться:

- а) в одній статті нормативно-правового акту;
- б) в різних статтях одного нормативно-правового акту,

в) в різних нормативно-правових актах.

Саме останній різновид колізій найчастіше трапляється на практиці. Прикладом є протиріччя між нормою КЗПП України, що встановлює мінімально допустимий вік прийому на роботу (не передбачаючи максимального віку трудової діяльності), та нормою Закону України "Про державну службу", яка обмежує право особи на державну службу за віком (16-60 років).

4. *Колізії між структурними елементами норм права.* Ці колізії існують у формі колізій між гіпотезами, диспозиціями й санкціями правової норми та підкреслюють складну структуру правового примусу. Таких колізій можна позбутися лише шляхом внесення зміни до статті нормативного правового акту.

5. *За їх субстанціональним характером* колізії виникають як наслідок протиріччя між нормами, що містяться в нормативно-правовому акті та акті їхнього тлумачення. Ця своєрідність проявляється у порушенні норм закону в процесі невинуватеного звужувального чи розширювального його тлумачення.

6. *За суб'єктами правового регулювання* розрізняють колізії юридичних статусів, компетенції державних органів, громадських організацій, посадових осіб. Ці колізії призводять до невинуватеного втручання суб'єктів, наділених владними повноваженнями, до компетенції інших органів; до реалізації суб'єктом своїх повноважень неповною мірою чи ігнорування повноважень інших структур, що у свою чергу сприяє амбіційності цих суб'єктів та їхнім претензіям на додаткові права, що веде до узурпації влади.

Ми розглянули найбільш поширені різновиди юридичних колізій. Вивчення та визначення шляхів їх подолання сприятиме створенню цілісної системи законодавства, що в свою чергу значно підвищить ефективність правового регулювання в цілому.

ІСТИНА ЯК «СВЯЩЕННА» СКЛАДОВА ПРАВОЗАСТОСОВЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Д. Бочаров

*Академія митної служби України
(Дніпропетровськ, Україна)*

Процесуальна форма застосування правових норм не лише багато в чому подібна до обрядових форм соціальної регуляції, але й сама значною мірою міфологізована й ритуалізована.

Так, О. Александров зазначає, що «театр правосуддя» безпосередньо виконує між іншими й міфотворчу функцію, що становить необхідну складову дії права. З іншого боку, міф є невід'ємним елементом юридичної науки, оскільки «жива» наука – тобто наука, яка твориться й використовується реальними людьми в реальному часі, – завжди супроводжується міфологією й живиться нею. Складно сказати, чи сама наука, чи практика її впровадження породжує міф, але «міфотворчу» функцію взаємодії науки з практикою не можна залишати поза увагою.

Певно, найкращим засвідченням слушності вищенаведених тверджень є наявний статус істини в правовій науці та практиці. Якщо трактувати міф у гадамерівському розумінні, тобто як спосіб інтерпретації, що не спирається на профанний досвід, то статус істини в юридичній науці та процесуальній діяльності вочевидь свідчить про її міфічний характер.

Істину проголошено метою й найвищою цінністю процесуальної діяльності, доведенню цієї тези присвячено численні наукові дослідження, розроблено систему керівних роз'яснень і практичних рекомендацій із забезпечення задекларованої мети. Таким чином істина посіла місце, яке в архаїчних системах правосуддя належало Богові. Адже, як зазначає В. Нікітаєв, участь Бога була необхідною, оскільки апелювання в перебігу судового процесу до того, чого не існує (було й минуло), не могло мати значення й сили без упевненості в існуванні остаточної всезнаючої інстанції. Тому подальше наукове заперечення існування Бога ставить юриспруденцію перед потребою запровадити принцип, еквівалентний принципу участі Бога, або радикальним чином змінити засади судочинства й доказування. Перший шлях необоротно приводить до проголошення принципу матеріальної (об'єктивної) істини¹, а згодом у свідомості юристів розуміння того, що застосування правових процедур не відтворює шуканої події, дивним чином поєднується з непохитною впевненістю у протилежному. В. Нікітаєв іменує статус істини в процесуальній науці та практиці заснованою на фікції догмою, проте з огляду на характер і функції цього концепту йому більше пасувало б ім'я «сучасного міфу».

Подібно до міфу, концепт істини виправдовує існування численних обтяжливих процедур, що їх призначення незрозуміле пересічним учасникам юридичної відправи; подібно до міфу, виводить за межі розуміння й спосіб досягнення мети судочинства, який у більшості випадків не ґрунтується на безпосередньому досвіді; зрештою, концепт істини легітимізує насильницьке за суттю судочинство в очах загалу, що донині з повагою ставиться до цінностей «правди-істини», незважаючи на постійну й незворотну їх девальвацію.

Істина – священна складова процесуальної діяльності. У цьому нескладно пересвідчитися, навіть поверхово ознайомившись із доробком процесуальної науки з відповідної проблематики: істині накидаються різного кшталту ірраціональні властивості, взаємовиключні характеристики, якості абсолюту тощо. Надзвичайна цінність істини стверджується процесуальною наукою й визнається практикою, раціональна віра в «істинність» результатів процесуальної діяльності, наскільки це взагалі можливо, підтримується численними на позір зрозумілими (для втаємничених) та езотерично-туманними (для профанів) обґрунтуваннями в наукових статтях і судових рішеннях. Поділ учасників процесу на «втаємничених» і «профанів» також свідчить на користь визнання священної природи істини: спроможність пересічних громадян забезпечити «встановлення істини» в перебігу судочинства найчастіше прямо чи завуальовано заперечується супротивниками суду присяжних.

¹ Існує й інший шлях, за яким відбувся розвиток так званої «англосаксонської» правової системи. Він полягає в радикальній зміні засад судочинства й доказування згідно з ігровим принципом, на засадах «чистої» змагальності.

Наведені характеристики істини відповідають усім критеріям священного: священне (сакральне, святе) можна визначити як щось таке, за чим визнається надзвичайна цінність, особливе значення; що править за об'єкт віри чи його атрибути; є протилежним профанному, мирському, звичайному тощо.

Таким чином, концепт істини перетворює судовий процес у цілому на ритуальну відправу й прояснює деякі, на перший погляд малозрозумілі, процедури й інститути. Адже саме ритуал «розігрує» тему «священного», експлікує його, вказує операційні правила його формування, віднаходження його ознак; у ритуалі, подібно до божества, «священне» відкриває себе учасникам обрядового дійства; у перебігу ритуалу складаються ті найбільш сприятливі умови, за яких можливе максимальне, повне виявлення «священного» та його різновидів. Так само й істина формується лише під час судового розгляду, в жодний інший спосіб істина встановлена бути не може. Священне (істина) відкриває себе учасникам обрядового дійства через «жертя» – суддю¹. Цей акт без перебільшення становить ієрофанію, тобто явлення священного в пересічному бутті. «Магічний» характер цього феномена між іншим підтверджується існуванням інституту нарадчої кімнати, практичний сенс якого деякими вченими, м'яко кажучи, ставиться під сумнів. Його існування набуває смислу й значення з огляду на потребу відмежування глибоко езотеричного за своєю суттю процесу формування істини від усього іншого. Перетворення численних завжди суперечливих і часто брехливих свідчень, плутаних висновків і сумнівних речових доказів на «єдино можливу», «непідробну» і «безумовну» істину потребує тайни, інакше-бо шукана істина не набуде необхідного ореолу «святості»: якимись особливими візуальними, звуковими та іншими ефектами ця метаморфоза не супроводжується й не засвідчується, а отже, єдиним гідним супутником дива перетворення може бути лише таємниця. У цьому суддя в нарадчій кімнаті подібний до правителів, які ховаються від інших на час споживання їжі й питва та карають (іноді дуже жорстоко) нещасливців, заскочених за спогляданням священної особи під час гамування нею голоду чи спраги. До речі, порушення таємниці нарадчої кімнати зазвичай також тягне негативні правові наслідки...

Концепт істини – не єдиний укорінений у процесуальній науці та практиці міф. Об'єктивні властивості доказів, незалежність внутрішнього переконання правозастосувача, реальність юридичних фактів... список того, що становить зміст процесуальної міфології, може бути продовжений. Так само й інститут нарадчої кімнати за одноосібного розгляду справи не вичерпує переліку зумовлених процесуальними міфами ритуалів. Зрештою, ритуали не є поодинокими вкрапленнями до процесуальної матерії, її ритуалізованість – тотальна (детальніше див.: Бочаров Д. Потойбіччя процесуального: гра, ритуал, міф: Матеріали для самостійної роботи. – Дніпропетровськ: АМСУ, 2007. – 50 с.).

Таким чином, вільно припустити, що процесуальне нерозривно пов'язане зі священним, актуалізує його в пересічному бутті. У ролі священного найчастіше виступає істина, але з не меншим успіхом цю роль можуть відіграти справедливість, влада чи порядок. Промовистим у цьому сенсі є той факт, що в країнах із правовими системами англо-американського типу, де ігровий принцип (принцип змагальності) домінує в юридичному процесі над пов'язаною зі священним складовою, поділ права на матеріальне й процесуальне зазвичай не здійснюється.

Сакралізація процесуального виміру невідворотно тягне й відповідні наслідки. Зокрема, створення своєрідної процесуальної міфології, що почасти роз'яснює, почасти виправдовує наявність окремих процесуальних інститутів і процедур, водночас легітимізує й існування процесуального як такого; поділ загалу на втаємничених і профанів; відповідну організацію й облаштування процесуального простору як священного тощо. Слід зауважити також на тому, що сакралізація процесу ускладнює його реалізацію на засадах змагальності. Якщо гра стає обов'язком – вона перетворюється на ритуал. «Спортивна» складова процесуальної діяльності, яскраво виражена в правових системах англо-американського типу, відступає на другий план, поступаючись місцем засадам «обрядової гри», пов'язаної священним обов'язком – попри все встановити істину.

¹ Між іншим, «служителя Феміди».

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ІНСТИТУТУ СМЕРТНОЇ КАРИ В КОНТЕКСТІ ПРАВА ОСОБИ НА ЖИТТЯ

Н. Григорук

*Юридичний інститут Прикарпатського національного університету імені В. Стефаника
(Івано-Франківськ, Україна)*

Застосування смертної кари в Україні має тривалу та надзвичайно криваву, позбавлену сенсу як з точки зору співвідношення тяжкості злочину та міри покарання історію, так і специфіку її застосування, адже часто тільки приналежність до певного класу, стану, іншої соціальної групи, сповідування інших ідеологічних чи релігійних поглядів, нація, до якої особа належить, могло стати підставою для застосування смертної кари. Більше того, голодомор тридцятих років минулого сторіччя теж у певному сенсі можна розглядати як спосіб реалізувати смертну кару до всього народу тільки за те, що нація існувала як самостійний суб'єкт.

Скасування смертної кари в Україні розглядалося не тільки як адекватна відповідь України на вимогу міжнародного співтовариства, чергового кроку на шляху становлення правової держави, але й встановлення історичної справедливості щодо мільйонів невинно загинувших від репресивного апарату тоталітарної держави СРСР. У зв'язку із цим особливо прикорм є відродження дискусій з приводу доцільності введення смертної кари в Україні.

Так, депутати Симоненко П. та Голуб О. (фракція Комуністичної партії України) пропонують Верховній Раді ввести у перелік покарань, що передбачені у Кримінальному кодексі за особливо тяжкі злочини, смертну кару. Автори проекту Закону № 1048 від 28.11.2007 року про внесення змін до Кримінального та Кримінально-Процесуального кодексів України (щодо видів покарань) пропонують ввести цей вид покарання за умисне вбивство із обтяжуючими обставинами: вчинені з особливою жорстокістю, або способом, небезпечним для життя багатьох людей, або у поєднанні із зґвалтуванням чи насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом, або вчинене на замовлення, або вчинене за попередньою змовою групою осіб, або якщо наслідком такого злочину стала загибель двох чи більше людей.

Пропонується не застосовувати смертну кару до громадян до 18 років і старших за 65 років, а також до жінок, що були у стані вагітності під час вчинення злочину або на момент постанови вироку. Розгляд справ з приводу злочинів, за котрі буде передбачатися смертна кара, пропонується здійснювати судами першої інстанції за участі присяжних. З метою уникнення судових помилок, депутати пропонують не приводити вирок до виконання протягом шести місяців з дня проголошення судового вироку про смертну кару.

Відповідно до опитування, котрий проводився у березні, 58,7% українців вважають за доцільне повернення смертної кари за тяжкі кримінальні покарання. Проте, на нашу думку, доленосні рішення для держави у цілому та для багатьох окремих громадян слід приймати, зважаючи на історичні помилки, державно-владні та політичні реалії сучасної України, зрештою, враховуючи системоутворюючі принципи права.

Такий законопроект є безумовним регресом на шляху становлення ефективної системи гарантій прав і свобод людини і громадянина в Україні, пріоритету інтересів особи щодо суспільства і держави, який за умови його прийняття призведе до суттєвих змін у сприйнятті держави в цілому. Проте, втрата авторитету державою буде мати менш суттєві наслідки для країни, ніж припинення розвитку у суспільстві належної правової свідомості, нівелювання позитивних надбань у становленні громадянського суспільства в Україні, деградація демократичних цінностей загалом, заперечення гуманізму як принципу права. Все це, поряд із катастрофічним станом правоохоронної системи у державі, низької професійності, корумпованості її судової системи, може призвести до остаточної втрати довіри громадян не тільки до означених органів державної влади України, але й остаточної дискредитації державної влади як інституту, втрати нею легітимності. Введення смертної кари призведе до надзвичайних зловживань, що позначатимуться на житті кожного конкретного громадянина в Україні.

У зв'язку із цим, слід у загальних рисах визначити філософсько-правові аспекти інституту смертної кари, які розкривалися визначними теоретиками права у подібних дискусіях.

Аргументи супротивників смертної кари зводяться до імовірності судових помилок, відсутності упереджувальної дії на потенційних злочинців, невідповідності покарання здійсненому злочину, а також у превалюванні підсвідомих культурно-історичних підґрунтя над здоровим глуздом. Супротивники смертної кари вказують на те, що судові помилки неминуче призводять до покарань невинних. Ними наводиться статистика, яка демонструє, що скасування чи введення смертної кари в країні самі по собі не змінюють кількості тяжких злочинів. Здійснення вироку не карає злочинця, а тільки задовольняє суспільство, котре потребує жертвоприношення.

Гергіца А.З. вірно зауважує, що прихильники скасування смертної кари вважають: якщо держава визнала право на життя, то вона повинна відмовитися і від застосування смертної кари. Так, позиція видатного ученого Сахарова А.Д. повною мірою відображає даний підхід до смертної кари. Він висловив точку зору, що «смертна кара є жорстоким і аморальним інститутом, який підриває моральні і правові засади суспільства. Держава в особі чиновників, які, як і всі люди, схильні до поверхневих висновків, як і всі люди, схильні до впливів, зв'язків, упереджень і егоцентричній мотивації поведінки, – привласнюють собі право на найбільш страшну і абсолютно незворотну дію: позбавлення життя. Така держава не може розраховувати на покращення моральної атмосфери в країні. Він заперечував будь-яку істотну упереджуючу дію смертної кари на потенційних злочинців та був впевнений у зворотному – жорстокість породжує жорстокість». Як вірно зазначав Таганцев М.С., не можна покладати надії на смертну кару, бажаючи зменшення числа злочинів. Ріст злочинів, їх зменшення чи збільшення керуються більш важливими законами соціального життя тієї чи іншої держави. Видатний російський релігійний філософ Соловйов В.С. вважав, що недоцільна матеріально для суспільства смертна кара духовно шкідлива як аморальна дія самого суспільства. Він вважав, що «це є дія нечестива, нелюдяна і соромна».

Нещодавно Організація Об'єднаних Націй (ООН) виступила за оголошення всесвітнього мораторію на смертну кару з довгостроковою метою заборонити на планеті таку міру покарання. Відповідне голосування відбулося в Комісії ООН з прав людини. Дану ініціативу підтримали 99 країн, 52 країни виступили проти, 33 країни утрималися. За даними правозахисної організації «Міжнародна амністія», смертна кара існує ще у 66 країнах світу. Раніше Комітет міністрів Ради Європи прийняв рішення оголосити 10 жовтня Європейським днем проти смертної кари і висловив сподівання, що Європейський Союз також встановить день проти смертної кари у найближчий час. Однак Євросоюз не зміг визначитися відносно встановлення смертної кари через позицію Польщі, котра виступила проти такого рішення. Із 1997 року смертна кара не застосовується ні в одному із 47 держав-членів Ради Європи, включаючи 27 держав-членів Європейського Союзу.

Таким чином, наведений законопроект суперечить не тільки засадам моралі та права, міжнародним зобов'язанням України, але й відкидає її на узбіччя сучасних тенденцій міжнародного права, та, унеможливаючи уніфікацію законодавства України у сфері правового статусу особи, може стати суттєвою перешкодою на шляху входження України у Європейський Союз.

ТЛУМАЧЕННЯ СОЦІАЛЬНОЇ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ ЯК СУБ'ЄКТА ГОСПОДАРЮВАННЯ

С. Грудницька

*Інститут економіко-правових досліджень НАН України
(Донецьк, Україна)*

У даний час сформувалося соціальне замовлення на розробку категорій і інститутів, покликаних відповідати за якісний стан норм і цінностей, задіяних в процесі соціалізації, їх відповідність духовним цінностям. Для реалізації подібних функцій необхідна побудова громадянського суспільства з інститутами, збагаченими ціннісним потенціалом. Це припускає відповідну еволюцію суспільного організму, що корелює з еволюцією держави.

Сучасний постмодерн став результатом методологічного індивідуалізму, закладеного в Середньовіччі і успадкованого гуманізмом Нового часу, побудованого на протиставленні ідеального і матеріального, природного і позитивного, приватного і публічного (дуалізм – від лат. *dualis* (подвійний) – філософське учення, що випливає з визнання рівноправними двох основ – ідеальної і матеріальної). Як відзначав І.А. Покровский, середньовічна юриспруденція в Західній Європі покоїлася на протилежності *jus naturale* і *jus positivum*, *aequitas* і *jus scriptum*. Ця традиція справляє певний вплив і на сучасне право. Однак поряд з цим існує інше методологічне рішення – методологічний колективізм з акцентом не на протиставленні, а на поєднанні приватних і публічних інтересів, який складає основу суспільної згоди, у тому числі у західних країнах (в рамках ідеології соціального лібералізму, що знайшла відображення в праві в теорії інституціоналізму Моріса Оріу (1859-1929), який проблему протиставлення приватних і публічних інтересів розтлумачив у дусі християнського колективізму перших його століть (з деякими новаціями). Цим було закладено основу нинішніх успіхів соціальної ринкової економіки західних країн).

Методологічний колективізм передбачає три рівні свободи, відкритих на зорі цивілізації: індивідуальний (приватний), суспільний (публічний), загальний (духовний). Їх правова реалізація означає реалізацію принципу свободи в приватній сфері, рівності (як рівної свободи) в публічній сфері і справедливості (як справедливої рівної свободи) в духовній сфері.

Суспільство, в якому гарантується лише перший рівень свободи, будується на протиставленні приватного і публічного і формує державу – «нічного сторожа» (за Локком, держава, яка не обмежує свободу людини, має якомога менше прав, і тим більше реальних можливостей здійснювати інтервенцію у сферу приватних господарських відносин) або, навпаки, етатичну державу (за Гоббсом, Держава-Левіафан, що втручається у різні сторони приватного господарського життя). Поєднання приватного і публічного рівня свободи передбачає соціалізацію держави, реалізацію нею соціально-економічних функцій, що формує соціальну державу. Вищий же ступінь соціалізації держави – перетворення її на соціальну правову державу, яка забезпечує поєднання всіх трьох рівнів свободи – приватної, публічної, духовної.

У Конституції України знайшла віддзеркалення ідея соціальної, правової держави як громадянського суспільства. Однак в житті зберігається конфлікт між громадянським суспільством і державою, що є конфліктом між різними їх правовими статусами. Цей конфлікт зумовлений протиставленням (антиномією) приватного і публічного, завдання ж полягає в тому, щоб цю антиномію подолати.

Праворозуміння Гоббса, Локка, Монтеск'є, Руссо базувалось на методологічному індивідуалізмі, що зумовлював протиставлення народу і держави. Це видно з теоретичної конструкції «суспільного договору» Гоббса, яка припускала, що договір полягає на користь однієї із сторін (держави) в силу того, що всі права природного стану передавалися державі. Локківський поділ суверенітету будувався на двосторонньому договорі народу і держави. Його положення про невідчужувані права людини чітко визначило предмет договору, і перелік цих прав виступив

предметом договору по вертикалі, що визначає юридичні права і обов'язки держави і суспільства. Руссо звів державу в ідеальне положення слуги народу, але, нажаль, руссоїстська концепція не завжди виправдовується життям.

Сьогодні постає питання про необхідність такого **поєднання народу і держави**, яке б забезпечувало їх співпадання **як єдиного суверена**. Для практичного вирішення цього завдання є конституційні передумови.

Згідно статті 5 Конституції України носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Одночасно стаття 1 Конституції України проголошує: держава є суверенною. Отже, **народ і держава мають єдиний суверенітет**. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади і органи місцевого самоврядування. **Народ і держава єдині**.

Це дозволяє тлумачити народ як громадянське суспільство, організоване в соціальну правову державу. Така держава найбільш наближена до аристотелівської моделі якнайкращої форми правління – політії, де принцип змішання «монархічного», «аристократичного» і «демократичного» мав значення для розподілу державних функцій між всіма основними верствами населення поліса.

Громадянське суспільство, організоване як соціальна правова держава, передбачає розподіл державних функцій між різними суспільними інститутами і обов'язок їх участі у формуванні і реалізації публічної політики (в т.ч. економічної). Для такого напрямку у розвитку права є конституційні передумови – конституційний статус України як соціальної правової держави.

СТАНОВЛЕННЯ ПРАВОТВОРЧОСТІ В УМОВАХ РОЗВИТКУ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ В УКРАЇНІ

Т. Дідич

*Київський університет права НАН України
(Київ, Україна)*

Поточний процес реформування та оновлення державно-правових інституцій в Україні, що викликаний трансформаційними процесами розвитку суспільства, вимагає адекватного наукового переосмислення більшості проблем теорії та практики юриспруденції. Саме наукова концептуалізація розвитку держави та права є основою результативного реформування та вдосконалення правової системи, інститутів державотворення й правотворення. У наукових колах звертається увага на те, що неможливо реформувати правову систему без ґрунтовних перетворень процесів правоутворення, правотворчості та законодавчої діяльності. В юридичній літературі, проблематика становлення і розвитку інституту правотворчості має високий рівень наукової дослідженості, однак характеризується певною різновекторністю підходів до вивчення вказаного феномену, оскільки його вивчення здійснюється переважно в контексті дослідження феномену державницької діяльності з метою вироблення шляхів вдосконалення правотворчого процесу. В переважній більшості феномен правотворчості розглядається як компетентна діяльність по прийняттю нормативно-правових актів шляхом “втїлення державної волі” у змісті нормативно-правового акту або як “форма державного керівництва суспільством”. Основною специфікою наукових досліджень проблем правотворчості в сучасний період є те, що вони мають виключно прикладний характер та надають інформаційний матеріал щодо організації процесу створення юридичних документів. Сучасна ж практика правотворчості актуалізує питання комплексного дослідження інституту правотворчості.

Необхідність комплексного вивчення ґносеологічної природи, сутності та значення правотворчої діяльності пояснюється тим, що:

- 1) в сучасній вітчизняній юридичній літературі як на загальнотеоретичному рівні, так і на галузевому, феномен правотворчої діяльності має різновекторний характер наукового дослідження;
- 2) правотворча діяльність має складну природу та характер, що потребує проведення аналізу даного феномену як частини більш загальних явищ – юридичної діяльності, правової системи, з однієї сторони, а з іншої – як узагальнюючого поняття, що має свою індивідуальну специфіку;
- 3) на сьогодні в науковій літературі відсутні єдині концептуальні підходи щодо розуміння сутності правотворчої діяльності та вироблення стратегії її розвитку, а також встановлення засобів гарантування здійснення правотворчої діяльності, що потребує дослідження її ґносеологічної природи, яка буде закладена в основу концептуалізації процесу її здійснення;
- 4) інтеграційний характер розвитку України потребує адекватної трансформації поглядів на правотворчу діяльність в умовах інтеграційних процесів розвитку правових систем.

В юридичній літературі справедливо зазначається про те, що правотворча діяльність як процес створення різних форм виразу правових норм є основою функціонування правової системи. Результатом правотворчої діяльності є вироблення відповідних моделей поведінки суб'єктів суспільних відносин. Надаючи принципово важливого значення явищу правотворчості в рамках функціонування правової системи, Д.Ж. Тернер включає процес правотворчості до складу елементів правової системи, що покликаний забезпечити формування певних правил, які націлені на подолання соціальних протиріч у суспільстві. Тим самим, на правотворчий процес покладається системоутворююче, регулююче завдання по забезпеченню єдності, системності та ефективності законодавчої бази держави. Справедливо зазначає Н.М. Оніщенко про те, що створені норми права є системоутворюючим фактором правової системи, її елементом, являють собою саме право та визначають його характеристику. Справедливо зазначити про те, що вироблення єдиної концепції

реформування та розвитку правотворчої сфери діяльності уповноважених суб'єктів в Україні, насамперед, має стратегічний характер розвитку державності та законодавчої бази. Окрім того, теоретичне дослідження сутнісних аспектів правотворчості, їх природи та змісту обумовлене недосконалістю практики правотворчої діяльності.

В юридичній літературі феномен правотворчості має різновекторний характер наукового розуміння, що пояснюється складністю його змісту та багатопроявністю його сутності. Переважно явище правотворчості розкривається вченими з позиції його аксіологічного значення, характеризуючи його саме як певну результативну діяльність. І.П. Лихолат розглядає значення процесу правотворчості через результат цієї діяльності, змістом якого є розроблені правові норми. Тим самим вченим обґрунтовується думка про те, що процедурні аспекти створення нормативно-правових актів, порівняно з іншими, є найбільш раціоналізованими, що надає змогу уникати впливу на процес правотворчості суб'єктивних "психологічних та гносеологічних характеристик і здібностей людини". Справедливо зазначає В.М. Косович про те, що основним завданням правотворчості є досягнення найбільш повної відповідності між правилами поведінки, що встановлюються у правових нормах, та об'єктивними і суб'єктивними факторами суспільного життя.

Аналіз сучасних юридичних джерел надає змогу говорити про те, що функціональний аспект правотворчості розглядається в рамках дослідження сутності і призначення правотворчого процесу, або через розуміння завдання правоутворення, або через завдання правотворчості, або через напрямки діяльності суб'єктів, або в якості сукупності основних напрямків впливу на правову систему, в якій розкривається практична роль та соціальне призначення правотворчості.

На нашу думку, інститут правотворчості має складний сутнісний характер, що є передумовою відповідального ставлення науковців, політиків, державних діячів до практичного втілення змін у правотворчу діяльність. Окрім того, інститут правотворчості має подвійний характер трансформації, який пов'язано із тим, що:

- з однієї сторони, правотворчість знаходиться в стані безпосереднього вдосконалення її практичного здійснення, що обумовлено загальним процесом вдосконалення правового, кадрового, організаційного, наукового забезпечення правотворчості, концептуалізації її розвитку тощо;
- з іншої сторони, інститут правотворчості як соціальне явище, що націлене на модернізацію законодавчої бази держави, перебуває під впливом загальних трансформаційних процесів, які мають як об'єктивний характер (глобалізація, міжнародна інтеграція, координація розвитку законодавства тощо), так і знаходиться під впливом суб'єктивних факторів, що викликані процесами реформування держави та суспільства (політичні трансформації, посилення боротьби за реалізацію корпоративних інтересів, економічні коливання тощо).

За таких умов, інститут правотворчості потребує посиленої уваги зі сторони науковців, що націлена на вироблення цілісної науково обґрунтованої моделі правотворчого процесу, що відповідає потребам розвитку суспільства та держави. На завершення дослідження варто зупинитися на наступних підсумкових положеннях, що характеризують стан та проблематику розвитку правотворчості.

1. Поточне становлення інституту правотворчості як елементу правової системи відбувається в умовах відсутності наукових шкіл і традицій правотворення, які б сформувалися та утвердились історично. Зазначене пояснюється відсутністю належної наукової уваги до проблем сутності і значення правотворчості як цілісного явища, що має утворюючий характер по відношенню до держави, права та правової системи. На сьогодні відбувається інтенсифікація як практичної правотворчої діяльності, так і наукових досліджень проблем формування права, однак спостерігається дефіцит цілісних наукових робіт, які присвячені дослідженню проблематики інституту правотворчості.

2. Інститут правотворчості розвивається в умовах загальної політизації суспільства, що впливає на розвиток феномену правотворчості як засобу правового закріплення інтересів політичних сил, що мають домінуюче значення та відіграють провідну роль на політичній арені. Тим самим, зміст правотворчої діяльності набуває рис політичної змагальності між різноманітними політичними силами та інтересами.

3. Розвиток правотворчості супроводжується поширенням у ньому явища “лобізму”, що є засобом реалізації тих або інших інтересів (політичних, економічних, корпоративних тощо) та закріплення їх за допомогою норм права шляхом прийняття нормативно-правових актів. В умовах трансформації суспільства, що супроводжується нестабільністю його розвитку, поширенням лобістських традицій практики правотворчості, підвищує ризик “корпоратизації правотворчості”, що може стати знаряддям реалізації та забезпечення інтересів тих або інших соціальних груп, що в свою чергу може більше дестабілізувати розвиток суспільства.

4. Оскільки інститут правотворчості має складний характер, що здійснюється на як на загальнодержавному рівні, так і на місцевому та локальному, окрім того реалізується різноманітними суб'єктами, доцільно не лише підвищити увагу юридичної науки до проблем становлення правотворчості в Україні, але і націлити її в русло концептуалізації, що надасть змогу, з однієї сторони, консолідувати науковий потенціал та наукові дослідження інституту правотворчості, а, з іншої сторони, сприятиме створенню єдиних підходів до реформування та розвитку правотворчого процесу в Україні.

5. Інтеграційний характер розвитку України, що націлений на активізацію участі України в міжнародних (міждержавних) об'єднаннях, передбачає гармонізацію розвитку законодавчої бази України із розвитком міжнародного права та законодавства іноземних держав. Тому розвиток практики правотворчості та теоретичних наукових досліджень повинен відбуватися відповідно до тенденцій міжнародної інтеграції України, що надасть змогу оперативно реагувати на інтеграційні пріоритети розвитку України.

РОЗВИТОК КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ ІДЕЙ В РЕЧІ ПОСПОЛИТІЙ У XVI – XVIII СТ.

Н. Єфремова

*Одеська національна юридична академія
(Одеса, Україна)*

Історія розвитку конституційно-правових доктрин в Україні нараховує сьогодні не одну сотню років. Їхня «доля» (умови виникнення, становлення, розвиток і т.д.), як і доля національної державності ніколи не були простими. Добою зародження перших конституційно-правових доктрин на українських теренах, у сучасному розумінні даного поняття, вважається період Гетьманщини (середина XVII ст. – кінець XVIII ст.).

Безсумнівно, що фундамент їхньої появи було закладено політичною та правовою культурою як українського народу, так і народів високорозвинутих у той час Європейських країн. Визначаючи основи появи в середині XVII століття перших українських документів конституційно-правового характеру, більшість вітчизняних вчених називають норми староукраїнського звичаєвого права та Литовські статuti. При цьому, особливу увагу в оцінці процесу зародження в Україні конституційно-правових доктрин приділяли політико-правовій діяльності Б. Хмельницького, І. Виговського, І. Мазепи та П. Орлика.

Однак зрозуміти процеси розвитку та трансформації політико-правових поглядів в Україні-Гетьманщині без врахування політичної боротьби шляхти і міщан Речі Посполитої за свої права, на наш погляд, неможливо.

Слід сказати, що політична боротьба шляхти як в Польщі так і у Великому Князівстві Литовському у XVI ст. вже мала свою історію. Традиційно вважається, що Нешавські привілеї створили основи для розвитку шляхетської демократії, забезпечив земським сеймикам участь у здійсненні верховної влади. В основі такої форми управління було покладено визнання формальної рівності всієї шляхти. Значною перемогою середньої шляхти в її прагненні до участі в управлінні державою була конституція Петрковського сейму.

Характеризуючи умови зародження і розвитку конституційно-правових ідей на Українських землях слід відмітити, що посилення політичних змагань шляхти відбувалось в умовах поширення ексекуційного руху, основним гаслом якого стало – «Закон понад усе». Так, наприклад член третьої кодифікаційної комісії у Великому Князівстві Литовському Лев Сапега, у вступі до Статуту 1588 р. зазначав: «Тільки на законі і праві писаному всю безпеку і добробут держави будують. Про що великий і шляхетний грецький філософ Арістотель казав, що там панує дикий звір, де людина здійснює свою владу за своєю забаганкою, а там де зверхність має право чи закон, там сам Бог усім править». Отже, шляхта перетворилась на силу, яка була здатна протистояти магнатству, а також сформулювати та пропагандувати власну правову програму.

До провідних політико-правових ідей XVI ст., які використовувались у шляхетському середовищі того часу стали: зверхність закону у судочинстві та рівності перед ним усіх вільних громадян, ідея правової держави, виборності монарха, парламентаризму, відокремлення судової влади від виконавчої, природні права (вільної – Н.Є.) людини тощо.

Однак пояснення подальшої динаміки трансформації політико-правових поглядів в Речі Посполитій були б неповними без врахування соціальних, політичних та економічних особливостей. По-перше, тут слід сказати, що в останній чверті XVI – першій половині XVII ст. відбулися зміни у співвідношенні політичних сил Польського королівства. На думку відомого українського історика Леоніда Зашкільняка шляхта поступово втрачала здобутий в ексекуційному русі вплив у державі, поступаючись новій магнатерії, у залежності від якої знаходився монарх. Саме з королівсько-шляхетського антаганізму користалась магнатерія, зміцнюючи свої позиції. Отже ексекуційний рух фактично себе вичерпав під час правління Стефана Баторія.

У цей же час занепадали розвиток політико-правової думки та повага до закону і юриспруденції. Парадоксально, але принцип: «Анархією (тобто відсутністю уряду) Польща тримається» став одним з популярніших в шляхетсько-магнатському середовищі.

Однак з середини XVIII ст. на територіях Речі Посполитої почали відчуватися відлуння впливового, загальнокультурного європейського руху – Просвітництва. Він став невідомою складовою частиною боротьби, яку молода буржуазія вела проти феодального ладу та його ідеології.

Його риси були сфокусовані у новій парадигмі юриспруденції – юридичному світогляді, яке базувалось на ідеях справедливості. Свободи, рівності, братства, представлених у тому чи іншому варіанті природного права, суспільного договору розподілу влади. Просвітництву належить заслуга створення теорії народного суверенітету та загального блага, парламентаризму, юридичної держави розуму, які не втратили свого значення до сьогодні.

Одною з основних тем Просвітництва стала розробка моделі держави майбутнього. Наприклад у Монтеск'є вона втілюється в проєкті розбудови вільної держави, де влада розподіляється на окремі гілки. Ця концепція стала продуктом соціально-політичних умов у Франції того часу та відобразила боротьбу за владу між монархом, аристократією та буржуазією. Метою такої держави встановлювалась гарантія безпеки громадян від свавілля з боку влади та забезпечення їхньої політичної свободи. При цьому, праву відводилося місце регулятора відносин між громадянами та урядом.

Для Речі Посполитої, у середині XVIII ст. такі погляди були надто революційними. Магнати та шляхта не поспішали поступатися своїми правами і визнавати за буржуазією та міщанством право голосу. Обґрунтованою для них лишалась ідея дотримання принципів виборної монархії. Нагадаємо, що у Франції її почав відстоював Ж.Ж. Руссо лише з XVIII ст., наголошуючи, що виборна монархія, схвалена народом є законною. Він називав її республіканською монархією.

Однак у республіці обох народів другої половини XVIII ст., ця ідея вже сприймалась як застаріла. Шляхта та більша частина народу вбачала у неї тільки підстави для постійних чвар і міжусобиць поміж магнатськими угрупованнями, кожне з яких намагалось поставити на престол свого ставленика. Це не сприяло стабілізації держави і лише ослаблювало її. Отже наприкінці XVIII ст. там з'явилась ідея про необхідність повернення інституту спадкування престолу, як гаранта стабільності верховної влади.

Разом з тим, в Польщі користувались і іншими ідеями Руссо, які у сукупності із досвідом революційних подій у Франції підштовхував прогресивних політиків до введення у державі основного закону.

Бажання зафіксувати найважливіші принципи суспільного та державного устрою в законодавчих актах, які мали ознаки конституційних законів, знайшло відображення у першу чергу в кардинальних законах 1768 і 1775 рр.

Серед них головне значення отримав Урядовий закон (Конституція) 3 травня 1791 р., яка мала певні ознаки основного закону. Згідно з ним, у державі встановлювалась така форма правління, яка мала ознаки конституційної монархії. У цей же період в законодавстві Речі Посполитої з'явилися норми, які відображали нові погляди, що будь-який уряд повинен здійснювати свою владу в рамках існуючих законів, отримує свої задачі та функції від верховного властителя – народу. У протиставленні старим поняттям, терміном «народ» стали визначати не тільки шляхту, а і міщан та селян.

Ці нові погляди знайшли своє відображення як в окремих законах так і в Конституції Речі Посполитої від 3 травня 1791 р. Одним з новаторів цієї ідеї став Гуго Колонтай. Він визнавав загальну роль польського народу, однак фактичне панування шляхти у суспільстві розцінювалось ним як необхідне та провідне. Зміна звичної формули «народ шляхетський» на думку авторів Конституції повинна була наблизити до шляхетства інші прошарки населення.

Поняття «народа-люда», стало актуальним і зрозумілим у часи повстання 1794 р. І знайшло відображення в останній частині Конституції 3 травня. У розділі XI «Сила збройна народова» закріплювалось: «Народ – зобов'язаний сам себе захищати від нападів та оберегати свій спокій. Усі обивателі є оборонцями народної цілісності і свободи. Війська є ні що інше, як виокремлена з усієї загальної сили народу...».

В п'ятому розділі Конституції 1791 р. частково відобразилась ідея Ж.Ж. Руссо щодо народного суверенітету. «Всяка влада в людському суспільстві походить з волі народу. ... уряд польського народу, по волі даного сейму, повинен складатись з трьох влад: законодавчої із обраних чинів, виконавчої – короля та варті, і судової з юрисдикцій».

До нововведень у парламентській діяльності Речі Посполитої кінця XVIII ст. можна віднести ідею щодо перегляду рівня організації та працездатності сейму. Вона була втілена у принципі «Сейм завжди повинен бути готовим». На підставі цього, депутати, яких обирали на два роки, зберігали мандати на термін всієї каденції. Таким чином, сейм завжди можна було скликати на надзвичайну, позачергову сесію, якщо у цьому з'явиться потреба.

Характеризуючи конституційно-правові ідеї Речі Посполитої другої половини XVIII ст. необхідно звернути увагу на появу в науковому обігу Польщі терміну «незалежність». Першим його використав Станіслав Конарський. Надалі термін використовувався багатогранно, від незалежності особи до незалежності держави.

Підбиваючи підсумки слід сказати, що досвід боротьби шляхти та буржуазії Речі Посполитої за свої права та за втілення передових поглядів Просвітництва став важливим матеріалом для формування конституційно-правових ідей в Західній Європі. Особливо важливим цей досвід став для української шляхти у боротьбі з російським абсолютизмом, коли опинившись під владою теж чужої держави, вони намагались відстоювати свою державну автономію та права.

ДЖЕРЕЛА МАГДЕБУРЗЬКОГО ПРАВА

М. Кобилецький

*Львівський національний університет імені Івана Франка
(Львів, Україна)*

На першопорах магдебурзьке право було звичаєвим правом. У подальшому за відсутності офіційного збірника права, до джерел магдебурзького права можна віднести правові роз'яснення, що надавались Магдебургом для філіальних міст. Правові роз'яснення – збірники правових норм, що регулювали різні аспекти міського життя. Найстарішим пам'ятником магдебурзького права став привілей архієпископа Віхмана, виданий 1188 р. у зв'язку з пожежами у містах. Привілей архієпископа Віхмана складався з 9 артикулів, де говорилось про непоширення термінів давності щодо грабежів і вбивства, продовження процесу судового розгляду при виконанні сторонами своїх службових обов'язків за межами міста, скорочення судового процесу до одного дня, якщо однією із сторін виступав гість – мешканець іншого міста, та усував кругову відповідальність родини за вбивство або тілесні ушкодження. Цілий ряд артикулів привілею архієпископа Віхмана стосувались процесуального права, де було встановлено порядок розгляду справ у гостинному і потрібному суді та за відсутності лавників. У привілеї також згадувалось про наявність у місті бурдингу, як найдавнішого орган міського самоврядування, де рішення приймалися більшістю голосів. Завершується документ підписами свідків, серед яких згадується бранденбурзький і гальський єпископи, саксонський князь, марграбії східної Марії та представники міст Арнштайн, Єрихв і Алелебен. Положення, що містилось у привілеї "*ex antiqua constitutione multis modis in jure civile et alis incommoditatibus constricta fuerit*" підтверджують, що у ньому модифікувались діючі правові норми, а не обґрунтовувалось повністю нове міське право. Значення так званого "старого магдебурзького права" підтверджує його використання іншими містами вже з середини XII ст. Так, близько 1160 р. його отримало місто Стендаль, 1156–1170 рр. – Лейпциг, 1174 р. – Ютербог. Пізніше копії привілею архієпископа Віхмана було надіслано в інші міста, що використовували право Магдебургу. Зокрема, у 1211 р. він був надісланий сілезькому князю Генріху Бородатому, який надав його місту Злоторії. Близько 1241 р. правові роз'яснення з Магдебургу отримало місто Бреслау (Вроцлав) і з їх тексту випливає, що в Бреслау неодноразово надсилались копії нормативних актів та привілеїв, що використовувались у Магдебурзі. У правовому роз'ясненні 1241 р. містились норми, що регулювали правовий статус гостей міста, заборонялось стягнення податків і зборів під час ярмарків та визначались військові обов'язки мешканців міста. Також встановлювався склад колегії шиффенів у кількості 12 осіб. У правовому роз'ясненні, крім того, встановлювалась кримінальна відповідальність за вчинення окремих злочинів та відповідальність боржників за невиконання та неналежне виконання зобов'язання. Правові роз'яснення магдебурзьких шиффенів для Бреслау 1261 та 1295 рр. стали правовою основою для створення Магдебурзько-Бреславського систематизованого шиффенського права. Правові роз'яснення з Магдебургу було надано ще цілому ряду міст, що входили в правову сім'ю магдебурзького права і у багатьох випадках воно стало підставою для надання містам магдебурзького права. У наступні роки магдебурзьке право було надано цілому ряду міст, насамперед новоутвореним.

Внаслідок надання іншим містам магдебурзького права і надіслання туди правових повідомлень магдебурзьких шиффенів Вейхбільд магдебурзький враховував не тільки право, що діяло в Магдебурзі, а також право, що з певними модифікаціями діяло в інших містах. Під терміном Вейхбільд (*Weichbild*) у німецькій мові розуміли межу, територію міста і воно складалось з двох понять – старосаксонського вік (*wik*) чи старонімецького вейх (*weich*), що означало групу будинків самостійного поселення і *bilida* (*recht*) – право. Поняття Вейхбільд, що було відоме у Вестфалії з XII ст. спочатку стосувалось особливої форми договорів про надання земельних ділянок, що передавались у поселення. На першопорах Вейхбільд (межа, територія міста) не мало нічого спільного з міським правом, а з XIV ст. воно означало не тільки особливе міське право, а також територію, на якій воно було чинне. З XIV ст. у саксонському Вейхбільдrechtі (*Weichbildrecht*) даний термін

вживається щодо міського магдебурзького права. Якщо магдебурзькі шиффени у своїх актах вживали "bunnen weichbilde", це також означало, що вони розглядали справи на основі магдебурзького права. Поступово значення магдебурзького суду шиффенів значно зросло після збільшення кількості "дочірніх", "внучатах" та "правнучатих" міст, які звертались до материнського міста Магдебургу з апеляціями та направленнями до них шиффенських вердиктів (вироків). Про авторитет і значення магдебурзьких шиффенів свідчать факти звернення до них судів міст, що володіли іншими міськими правами. Зокрема до Магдебургу за роз'ясненнями звертались міста Ганзейського союзу, котрі володіли Любекським правом. При цьому звернення до Магдебурзького шиффенського суду з апеляцією передбачало сплату значних коштів, що йшли на потреби кур'єрів та так званого "письмового збору". І це незважаючи на те, що "вирок не повинен продаватись". Дані кошти сплачували сторони процесу. Магдебурзьке право передбачало звернення з апеляцією до материнських міст. Із позовною заявою могли звертатись органи міського самоврядування з власної ініціативи або сторони процесу.

Роз'яснення з конкретних судових справ, що надсилались материнськими містами меншим містам, дочірнім та внучатим, отримали назву ортілі (ordele, urthell), в перекладі з німецької – вирок. Ортілі були не тільки судовими рішеннями, але і тлумаченнями правових норм. Ортілі трактувались як джерела права. Більшість ортілів не були датованими і розпочинались певною формулою "ми, шиффени міста Магдебург, ознайомлені і маєм сказати своє слово" або "насамперед ми, шиффени з Магдебургу, для права" та завершувались терміном "з правовою дорогою". Структурно ортілі складались з двох частин питань і відповідей, і вони часто містились разом із правовим роз'ясненням. Збірники ортілів мали на меті надати допомогу судам при розгляді аналогічних справ. Вони укладались за хронологічним (по мірі їх надходження з Магдебургу) або систематичним принципом.

Ортілі базувались на "Саксонському Зерцалі", "Вейхбільді" та інших книгах міського права. Магдебург надсилав для інших міст значну кількість ортілів. Так місто Згоржелець протягом 1414-1547 рр. отримало 450 правових роз'яснень і ортілів, Бреслау в 1425-1544 рр. близько кількох сотень та ін.

До несистематичних збірників ортілів К. Камінська відносить краківсько-вrocławський збірник ортілів, що були створені в кінці XIV ст., зібрання ортілів для Вроцлава і Кракова, що містились у Торунському кодексі XIV-XV ст., Познанський кодекс, де містяться ортілі 1397-1427 рр. До систематичних збірників ортілів відносяться так звані "Магдебурзькі питання", магдебурзько-вrocławське систематичне лавниче право та ін.

На основі "Саксонського Зерцала", правових роз'яснень магдебурзького Вейхбільду і ортілів виникали різні книги міського права, що також стали джерелами магдебурзького права. До них відносять "Liber legum secundum Distinctionen" (Книга знаків відмінностей), Старе кульменське право, "IX книг магдебурзького права", "Книга міського права міста Легниці", "Книга ельблондського міського права", "Познанська книга магдебурзького і місінського права", "Квіти Саксонського зерцала", "Квіти магдебурзького права" та ін.

Незважаючи на велике значення магдебурзького права та його поширення у європейських країнах не існувало єдиного кодексу міського права. Вперше спроба систематизації магдебурзького права була проведена у 1568 р. за рішенням міської ради Магдебургу. Але вона не включала у повному обсязі джерел магдебурзького права і регулювала лише окремі положення спадкового, цивільного та кримінального права. Іншою проблемою для дослідження джерел магдебурзького права у повному обсязі стало знищення під час 30-річної війни військами Тіллуса у 1631 р. будинку магдебурзьких шиффенів, де зберігався архів суду, у якому містились копії ортілів, що направлялись іншим містам. Під час пожежі 1631 р. було також втрачено реєстр правових повідомлень, що направлялись іншим містам.

ПРО ПРАВОВЕ РОЗУМІННЯ ЛЕГІТИМНОСТІ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ

В. Ковальчук

*Національний університет „Острозька академія”
(Острог, Україна)*

З погляду етимології, поняття „легітимність” походить від латинського *legitimus*, що означає законний, узаконений. У Новий час європейської історії до цього поняття зверталися прихильники „легітимної монархії” Бурбонів, які виступали проти «узурпатора» Наполеона. Так „легітиміст” у другому виданні „Тлумачного словника” (1881 р.) В. Даля трактується як прихильник законної династії. На початку XX ст. завдяки вченню про типи легітимного панування відомого німецького соціолога М. Вебера був запропонований раціонально – легальний тип легітимності, за якого відносини владарювання – підкорення набували виключно формально-юридичного характеру. В дещо іншому контексті легітимність розглядали представники ліберально – правової теорії: Д. Локк, І. Кант, В. Гумбольд, Р. Моль, Ф. Гізо, Б. Констан, які звернулися до змістовного розуміння легітимності, апелюючи до таких загальнолюдських цінностей, як свобода, справедливість, права людини.

„Легітимність” є складним і багатограним поняттям, яке повинно бути предметом наукових інтересів щонайменше таких наук, як юриспруденція, політологія, соціологія. Особливе місце в цьому переліку займають саме юридичні науки, зокрема: філософія права, теорія права та держави, історія правових та політичних вчень, які дозволяють більш глибоко зрозуміти правову сутність державної влади, її буття та цінність, історію становлення та розвитку ідеї легітимності тощо.

Важливим завданням вітчизняної юридичної науки є подолання двох крайностей в питанні легітимності влади, які представлені теорією юридичного позитивізму та природного права. Так завдячуючи Гансу Кельзену, в середовищі прихильників юридичного позитивізму стала поширеною теза про те, що будь-яка влада, яка є легальною (тобто такою, що була сформована на основі встановленої процедури і в своїй діяльності чітко дотримується норм чинного законодавства), одночасно є і легітимною. Протилежною за змістом є думка, яка вперше була сформульована Джоном Локком, згідно з якою – легальною може вважатися лише легітимна влада. Дискусія між представниками цих двох теорій базується на відомій концепції відмінності права та закону. На нашу думку, такі розбіжності в розгляді цієї проблеми значно звужують поле її наукового дослідження. Найбільш оптимальною методологічною основою у вивченні даної теми може слугувати інтегративна теорія держави та права, яка розглядає легітимність та легальність державної влади в тісному взаємозв'язку. Так легітимною у переважній більшості випадків є влада, яка одночасно є й легальною, однак легальність влади може бути реалізована у формі законності лише тоді, коли закони та рішення влади будуть мати легітимний характер.

Легітимність є однією з фундаментальних властивостей державної влади, яка встановлює її правові межі. Легітимною є лише правова влада. Як слушно зазначає один з дослідників питання легітимності влади, мексиканський професор права Дієго Валадес: „Влада та право йдуть рука в руку. Влада стає легітимною через право, в той час як право стає ефективним через владу”. У цьому контексті право слід розглядати як невід’ємну частину людського буття (як дійсність), яка набуває свого реального втілення через суспільні відносини і зміст якої полягає в тому, щоб служити правовій цінності, ідеї права. У свою чергу, ідея права, як слушно зазначав відомий німецький вчений – правознавець Густав Радбрух, не може бути нічим іншим, як справедливістю. Можна сказати, що справедливість передує праву, вона згідно з вченням римського юриста Ульпіана є: „постійна і незмінна воля наділяти кожного його правом”. Без неї правовий та державний порядок був би не чим іншим, як „зграєю розбійників”.

Легітимність як правова влада покликана служити ідеї права і, зокрема, справедливості. Легітимність є ціннісним критерієм влади, вона, вказуючи на те, що державна влада є справедливою або принаймні такою, що є більш справедливою, ніж несправедливою. Легітимність неможливо

розглядати поза справедливістю, вона є категорією, яка тотожна справедливості. Легітимність як справедливість є ідеальною категорією, вона вказує на те, якою повинна бути влада для того, щоб знайти підтримку серед громадян.

Справедливість – це вищий принцип спільного життя людей і основа реалізації людської суспільної сутності. Справедливість є свого роду актом визнання. Співіснування людей на основі взаємного визнання передбачає такий порядок їх співіснування, який може бути названий справедливим, або „справедливістю”. Саме справедливість виступає основою ідеї права, виражає сутність права, а особливий акт визнання конститує як справедливість, так і феномен права в цілому. Феномен інтересу, свободи, рівності, особистих прав і суспільного блага виявляються правовими цінностями лише тою мірою, в якій містять у собі момент визнання.

Саме в такому контексті розглядає справедливість відомий німецький філософ права Отфрід Хьєффе. Його теорія справедливості виражає ідею справедливості як обмін. Основним принципом цієї теорії є принцип рівноцінності набутого та втраченого. Обмін трактується не як вузько економічне поняття, а як демократична форма співпраці. В основі такого обміну лежить „дистрибутивна – колективна вигода” (він повинен бути корисним як для кожного зокрема, так і для всіх). Взаємна відмова є умовою можливості вільно діяти. Таке розуміння справедливості пояснює права людини як такі, якими люди як суб'єкти права наділяють один одного. Воно також легітимізує державну владу як „меч справедливості” і розглядає шляхи поєднання влади та справедливості через „морально – політичний дискурс”.

Поряд зі справедливістю, другою складовою ідеї права, яка є неодмінною метою легітимності, є законність (легальність). Саме через позитивне законодавство справедливість знаходить своє формально-юридичне закріплення. Законність забезпечує правову стабільність, вона встановлює мир під час боротьби світоглядів і кладе край „війні всіх супроти всіх”. Так, вказуючи на особливе місце законності в житті людини та суспільства, Гете зазначав: „Краще, якщо стосовно до тебе твориться несправедливість, ніж світ залишиться без закону”. Справедливість і законність співвідносяться між собою як зміст та форма. Справедливість вкладає правовий зміст у закони, в той час як закони є тією силою яка захищає справедливість і такі загальнолюдські цінності, як свобода, рівність, права людини від зовнішнього зазіхання як влади, так і окремих членів спільноти. Справедливість та законність – дві невід'ємні складові легітимності, які взаємодоповнюють одна одну. Однак між ними часто відбувається конфлікт.

З одного боку, є незадовільним обмежувати легітимність влади лише формально-юридичними ознаками, коли легітимність розуміють тільки як законність, коли політична система чи режим вважається легітимним, якщо має місце відповідність структур, процесів формування і функціонування влади букві і духу чинного законодавства. Таке обмеження призводить до ототожнення легітимності та легальності і буває однією з причин кризи легітимності влади. В історії держави та права є багато прикладів того, як достатньо успішна з формально-юридичного погляду, тобто легальна державна влада (яка була сформована і функціонувала відповідно до матеріальних та процесуальних норм Конституції та інших законодавчих актів) втрачала свою легітимність через те, що її рішення та закони мали, на думку громадян, несправедливий характер.

Причиною втрати легітимності влади може бути неправовий характер законів, на які вона спирається. Слід погодитися з думкою таких авторитетних теоретиків держави та права, якими є А. Засць та Р. Лівшиць, які вважають, що легітимність закону має щонайменше дві сторони: формальну і змістовну. З погляду формальної вона означає прийняття закону чи іншого нормативного акту відповідним органом і у відповідному процесуальному порядку. Якщо ці вимоги дотримуються, то закон формально легітимний. З погляду змістовного легітимність закону чи іншого нормативного акту залежить від його змісту. Перш за все, зміст закону визначає ставлення до нього людей. Якщо закон позитивно сприймається, підтримується людьми, то він втілюється в життя і виявляється фактично легітимним. Розбіжність між формальною легітимністю та змістовною базується на розрізненні права і закону. Легітимним має бути визнаний лише правовий закон, тобто закон, який фіксує правову ідею – справедливість, свободи, прав людини. З правового погляду змістовна легітимність полягає у відповідності закону до ідеї права.

Забезпечення високого рівня законності в державі ще не дає підстави стверджувати, що влада в такій державі є легітимною. Адже жодна законодавча система, навіть найдосконаліша, не забезпечує суспільство від соціальних конфліктів, політичних криз, юридичних казусів. Жодний юридичний закон

не може бути ідеальним хоча би через те, що позитивні закони є витвором доцільної законотворчої діяльності, на всіх стадіях їхнього існування (розробки та прийняття, коментування та тлумачення, застосування та покарання за їх недотримання) існує багато можливостей для суб'єктивного втручання, врахування мотивів корпоративної доцільності, тенденційності та упередженості.

З іншого боку, часте знехтування законів на користь справедливості також є шкідливим. Воно може призвести до правового нігілізму та недовіри громадян як до окремих органів державної влади, так і до влади в цілому. За будь-яких обставин державна влада повинна бути сильною і залишати за собою монополію на право застосовувати насильство, а це можливо здійснювати лише за допомогою чинного законодавства. Навіть у ситуації, коли в державі панує політична нестабільність у вигляді конфлікту політичних програм та ідеологій, потрібна сила, яка б за допомогою вольових рішень, підкріплених авторитетом закону, врегулювала цей конфлікт.

Лише за умови, якщо більшість суспільства свідомо того, що політичні рішення та закони чинної державної влади, за допомогою яких вони втілюються в життя, є несправедливими щодо них, ідея справедливості може стати тією силою, яка здатна призвести до зміни політичного режиму, так само, як і до зміни Конституції та інших нормативних актів. Однак і в цій ситуації основним завданням будь-якої революційної влади є відродити і підтримати порушений революцією „спокій і порядок”. Це основне завдання, оскільки лише шляхом відтворення „спокою і порядку” революційна влада може досягти власної легітимності.

Ще однією складовою ідеї права, на яку спирається у своїй діяльності будь-яка легітимна влада, – є доцільність. На відміну від справедливості та законності, доцільність за своєю природою не стільки правовий, скільки політичний феномен. Доцільність не є постійною категорією, в ній закладена певна відносність. Вона може змінюватися залежно від політичної ситуації, партійно-політичних переконань, та, врешті-решт, від окремих людей. Такий релятивізм не є характерним для права, яке, будучи регулятором суспільних відносин, не може бути поставлене в залежність від розбіжностей поглядів та інтересів окремих людей. Доцільним часто є те, що суперечить нормам моралі, оскільки в її основу покладений принцип, згідно з яким „мета виправдовує засоби”.

Доцільність часто конфліктує із справедливістю та законністю, що може призвести до домінування політики над правом. За такої ситуації право перетворюється в простий засіб досягнення політичних цілей. Це перший крок до побудови тоталітарних та авторитарних режимів. Разом з тим вона може не порушувати основні принципи легітимності, а, навпаки, сприяти їх реалізації. Так, якщо всередині суспільства чи всередині самої влади проявляються конфлікти, які мають загрозливий характер і при цьому правові засоби їх врегулювання себе вичерпали, вирішення проблеми переходить із правової площини в політичну. Однак і за таких обставин політичне рішення повинно бути своєрідною декларацією політичних сил про відмову застосовувати насильство і поважати невід'ємні та невідчужувані права людини і діяти з найменшими порушеннями норм чинного законодавства.

Таким чином, легітимність можна визначити як певний баланс між правом та політикою, між справедливістю, законністю та доцільністю. Монополія одного з цих елементів легітимності є загрозою для самої легітимності. Вміння уникати крайностей і знаходити розумні компроміси між справедливістю, законністю та доцільністю є ознакою державної влади, яка намагається бути легітимною. Легітимність – це властивість державної влади в стабільних демократіях, де розвинуті інститути громадянського суспільства, запроваджена прозора процедура у формуванні органів державної влади та місцевого самоврядування і прийнятті законів, високий рівень правосвідомості як простих громадян, які за сферою своєї діяльності є далекі від політики, так і політичної еліти. Для так званих „транзитних демократій” легітимність часто набуває деформованого вигляду, з переважанням одного з її елементів, як правило, справедливості та доцільності.

Лише народ, який є єдиним джерелом влади, наділений правом визначати, які рішення чинної влади є справедливими, законними та доцільними. Влада легітимна, якщо її дії узгоджуються з уявленнями людей про справедливість, законність та доцільність, а також з іншими загальнолюдськими цінностями, які конститууються на їх основі. У такому розумінні легітимність слід розглядати як адекватність структур, інститутів, норм державної влади, а також конкретних осіб, які є її носіями, уявленню суспільства про справедливість, законність та доцільність.

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЯК НАЙКРАЩИХ ІНТЕРЕСІВ ДИТИНИ ЯК ПРИНЦИП ТЛУМАЧЕННЯ НОРМ ЮВЕНАЛЬНОГО ПРАВА

Н. Крестовська

*Одеська національна юридична академія
(Одеса, Україна)*

Правотлумачення як відносно самостійний вид юридичної діяльності сьогодні перебуває в центрі уваги юридичної науки. Тільки в останні роки ця тема знайшла висвітлення у дисертаційних дослідженнях вітчизняних вчених Д.М. Михайловича, І.Д. Сліденка, Ю.Л. Власова, Л.Г. Матвєєвої, П.В. Волвенка та багатьох інших. Разом із тим такий важливий аспект цієї проблеми, як принципи тлумачення поки що перебуває на периферії дослідницьких загальнотеоретичних студій; винятком є лише праці російського дослідника В.А. Петрушева. З його точки зору загальними принципами правотлумачення є об'єктивність, всебічність, законність, обґрунтованість і одноманітність тлумачення. Не заперечуючи в цілому системи цих принципів, зауважимо, що, по-перше, принцип законності є реліктом нормативістсько-соціалістичного праворозуміння. В умовах проголошеного в Україні принципу верховенства права саме він має прийти на зміну принципу законності. По-друге, принципи правотлумачення, зазначені В.А. Петрушевим, видаються такими, що повторюють принципи (вимоги) належного правозастосування. З одного боку, це відбиває реально існуючий зв'язок між формами правової діяльності – передусім, правотлумачної та правозастосовчої, але, з іншого, не показує в достатній мірі специфіку правотлумачення.

На нашу думку, крім загальних принципів правотлумачення юридичною наукою мають бути вироблені також галузеві принципи правотлумачення. Зокрема, цього потребує практика застосування норм ювенального права – упорядкованої сукупності правових норм, спрямованих на забезпечення виживання, розвитку та захисту інтересів дитини. Формальні джерела ювенального права України складають: Конвенція ООН про права дитини 1989 р. (далі – КПД) та два Факультативні протоколи до неї: щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії та щодо участі дітей у збройних конфліктах, Конституція України, Закони України «Про охорону дитинства», «Про соціальну роботу з дітьми та молоддю», «Про органи служби у справах неповнолітніх та спеціальні установи для неповнолітніх», «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт, дітей, позбавлених батьківського піклування», «Про державну соціальну допомогу інвалідам з дитинства та дітям-інвалідам». Окремі норми ювенального права містять також Закони «Про попередження насильства у сім'ї», «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей», а також акти адміністративного, кримінального, цивільного, сімейного, кримінально-процесуального законодавства.

Ювенальне право України є порівняно новою галуззю права, а джерела, які його складають, мають недовгу «історію» застосування, у зв'язку із чим принципи правильного тлумачення норм, які розташовані в різних законодавчих актах і нерідко є колізійними та прогальними, є надзвичайно важливими. На нашу думку, основоположним принципом тлумачення норм ювенального права має бути утверджений КПД найкращого забезпечення інтересів дитини: «В усіх діях щодо дітей, незалежно від того, здійснюються вони державними чи приватними установами, що займаються питаннями соціального забезпечення, судами, адміністративними чи законодавчими органами, першочергова увага приділяється якнайкращому забезпеченню інтересів дитини». Отже, КПД поширює дію цього принципу на всі види правової діяльності всіх суб'єктів права, в тому числі – і на правотлумачну. Нехтування цим принципом у правозастосовчій діяльності приводить до того, що фінансування ювенальної державної політики нерідко здійснюється за залишковим критерієм. Наприклад, всупереч ч. 6 ст. 26 Закону «Про охорону дитинства» щодо матеріальної допомоги дітям-сиротам, які досягли 18-річного віку, вона або не надавалась взагалі, або надавалась у суттєво скороченому обсязі.

Прикладом нехтування цим принципом у правотлумачній діяльності є також Постанова Пленуму Верховного Суду України (далі – ВСУ) «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» № 3 від 15 травня 2006 р. Одне з положень вказаної постанови ставить дітей, батьківство яких встановлюється за рішенням суду, у нерівне становище. Якщо дитина народилась до 1 січня 2004 р., то доведення батьківства відбувається на підставах Кодексу про шлюб та сім'ю 1969 р., який вимагає брати до уваги всі докази, що достовірно підтверджують визнання відповідачем батьківства, в їх сукупності, зокрема, спільне проживання й ведення спільного господарства відповідачем та матір'ю дитини до її народження, спільне виховання або утримання ними дитини. Інакше кажучи, дитина, народжена від чоловіка, який не вів спільного господарства з матір'ю дитини, має небагато шансів на встановлення заперечуваного чоловіком батьківства і, відповідно, на матеріальну підтримку з боку біологічного батька. Чинний Сімейний кодекс в цьому сенсі є більш сприятливим для дитини, оскільки достатніми вважає будь-які докази батьківства (як правило, досить результату медико-генетичної експертизи). Більше того, ми можемо сказати, що незастосування суб'єктом тлумачення основоположного принципу ювенального права – забезпечення найкращих інтересів дитини – привело до погіршення становища дитини, батьківство якої встановлюється за рішенням суду, у порівнянні з ситуацією, яка існувала до видання цієї постанови, адже за відсутності такого тлумачення суд міг діяти на власний розсуд, в тому числі міг застосувати більш простий і тому сприятливий для дитини порядок визнання батьківства.

На сьогодні суттєві недоліки має ювенальний сегмент кримінального права України, зокрема, норми, якими захищаються права дітей, інститут кримінально-правового реагування на суспільно небезпечні діяння, вчинені малолітніми та інститут кримінально-правової відповідальності неповнолітніх. Тлумачення норм ювенального кримінального права, яке неодноразово здійснювалось ВСУ, в основному відповідає принципу забезпечення якнайкращих інтересів дитини. Так, наприклад, Постанова Пленуму ВСУ «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність» конкретизує не вказаний у законі вік, з якого настає відповідальність за втягнення неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність, а саме – 18 років, визначає, що такий злочин має формальний склад, тобто для притягнення дорослого до відповідальності за цей злочин не потрібні негативні наслідки діяння.

Особливо слід відмітити, що, зважаючи на відсутність в Україні системи ювенальної юстиції, ВСУ шляхом правотлумачення намагається впровадити окремі її елементи, діючи якраз в дусі принципу забезпечення якнайкращих інтересів дитини. Так, Постанова Пленуму ВСУ від 16 квітня 2004 р. № 5 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх» і Постанова Пленуму ВСУ від 15 травня 2006 р. № 2 «Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру» вимагає активніше залучати громадськість до вирішення питань, які виникають при розгляді справ про злочини неповнолітніх, зокрема, всіляко підтримувати діяльність тих громадських організацій, які ставлять за мету до судового розгляду справи досягнути примирення між неповнолітнім, котрий вчинив злочин, і потерпілим.

На наш погляд, система інтерпретаційних актів ВСУ в галузі ювенального права є незавершеною, оскільки досі відсутня постанова про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини проти дітей. Це завдання є особливо важливим, зважаючи на те, що в Кримінальному кодексі України, на відміну від Кримінального кодексу Російської Федерації та багатьох інших країн, цей правовий інститут не оформлений як виокремлений підрозділ.

Отже, Постанови Пленуму ВСУ, які містять не тільки роз'яснення норм права, але й правоконкретизуючі положення загального характеру, обов'язкові для застосування судами та правоохоронними органами, значною мірою, але не в повному обсязі відповідають принципу забезпечення якнайкращих інтересів дитини, що викликано, перш за все, недостатньою увагою до міжнародних стандартів прав дитини та слабкою розробкою проблеми принципів правотлумачної діяльності. Зокрема, дослідження актів тлумачення норм ювенального права виводить нас на необхідність сформулювання не тільки галузевого, але й загального принципу тлумачення права – неприпустимість погіршення становища суб'єкта, права якого захищаються або встановлюються тлумаченою нормою.

ПРАВОЗАКОННІСТЬ І ПРАВОПОРЯДОК У ПРИЗМІ ПРАВОРОЗУМІННЯ

А. Крижанівський

*Одеська національна юридична академія
(Одеса, Україна)*

Нинішня епоха правового розвитку, яка позначена відходом від усталених позитивістських моделей правового впорядкування суспільного життя, ствердженням у людській свідомості і суспільній практиці багатоманітності форм організації правової життєдіяльності людських спільнот, плюралізмом сприйняття права і правових явищ, задля розуміння цих процесів і вироблення адекватної їм парадигми правового розвитку, вимагає формування новітніх методологічних підходів осягнення права. І праворозуміння виступає тут одним із дієвих засобів досягнення цієї мети.

Праворозуміння як категорія теоретичної і практичної юриспруденції так чи інакше впливає на всі компоненти правового буття – і на правову свідомість індивідів, соціальних груп та суспільства, і на правову поведінку індивідів і спільнот людей, і, зрештою, й на правовий порядок. Будучи складовою сприйняття людиною оточуючого її світу, праворозуміння складає найважливіший аспект правової життєдіяльності.

Праворозуміння має цілий спектр значень – це розуміння окремих правових явищ (правової норми, правових відносин, правових актів, правопорядку та ін.), але ж це і розуміння права як цілого. Для характеристики праворозуміння важливе значення має і те, що воно виступає у якості тієї точки, з якої починається осмислене сприйняття права і правових явищ, раціоналізоване проникнення у світ правового буття. На відміну від розуміння явищ фізичного світу, де розуміння окремої частини його може сприяти розумінню цілого (одна капля дощу і дощ як явище), у правовій сфері розуміння навіть значної кількості правових феноменів (норм права, правових відносин, правових актів та ін.) „не гарантує” розуміння природи права як цілого.

Правопорядок і законність як „сіамські близнюки” позитивістського праворозуміння складають не тільки теоретичну перешкоду у вітчизняній юриспруденції, але й потужне гальмо на шляху практичного забезпечення сучасного правопорядку і правової законності в українському суспільстві.

Яскравою ілюстрацією необхідності нового осмислення цих правових явищ у нинішніх умовах є проблематика співвідношення законності і правопорядку, котра у спектрах сучасного праворозуміння вимагає методологічного залучення ще й категорії застосування права, яке П.О. Недбайло називав найбільш дієвим способом реалізації права. Через цю призму уможлиблюється вийти, з однієї сторони, на розуміння дійсної міри взаємопов'язаності і взаємозалежності правопорядку і законності, а з іншої – на з'ясування самостійного їх місця у системі правових цінностей та у механізмах суспільно-правового впорядкування соціальної життєдіяльності.

Розуміння права як системи загальнобов'язкових норм і приписів державної влади так чи інакше виводить на етатистську модель законності і правопорядку, згідно з якою останній інтерпретується як порядок врегульованих нормами права суспільних відносин, встановлений при дотриманні вимог законності. Якщо ж при цьому законність розуміється «...передусім як режим, що характеризує відносини між державним апаратом і громадянином», то очевидно, що в цій моделі правопорядку роль головної сили, яка встановлює і забезпечує його, відводиться виключно державі, для котрої громадянин є тільки об'єктом владної діяльності. Може скластися враження, що цитовані дефініції – витвори відповідної епохи, що залишилися вже тільки в історії юриспруденції. Проте, етатизм у підходах до правопорядку зберігається, мімікруючи навіть у ті доктринальні конструкції, що використовують категорії правової держави, верховенства права та ін.

Розверстка позитивістського (нормативного) праворозуміння на систему правових явищ і категорій виявляє себе у здебільшого етатистському розумінні правопорядку. Звужене сприйняття права як засобу соціального управління у галузевому правознавстві інтерпретувало державу як суб'єкта – не більше і не менше – управління громадським і правовим порядком.

Тому зовсім не дивно, що і сучасні правники виходять із того, що правопорядок – вираження і прояв влади, причому таке, яке розглядає правопорядок як характеристику сучасного суспільства. Оскільки основними ресурсами та способами легітимації влади є її такі атрибути, як насильство, авторитет, переконання і маніпуляція, то й рівень та характер правопорядку в конкретному суспільстві неабиякою мірою (але не в повній мірі, не виключно – А.К.) залежить від того, на якій з названих „підстав легітимації” власне й базується влада у суспільстві, адже правопорядок може підтримуватися будь-якою з них. Але ж очевидно і те, що правопорядок державою тільки „забезпечується”, „охороняється”. „Створює” ж правопорядок, постійно-безперервно „дає йому життя”, відтворює, підтримує саме суспільство, і від характеристик цього суспільства найбільше залежить, яким постає правопорядок у ньому у конкретно-історичних умовах його життєдіяльності.

Сприйняття правопорядку як наслідку, результату законності не тільки деформує розуміння соціальної обумовленості та цінності правового впорядкування суспільної життєдіяльності, неадекватно перебільшує значущість законності у співвідношенні „законність і правопорядок”, але й поширює етатизм на рівень правових явищ, життєво важливих для суспільства в цілому, знижує масштаб значущості правопорядку як соціальної і особистісної правової цінності. Це збіднює і сприйняття всієї правової реальності, бо за межами її досягнення залишаються соціальні підґрунтя, і характеристики правопорядку як соціально-правового феномена, буття якого корелюється на рівні основ всієї соціальної системи регулювання суспільних відносин і забезпечення цілісності соціуму. Бо, як зазначав П.О. Недбайло, право не можна розглядати тільки к інструмент у руках держави. Воно є також інструментом у руках громадян по відношенню до службовців держави і її органів.

Природньо-правовий підхід до досягнення права справив потужний вплив на інтерпретацію правопорядку як такого, що має витоки і обґрунтування у природі людини, природі речей. Ідея моральності, справедливості права, що закладена самою природою людини, стверджувана ще філософами Давньої Греції (Демокрит, Сократ, Платон, Арістотель та ін.) та юристами Давнього Риму (Ціцерон, Ульпіан та ін.) поєднується тут із визнанням існування поряд з позитивним правом (законами і звичаями) ідеального порядку відносин між людьми. Цей вищий нормативний порядок і називають природнім правом.

Традиція природнього права була потужно представлена і у вітчизняній юриспруденції дореволюційної доби. Вважалося, що без існування природнього права не могло б існувати право позитивне, бо воно є реалізацією загальних розумно-етичних начал, і відтак, заперечення цих начал означає заперечення всякого сенсу позитивного права. Звідкіль позитивне право держави отримує свою зовнішню санкцію? Звичайно, від верховної влади. А сама верховна влада звідкіль отримує право видавати безумовно обов’язкові юридичні норми? Позитивіст може дати тільки одну відповідь: із сили. А насправді правомірність актів верховної влади ґрунтується на природньому праві, котре говорить, що вона (влада) має правити для загального блага, і що громадяни зобов’язані їй у певних межах коритися. Як зазначав І.В. Михайловський, „...існування природнього права інстинктивно визнається всіма людьми на всіх ступенях розвитку. У всіх спорах, що стосуються питань держави і права, і звичайні обивателі, і парламентарі, і навіть учені юристи-позитивісти так чи інакше, непомітно для самих себе, припускають існування природнього права. Чи має держава право видавати ось-такий закон? Чи має держава взяти у свої руки ось-таку область відносин і т.п? Ці питання можуть бути поставлені тільки на ґрунті природнього права. Самі законодавці визнають його існування, відсилаючи до нього суддів у випадку прогалин у позитивному праві. Судова практика свідчить, що нерідко тлумачення законів і аналогія бувають безсилі заповнити прогалини позитивного права, і тоді судді керуються природнім правом».

Через призму природнього праворозуміння правопорядок і законність бачаться як різновеликі категорії, кожна з котрих отримує самостійне змістовне наповнення в рамках розмежування права і закону. Правопорядок як стан впорядкованості, організованості і безпечності суспільного буття своїми витоками має опосередковану правом міру свободи, справедливості і формальної рівності. Законність веде походження від втіленого у законодавство суспільного інтересу щодо обмеження державної влади, підпорядкування діяльності державних органів і посадових осіб чітким і точним вимогам правових законів, забезпечення саме у цій сфері режиму правозаконності.

ЕТНІЧНІСТЬ ПРАВА ТА ПРАВОВА ТРАДИЦІЯ (ПРАВАЗАСТОСУВАЛЬНИЙ АСПЕКТ)

Ю. Лобода

*Львівський державний університет внутрішніх справ
(Львів, Україна)*

Етнічність права як проблема правової науки. Актуальність етнографічної парадигми у дослідженні сучасної соціальної реальності на філософсько-методологічному рівні загальноновизнана.

Суспільствознавству радянського періоду була властива суперечність між екстрапольованою на весь масив соціальної дійсності класовою парадигмою, з одного боку, та конкретним емпіричним матеріалом, який потребував теоретичного узагальнення та осмислення, не кажучи вже про потреби повсякденної державно-правової практики, з іншого боку. Майже будь-яке утвердження етнічної складової у соціальних процесах сприймалося як заперечення їх соціально-класової природи, а дослідження правового елемента етнічних процесів допускалося із значними обмеженнями, переважно у зв'язку з двома напрямками дослідження: генеза права та правові звичаї первісного суспільства, а також опис та систематизація звичаєвого права “відсталих” народів сходу та півдня СРСР. Щодо класових суспільств, вважалося, що по мірі класоутворення та виникнення розвинених форм права та політичної організації власне етнічні процеси були змінені соціально-класовими.

І лише наприкінці 70-их років XX ст., проблему етнічного виміру правової реальності було офіційно сформульовано в узагальненому вигляді як для досліджень докласових чи ранньокласових, так і класових суспільств, а отже – і для досліджень права загалом.

У рамках предмета теоретико-правової юриспруденції дослідження етнічних сторін політико-правових явищ розглядалося як розділ вивчення політичної та правової культури, а це вже важливий крок на розробці загальної концепції етнічних закономірностей у правовій системі.

Характеризуючи тенденції у пізнанні етнічності права у науці радянського періоду, зробимо декілька зауваг.

По-перше, впадає в око звужене розуміння етнічності правової культури порівняно з політичною культурою.

По-друге, хоча етнічність правової культури сумніву не піддавалася, очевидним є тяжіння до інтерпретації етнічності правової культури як прояву її окремих “традиційно-побутових елементів”, пов'язаних з пережитками окремих народів. Наступним висновком, очевидно, повинна була бути теза про зменшення ролі етнічної специфіки правової культури аж до її практично повного зникнення.

На противагу – а значить і в розвиток – трьох розглянутих у цьому розділі нашої статті тез – ми пропонуємо тезу про етнічність правової системи як її невід'ємну, сталу і необхідну властивість, яку спробуємо обґрунтувати далі. Оскільки проблемі, як видається, притаманний перш за все філософсько-методологічний характер, то і розглядати її слід з позицій логіки та методології науки.

Деетнізація права: гіпотеза чи факт? Ми обмежимося викладом тих положень, які, на наш погляд, пояснюють причини ідеї деетнізації права як тенденції його розвитку.

У найбільш загальному вигляді причини деетнізації права пояснюються домінуванням у буржуазну епоху статутного права як джерела права над прецедентом та абстрактної форми правових норм над конкретно-предметною формою норм традиційного суспільства.

Очевидно, такий висновок про деетнізацію права у процесі історичного розвитку та становлення буржуазних суспільств пояснюється простим протиставленням правових систем капіталістичної доби (з останніми асоціюються перш за все західноєвропейські та похідні від них правові системи) та докапіталістичної (включаючи як європейські феодальні, так і сучасні буржуазним традиційні, зокрема колоніальні, правові системи).

Якщо ж розглядати систему права як елемент правової системи та правової культури, етнічність яких є незаперечним фактом, то деєтнізація права перестає бути настільки очевидною. По суті деєтнізація права якраз відображає процес диференціації права як відносного відмежування, **виокремлення системи права як одного з елементів правової системи**. Однак при цьому ніякої реальної “деєтнізації” права не відбувається, оскільки всі інші елементи правової системи зберігають свою етнічну специфіку, внаслідок чого і норми права, хоча, іноді й неочевидно, але від того не менш суттєво позначені нею в силу дії законів системи. Так, рецепція римського цивільного права у середньовічній Європі не перетворила європейців на римлян, а феодальну правову систему – на правову систему, аналогічну правовій системі Стародавнього Риму.

Отже, деєтнізація права є не більш ніж гіпотезою, а реальним змістовним наповненням цього поняття у нормативній етнографії є процес виділення системи права у відносно автономну підсистему правової системи, що, однак, не означає зникнення чи зменшення значення її органічного зв'язку з іншими підсистемами та системою в цілому.

Наведені міркування ще раз переконують в тому, що загальна категорія права у сучасній правовій науці повинна розглядатися як така, що покликана відобразити сутність правової системи, а не якогось з її елементів. У такому аспекті етнічність правової системи не може розглядатися інакше як її суттєва властивість, характерна риса та одна із закономірностей її розвитку.

Тому ми притримуємося тієї позиції, що, оскільки науці не відома жодна соціальна організація, яка при цьому не була б пов'язана з певним етнічним колективом, правова традиція як ідея, принцип та тенденція розвитку правової складової цієї соціальної організації неодмінно буде одночасно і *національною традицією*, а тому є об'єктом розгляду як етнографічної, так і правової науки під кутом зору предмета кожної з цих наук.

Відтак постає необхідність формування адекватної теоретичної моделі взаємодії вітчизняної правової системи з міжнародно-правовим європейським простором в умовах їх взаємної інтеграції на основі врахування внутрішніх об'єктивних властивостей правової системи України, зокрема її етнонаціональної специфіки. Адже вітчизняна правова система – це не сукупність категорій правової науки, а жива правова реальність, яку можна лише у вузьких межах, зумовлених теоретичною природою пізнання, розглядати відокремлено від живого єства народу у його повсякденних справах та турботах.

Імплементація Євроконвенції та практики Європейського Суду з прав людини як проблема правозастосування. Надання практично всім без винятку рішенням Європейського Суду з прав людини прецедентної сили означає, що вітчизняна правова реальність трансформуватиметься (принаймні теоретично) за зразком іноземної. От і нас зацікавило питання: які ж можуть виникнути практичні проблеми на цьому шляху, відповідь на яке передбачає опис у системі відповідних понять таких процесів та відображення взаємодії іноземної правової культури з вітчизняною, квінтесенцію якої, як ми спробували обґрунтувати у інших статтях, становить правова традиція українського народу.

У аспекті прогнозування завершення таких процесів постає питання про те, чий вплив на вітчизняну правову систему виявиться сильнішим: західноєвропейського варіанту правової культури людства чи вітчизняної правової традиції, яка упродовж віків залишалася одним з дієвих факторів збереження етнонаціональної самотності українського народу.

Таким чином, в Україні рішення міжнародного суду стали прецедентом, а судовий прецедент як такий став джерелом права.

Зазначений вище потужний тенденції впливу іноземної правової культури на вітчизняну протистоїть не тільки національна правова традиція як чинник розвитку правової системи всередині України, але й незрівнянно менш вагома, проте також реально присутня тенденція зворотнього впливу: адже представники України працюють як у складі Європейського Суду з прав людини, так і в його апараті, апараті Ради Європи. Будучи носіями вітчизняної правової культури, ці люди, свідомо чи несвідомо, опосередковують її вплив на загальноєвропейський правовий простір (наприклад, голос судді від України може виявитися вирішальним при вирішенні справи проти якоїсь іншої, крім України, держави). А оскільки, по-перше, Європейський Суд з прав людини сам зв'язаний власним прецедентом, і, по-друге, його рішення є прецедентними для деяких національних судів, зокрема в Україні, правова традиція українського народу може стати одним з чинників еволюції вже західноєвропейської правової культури, правовій традиції якої також притаманні інертність та велика захисна, оберігаюча її своєрідність та цінності сила.

Тобто суть проблеми зводиться до того, чи буде, врешті-решт, національна правова традиція українського народу розчинена у загальноєвропейській правовій системі, чи ввійде як елемент у поліетнічну за своєю природою європейську регіональну правову систему, чи перебуватиме у перманентному конфлікті із західноєвропейською правовою традицією,

Висновки. Одним з можливих напрямків дослідження євроінтеграційних процесів у правовій системі України є їх характеристика за допомогою категоріально-методологічного апарату соціо-нормативної етнографії. У межах предмета цієї наукової дисципліни імплементація рішень Європейського Суду з прав людини у внутрішню правозастосувальну, зокрема судову практику в Україні може розглядатися як прояв міжетнічної взаємодії двох різних правових культур та пов'язаних з ними правових систем: вітчизняної, яка характеризується національною правовою традицією українського народу, і поліетнічної правової системи, яка формується чи вже частково сформувалася в окремих сегментах в рамках Європейського Союзу чи таких міжнародних організацій, як Рада Європи чи ОБСЄ. Таким чином, об'єктом дослідження нами обрано процес імплементації прецедентних рішень Європейського Суду з прав людини у судову практику України. Одним з факторів, які можуть гальмувати процес імплементації, є національна правова традиція, яка забезпечує якісну самотність вітчизняної правової системи, що передбачає підтримання певного комплексу стабільних ознак останньої. Зазначене, зокрема, може виявляти себе при тлумаченні норм Конвенції вітчизняними судами чи при явній суперечності між прецедентним рішенням Європейського Суду з прав людини і тим рішенням, яке за закономірними властивостями правової системи України, зазвичай мав би ухвалити вітчизняний суд по даній категорії справ.

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ЯК ІДЕЯ І ПРИНЦИП

С. Максимов

*Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)*

Верховенства права є однією з проблем, яка найбільш активно обговорюється у сучасній українській філософії і теорії права. Як відомо, верховенство права є ключовим принципом спільних цінностей, на яких базується сучасний цивілізований світ. Тому вихід українського суспільства на якісно новий рівень свого цивілізаційного розвитку, пов'язаний з включенням у процеси глобалізації та євроінтеграції, обумовили необхідність такого ж нового рівня в концептуальному осмисленні та практичній реалізації цього конституційного принципу. Слід відзначити, що у сфері теоретичної розробки принципу верховенства права та його реалізації в Конституційному правосудді українська юридична наука має певні здобутки (праці С.П. Головатого, М.І. Козюбри, П.М. Рабиновича, А.О. Селиванова, М.В. Цвіка та ін.).

Водночас слід визнати, що ми досі не маємо чіткого розуміння верховенства права, яке б знайшло своє втілення в законодавстві і правових інститутах. Це відбувається тому, що правові формули дають відображення лише логічної складової, за якою має стояти певна «метафізика» (світосприйняття, життєвий світ, культурний досвід). Саме невикоріненість верховенства права в основах нашого буття і не дає нам змоги вивести його точну юридичну формулу. Тому ми й вимушені постійно звертатися до уточнення концептуальних положень стосовно цього феномену.

Досвід аналізу вітчизняної і зарубіжної літератури дає підставу розрізнити верховенство права як правову ідею і верховенство права як юридичний принцип. У свою чергу розуміння верховенства права як ідеї включає декілька рівнів.

По-перше, мінімальне розуміння, що відповідає традиції Гоббса, за якою верховенство права – це наявність передбачуваності в діяльності індивідів, тобто наявність загальних норм (законів), які діють і застосовуються судами у разі їх порушення. Цей рівень відповідає принципу формальної законності, тому в цьому значенні будь-яке юридичне рішення – навіть несправедливе – може розглядатися як здійснення ідеї верховенства права.

По-друге, більш широке розуміння, яке за змістом збігається з німецькою ідеєю правової держави (Rechtsstaat) і англійською ідеєю rule of law. У межах цієї конструкції верховенство права набуває системної природи, тобто здійснюється як певна сукупність принципів, головна ідея яких полягає у визнанні переваги права і закону над свавільними діями влади і наданні не тільки приватним особам, а й органам публічної влади статусу суб'єктів права, дії яких мають пройти через контролюючі їх законність судові процедури. Інтегральною частиною цього рівня верховенства права є те, що громадяни можуть вільно критикувати закони і оспорювати справедливість дій уряду і політиків на підставі загально-визнаних і закріплених у міжнародних договорах і національних конституціях стандартів – прав людини.

По-третє, рівень, що включає попередні два і доповнює їх певними вимогами щодо правопорядку, який має бути встановлений на підставі загальних норм (законів), що забезпечують формально рівне ставлення до всіх адресатів. Вони мають бути зрозумілими і можливими для виконання, стабільними, несуперечливими, гласними, не мати зворотної дії тощо. Цей рівень відповідає відомим фулерівським вимогам до моральності права, або вимогам формальної справедливості.

На наш погляд співвідношення верховенства права як ідеї і як принципу полягає в розрізненні широкого змісту верховенства права (панування права) і більш вузького змісту (вищість права), що передбачає пріоритет права, як прав людини, перед законом і діями виконавчої влади.

Ці поняття відображені в декілька статтях Конституції України, але найбільш концентровано зміст ідеї верховенства права відображено у ст. 1, яка містить положення про Україну як правову державу, а принцип верховенства права у ст. 8. Вони тісно пов'язані між собою: якщо ідея чи ідеал

верховенства права дає ціннісно-концептуальне обґрунтування відповідному принципу, то принцип конкретизує і доповнює ідею.

Зміст поняття верховенства права доповнюється іншими статтями. Так у ст. 3 Конституції України говориться: «Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави». Як відомо, в сучасній конституційній доктрині розрізняють поняття «утвердження» і «забезпечення» прав і свобод людини. Під утвердженням прав і свобод розуміють їх визнання державою (головним чином їх закріплення у Конституції та інших законах, ратифікацію міжнародних договорів). Водночас завдання «утвердження» можна трактувати в більш широкому, так би мовити, «онтологічному» сенсі, а саме: як утвердження в повсякденному житті пріоритету прав і свобод людини в українському суспільстві.

Такому «онтологічному» утвердженню верховенства права *в повсякденному житті* має сприяти розуміння того, що головним смисловим виразом права, його ціннісною засадою є автономія особистості, тобто самозаконність людської поведінки. За Кантом, поняття автономії диференціюється на *моральну автономію* (здатність людини самостійно судити, що є добро і що є зло, яка обумовлює вихідну довіру до людини і неприпустимість законів про моральність), *утилітарну автономію* (здатність людини самостійно судити, що є для неї вигідним чи невигідним, а тому – неприпустимість привілеїв чи дискримінації); *громадянську автономію* (здатність людини брати участь у виробленні загальних рішень, які стосуються її власного добробуту і щастя). Відповідно до цих видів автономії розрізняють найважливіші типи правових норм: громадянські права і свободи; гарантії рівності перед законом і судом; політичні права і свободи.

Таким чином, узагальнений смисл принципу верховенства права полягає в утвердженні і забезпеченні прав людини. Вони є ключовим елементом системи характерних рис верховенства права (його принципів), які за своїм змістом є інституційно-процедурним забезпеченням прав людини. Основою прав і свобод індивіда є визнання за ним певної сфери свободи, межі якої державна влада не може порушувати. Основні права, які визнаються невід'ємними атрибутами людської особистості, закріплені в сучасних конституціях (Конституція України, розділ 2).

Тому механізм регулювання взаємовідносин між індивідом і органами державної влади виражається в аксіомах верховенства права: все, що не заборонено індивіду, йому дозволено; і навпаки, все, що не дозволено владі, їй заборонено. Головним у цих положеннях є той самий принцип – принцип визнання автономії особистості. Ця вимога принципу верховенства права відтворюється у частині другій статті 19 Конституції України, відповідно до якої 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 України та законами України.

Верховенство права не відміняє верховенства закону в системі джерел права, а включає його в систему своїх рис як певний рівень. Тому односторонню позицію займають деякі дослідники, які, захопившись ідеєю верховенства права, ставлять під сумнів авторитет закону, міркуючи за спрощеною логікою «або-або» (або закон, або право), а не за змістовною логікою (право як сутність, зміст закону).

У сучасному світі, що глобалізується, проблема верховенства права виходить за межі національних кордонів. У правовій філософії набуває сили тенденція визнання верховенства права як глобального стандарту. Водночас відчутнішою стає і складність в його реалізації: деякі країни готові пожертвувати ідеалом верховенства права у його повному обсязі заради залучення транснаціональних компаній з метою забезпечення економічного росту. Тому можна сказати, що глобалізація таїть у собі певні загрози ще не затвердженому в соціальному бутті українського суспільства верховенству права. Залишається надіятися на збереження в українській правовій культурі вірності свідомо обраної та конституційно закріпленої цінності верховенства права.

ПРАВОВАЯ НОРМАТИВНОСТЬ КАК ВЫРАЖЕНИЕ ЕСТЕСТВЕННОЙ ФОРМЫ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ

Л. Мурашко

Конституционный Суд Республики Беларусь

Является ли деятельность людей нормативной в силу своей природы? Общество представляет собой систему многочисленных связей и отношений, где переплетаются интересы различных социальных групп. Эти отношений многообразны, постоянно усложняются, и мы можем сделать вывод, что в основе происхождения социальных норм, их развития лежит необходимость упорядочить данные связи и отношения в обществе, которое, как всякая система, стремится к упорядочению своих элементов. Количество вариантов поведения постоянно увеличивается, – и вот уже общество закрепляет те из них, которые являются наиболее востребованными. При этом накопление устойчивых и типичных вариантов поведения продолжается, и нормативное регулирование представляет собой имманентный обществу процесс.

Нормативное регулирование отношений присуще всему процессу естественноисторического развития общества. Более того, нормативность социального бытия человека – условие функционирования всей социальной системы. Нормативное регулирование базируется на естественных законах природы и общества, закономерностях и тенденциях, складывающихся из стихийного регулирования естественного характера.

Социальная деятельность человека ограничена объективными предпосылками и условиями его существования. Эта деятельность всегда целенаправленная и целеполагающая, вместе с целями и через них социальная деятельность также объективно обусловлена и подчинена общественной необходимости. Более того, на ранних стадиях формирования человеческого общества нормативность выступает как необходимое условие этого процесса – потребность упорядочить общественные отношения родства, труда, обмена.

В процессе исторического развития явления, связи, отношения взаимодействуют между собой, и нормативность выражает проявления этого взаимодействия, выступает формой их развития. *Форма нормативности – универсальная форма любых закономерных связей*, и явление нормативности само по себе выступает важной закономерностью общественного развития.

Необходимо отличать формирование норм как реальный исторический процесс и *выражение* этих норм через адекватное субъективное осознание в различных предписаниях, системах, символах (в том числе правовых). Это различие начинает проявляться на ранних стадиях развития общества, когда сознание человека отделяется от его предметной (материальной) деятельности.

Способность человека к абстрагированию, развивающаяся вместе с человеком, позволяет ему обобщать и формулировать нормы, *уже* упорядочившие его жизнедеятельность. Специальная нормотворческая деятельность, связанная с формулированием норм, выделяется на более поздних стадиях развития общества. Общество приходит к закреплению сложившихся нормативных систем и вырабатывает специальные механизмы по выявлению, формулированию, «изобретению» норм и процедур.

Норма права – особая социальная норма, которая имеет свои специфические черты и признаки.

Норма права возникла вместе с развитием современной цивилизации, регулируя наиболее социально значимые отношения в сфере государственного устройства, имущественных и земельных отношений, отношений наследования. Институт разрешения споров судебным путем (две стороны, арбитр, решение), формируясь с глубокой древности, стал главным инструментом в разрешении споров. Нормы права содержали наиболее результативные образцы поведения. Следование этим образцам позволяло участникам отношений четко представлять свои права и обязанности и достигать поставленных целей.

Такі властивості правової норми, як загальнообов'язковість, формальна визначеність, її загальний характер, неперсоніфікованість, системність, можливість державного примусу, що стоїть за пропонуванним зразком належного поведіння, ставлять правову норму в центр соціального регулятивного впливу.

Норма передбачає не тільки усвідомлення індивідом свого «я», розрізнення належного і дійсного, але й усвідомлення норми як міри *належного* поведіння, правила. Дійсність в нормі відображається не такою, якою вона є, а такою, якою вона повинна бути, тобто повинуватися. Одночасно як норма можуть виступати і відносини, при яких вона дотримується, сюди входить і процес співвіднесення реальних дійсностей з ідеальним зразком, і якщо дії нормі не відповідають, то розуміється, що в разі дотримання норми ці дії також були б запропоновані як норма (дійсне, закладене в нормі).

Належне і дійсне завжди пов'язані між собою. Належне відображає дійсне, спроможно своїм впливом змінювати його, в нормі ці категорії постійно взаємодіють. При цьому процес відображення, як і формулювання належного в нормі, передбачає високий розвиток людського свідомості. Оцінка, пов'язуючи дійсне і належне, є суб'єктивним актом людського свідомості. Оцінка – специфічно людська спроможність. Але оцінка дійсного індивідом не «створює» належного, інакше ми не тільки залишимо категорію належного в сфері ідеального без всякого впливу на її реальність, але й розірвемо тим самим зв'язок між належним і дійсним, поставивши належне в залежність виключно від оцінки, незважаючи на те, що зв'язок цей існує і є двохстороннім.

Варіанти поведінки можуть передбачати ситуацію, коли суб'єкт при виборі нецелесуспішного або принесеного шкоди варіанта завдяки своєму результату надає перевагу іншому або протилежному варіанту без його реалізації, заздалегідь його схвалює і пропонує як ідеальний зразок, як належне (по зв'язку «належне – дійсне»). Так же і поведінка, принесла найбільший по ефективності результат, отримує подальше закріплення, стає зразком, зразком для аналогічних відносин (по зв'язку «дійсне – належне»).

Оцінка забезпечує складну «роботу» належного і дійсного в взаємозв'язку. Якщо оцінене дійсне отримує своє втілення в сфері ідеального, в належному, норма виражає результат цього втілення, «існуюче» належне, представляє собою зразок поведінки, ідеал.

Таким чином, оцінене дійсне не завжди є належне, а лише в разі вираження належного в нормі, і оцінка дійсного приводить нас до неї, до зразку, до ідеалу, якщо вона представляє собою суб'єктивне відображення об'єктивно існуючої цінності: «ідеальне», з точки зору якого необхідно оцінювати фактичне, є не що інше, як цінність.

Ціннісна орієнтація мислення проявляється в тому належному, яке втілено в нормі. Щоб обґрунтувати необхідність якогось-будь-якого дії (норма), недостатньо посилатися на фактичні наслідки (дійсне). Належне існує неке загальне для них правило (цінність), і частіше за все як ідеал цього *загального правила* використовується категорія добра, благо, справедливості і т.д.

При цьому можна виділити наступну ланку: *цінність – відображення – оцінка*, де передбачається об'єктивний характер існування цінності. Цінність в даному разі виявляє значення об'єктів оточуючого світу для людини і суспільства в залежності від їх соціального характеру, соціальної значимості. Але оцінка є *кінцевим* результатом відображення цінності. Оцінка приводить нас до належному, і для суб'єкта належне і є його індивідуальна цінність. Тут відношення до фактичному переходить в нове становище *нормативного* шляхом оцінки, базуючись вже на всій сукупності духовного світу особистості, і отримує велику індивідуальну значимість.

Цінності виражають суспільні ідеали (добро, справедливість, моральність і т.п.), одночасно оцінюючи втілення їх в реальності: осуджаючи, схвалюючи, поощряючи, – тим самим виступають нормативними по своєму характеру. Таким чином, цінність нормативна, а норма, в свою чергу, – ціннісна по своїй природі.

Взаємодія і співвідношення індивідуальних переконань і цінностей, суб'єктивних суджень і норм історично веде до відбору і закріпленню тих, які приймає більшість індивідів, в результаті суспільство схвалює і захищає їх.

Историческая эволюция ценностей, их иерархия и соотношение менялись на протяжении тысячелетий. Цивилизационный подход к праву позволяет обосновать социокультурные истоки ценностей. Ценности, которая современная наука выделяет как имеющие безусловное отношение к праву, необходимо отнести к достижениям западноевропейской цивилизации, и это – свобода, равенство, справедливость. Право в силу своей регулятивной природы всегда в основе своей апеллирует к общепризнаваемым, «легитимным» ценностям того или иного общества, «революционные» нормы, ускоряющие (изменяющие) общественное развитие всегда составляют лишь какую-то (на наш взгляд, всегда в достаточной степени меньшую) часть. Эффективность правового регулирования определяет полнота «встраивания» правовых норм в систему ценностей, представляющую собой, как было показано выше, сложную совокупность реальных норм, оценок, должного поведения.

ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА: СУТНІСТЬ І СТРУКТУРА

С. Погребняк

*Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)*

Як відомо, принцип верховенства права (англ. – rule of law) є одним з провідних елементів загальних засад конституційного ладу будь-якої сучасної демократичної, правової держави. Він являє собою похідну всіх загальних засад права: як ціннісний сплав ідей справедливості, рівності, свободи і гуманізму верховенство права формує відповідний образ правової системи і визначає ті умови, що дозволяють перетворити цей образ на реальність.

Характеризуючи даний принцип, насамперед слід з'ясувати, *над чим право панує і здійснює своє верховенство*. Не можна погодитись із спробами звести цю проблему до питання про першість права щодо інших суспільних регуляторів. Більш точним є зміщення акценту у визначенні змісту верховенства права на проголошення його першості перед державою. Внаслідок цього суверена, який проголошує право, заміщує чи має тенденцію заміщувати суверенне право. Однак ще більш влучно характеризувати право як явище, що має перевагу над будь-якими рішеннями і діями окремих суб'єктів; усі подібні рішення і дії «проходять перевірку» правом. У такому випадку цей принцип буде звернений як до приватних осіб, так і до державних органів і посадових осіб (в тому числі до суб'єктів нормотворення), що дозволяє обґрунтувати безумовний обов'язок усіх суб'єктів поважати право, забезпечити ситуацію, за якою суспільство є вільним як від приватного, так і від державного свавілля. Іншими словами, це «верховенство права, а не особи». Яскрава альтернатива верховенству права – статут Василіска Семеновича Бородавкіна про «неперешкоджання градоначальників законами», описаний в «Історії одного міста» М. Салтикова-Щедріна.

У сучасній літературі поза всяким сумнівом існує багато різних конкуруючих визначень верховенства права. Утім, всі вони можуть бути зведені до двох основних груп, відомих як «формальна» і «матеріальна» (змістовна) концепції. Такий поділ є стандартом у теорії права. Основну відмінність між ними можна визначити так: формальні теорії зосереджуються на належних джерелах і формі законності, тоді як матеріальні теорії включають також вимоги до змісту закону (зазвичай він має узгоджуватися з правовими або моральними принципами).

На нашу думку, більш обґрунтованими є саме матеріальні концепції, оскільки формальні теорії часто-густо призводять до висновків, абсурдних з точки зору нашого праворозуміння (наприклад, у літературі слушно підкреслюється, що відповідно до формальних теорій закон може встановити рабство, жодним чином не порушуючи принцип верховенства права).

Спробуємо викласти наше розуміння принципу верховенства права, яке ґрунтується на ідеї виокремлення двох його аспектів: формального і матеріального.

З формальної точки зору верховенство права полягає в тому, що в суспільстві мають існувати правові норми, яких дотримуються всі суб'єкти, в тому числі держава. У цьому випадку право обмежує державу самим фактом існування правил і процедур. У свою чергу індивід знає, як себе поводити та якої поведінки він може очікувати від інших суб'єктів. У такому сенсі можна говорити про право як про універсальну соціальну граматику, головне призначення якої полягає у створенні умов можливості спільного життя людей, тобто умов функціонування людської спільноти. Воно є альтернативою заснованому на пристрастях індивідуальному свавіллю та насильству. Основні цінності, які асоціюються з цим аспектом верховенства права, – порядок, передбачуваність, упевненість, законність, правова безпека.

Формальний аспект верховенства права *висуває такі вимоги*: (1) у суспільстві має взагалі існувати система права як сукупність норм; (2) ці норми права повинні бути зрозумілими (чіткими, ясними і несуперечливими), а правовий порядок – транспарентним; (3) ці норми права повинні бути

доступними (тобто оприлюдненими) і зазвичай не мати зворотної дії; (4) право має бути розумно стабільним, а правотворчість послідовною; (5) повинна існувати усталена практика реалізації норм права, яка підтримується гарантією їх одноманітного застосування.

Ці правила в найбільш яскравому вигляді втілені в так званій процесуальній версії природного права Л. Фуллера, яка пропонує вісім вимог внутрішньої моралі права. На думку відомого американського філософа права, внутрішня мораль права не є чимось доданим або встановленим для влади права, а є суттєвою умовою самої цієї влади, а кожний відступ від принципів внутрішньої моралі права є зневагою гідності людини як відповідальної особи.

Виконання вимог, що впливають з формального аспекту верховенства права, забезпечується низкою юридичних інструментів і інституцій, серед яких особливе значення мають: (1) правила нормотворчої техніки; (2) «технічне обслуговування» системи права (законодавства); (3) обов'язок оприлюднення нормативно-правових актів і загальна заборона їх зворотної дії; (4) принцип правової визначеності; (5) принцип «економії закону»; (6) принцип добросовісності; (7) ефективна судова система, яка відповідає, зокрема, за узгодженість між юридичними діями та проголошеними нормами.

Матеріальний аспект верховенства права полягає в тому, що мають існувати доволі чіткі змістовні стандарти, які визначають суть позитивного права. Таким чином, верховенство права – це панування права певного змісту. У цьому випадку право стримує державу не фактом існування правил і процедур; воно обмежує державу за змістом її юридичних актів. Для демонстрації цієї ідеї слушною є метафора «верховенство права над законом». Основні цінності, які асоціюються з цим аспектом верховенства права, – гідність людини, поміркованість державної влади.

Матеріальний аспект верховенства права *висуває такі вимоги:*

1) *норми права мають відповідати стандартам основних прав і свобод людини і громадянина.* Акцент на правах людини при характеристиці принципу верховенства права є невинновим. Насамперед слід нагадати, що права людини становлять невід'ємний компонент права, його *raison d'être*; їхнє існування поза правом і без права неможливе, так само як і право немислиме без прав людини. Можна погодитись з тим, що система норм не може претендувати на статус права, якщо вона не гарантує свободу і рівність за допомогою прав людини і громадянина. За інших обставин говорити про верховенство права безглуздо – через відсутність самого права;

2) *норми права мають відповідати загальним засадам права, іншим принципам природного права.* Як зазначає Конституційний Суд України в рішенні від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання, верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо.

Виконання зазначених вимог, зокрема, *забезпечується:* (1) уявленням про обмеженість впливу держави на зміст права; (2) наявністю чітко викладеного переліку прав людини (який міститься насамперед в конституціях); (3) наявністю судової системи, за допомогою якої будуть усуватися відхилення від стандартів прав людини, загальних принципів права та інших стандартів природного права; (4) міжнародними угодами з прав людини (насамперед – Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року); (5) належної процесуальної правової процедури, яка підвищує ймовірність прийняття нормативно-правових і індивідуально-правових актів, що є правовими за своїм змістом; (6) принципом пропорційності, за допомогою якого можуть визнаватися нечинними нормативно-правові і індивідуально-правові акти, що не відповідають змістовним стандартам права; (7) принципом добросовісності, який у випадку з матеріальним аспектом верховенства права має на меті попередження штучного протиставлення права і закону, зловживання абстрактними змістовними стандартами права; (8) сильною конституційною традицією та відповідною загальнокультурною ситуацією.

Як слушно підкреслює Б. Таманага, верховенство права існує завдяки поширеній і незаперечній переконаності у верховенстві права, у непорушності певних фундаментальних обмежень, накладених правом на державну владу, а не тільки через функціонування конкретних правових механізмів; межі покладає не закон, а ставлення до закону. Саме загальна прихильність суспільства до верховенства права і є тією таємничою властивістю, яка приводить верховенство права у дію. Інакше цей принцип, користуючись порівнянням А. Шайо, нагадує парасольку, залишену дома в день, коли дощить.

ПРИРОДНЕ ПРАВОРОЗУМІННЯ В РИМСЬКІЙ ПРАВОВІЙ КУЛЬТУРІ: СОЦІАЛЬНА УТОПІЯ ТА ЮРИДИЧНА ПРАКТИКА

С. Рабінович

*Львівський державний університет внутрішніх справ
(Львів, Україна)*

Природно-правові положення римського права вже неодноразово привертали увагу вітчизняних та зарубіжних дослідників – філософів, теоретиків та істориків права. Вказана проблематика розглядалась і в працях істориків-романістів, присвячених історичним та теоретичним аспектам суспільно-політичної думки античного Риму.

Проте низка питань з названої проблематики в українському правознавстві донині залишаються маловивченими чи дискусійними. Зокрема, практично не досліджувались питання взаємозв'язку між релігією, мораллю, (моральністю) й природно-правовими положеннями як складовими соціонормативної культури Риму; не приділялось уваги природно-правовим аспектам соціально-утопічної ідеології в античному Римі; залишається недостатньо з'ясованим питання про те, яку роль відігравали природно-правові ідеї та концепції в практичній діяльності римських юристів; не здійснювалось і системного аналізу природно-правових понять та конструкцій у римському праві.

Однією з методологічних складнощів, котра постає перед дослідником позначених проблем, є необхідність системного розгляду низки питань, котрі водночас торкаються як загальної теорії моралі, так і теорії та філософії права. Культурна віддаленість римського права зумовлює необхідність урахування в дослідженні не лише даних історії правових учень, історії права та держави, соціології права, але й також, у відповідних випадках, нормативної етнографії, релігієзнавства й культурології. Наведені нижче результати дослідження джерел права та суспільно-політичної думки Риму є спробою відповісти на поставлені питання з урахуванням зазначених вище міждисциплінарних зв'язків.

Аналіз виявів специфіки юснатуралістичного типу праворозуміння у римській правовій культурі дозволяє дійти наступних висновків.

1. Специфіка розвитку соціонормативної культури Риму відзначається значною роллю інституційованих та формалізованих, екстравертних елементів. Ця обставина характеризує як особливості диференціації синкретичної соціальної регуляції так і якісну специфіку релігійності й моральності в римському суспільстві. У римській культурі загальний процес диференціації соціонормативної сфери, який призвів до поняттєвого відокремлення права, моралі й релігії, знайшов своє продовження у поняттєвій диференціації джерел права на фактичні («природа», звичай) та інституційно-юридичні.

2. У римській правовій культурі можна виокремити два аспекти природного праворозуміння: соціально-утопічний (ідеологічно-правовий) та практико-юридичний.

Формами вираження соціально-утопічного аспекту природного праворозуміння виступали моральнісно-правова філософія, народна (неофіційна) та офіційна правова ідеологія. У цьому випадку концепція природного права виступало вираженням кризи традиційної моральнісно-політичної свідомості, а саме природне право – міфологемою, в якій відобразилась утопічна ідеалізація «природного» стану всезагальної свободи й рівності, віра в просторову й часову всеєдність правопорядку, в логіко-раціональний, полісно-правовий устрій всесвіту, уявлення про специфічну «встановленість» та владно-панівний, владно-впорядковувачий характер природного права, джерелом походження яких визнавався «природний розум», який об'єднує всіх людей. В рамках соціально-утопічної концепції природного права римляни, подібно до грецьких софістів та стоїків, заклали теоретичні передумови для вчення про абстрактну, «родову» людину як суб'єкта права. Вказана концепція відігравала насамперед моральнісно-виховну роль.

Державно-юридичне ж її значення полягало у філософсько-раціоналістичному обґрунтуванні ідеалів, стратегічних цілей та напрямів імперської правової політики, насамперед для уніфікації окремих правопорядків, на які поширювалась юрисдикція Римської держави.

3. За посередництвом юснатуралістичної аргументації правотворчості в римській правовій системі класичного періоду здійснювались а) легітимація тих правових положень, які відповідали новим соціально-економічним та політичним умовам (пристосування права до соціальної реальності) та б) виховний вплив на моральнісно-правову свідомість суспільства (активний вплив на соціальну реальність). Відтак у римській правовій культурі природно-правові ідеї – вперше в європейській правовій традиції, набули реального практико-юридичного значення, ставши одним з засобів розвитку національної правової системи та її адаптації до суспільно-економічних змін.

4. Соціально-утопічний та практико-юридичний аспекти юснатуралізму виражають два основних напрями в розвитку природно-правової думки: а) виявлення загальних смислоутворюючих засад та ідей права (спрямованість до метафізично-всезагального) та б) виявлення змістовно-смислових аспектів окремих видів правових відносин (спрямованість до емпірично-індивідуального).

Відповідно, в римській соціонормативній культурі представлені образи природного права як ідеально-належного (філософія, народна й офіційна ідеологія) та як реально-належного (практична юриспруденція). Таким чином діапазон інтерпретацій природного права коливається між його розумінням як незмінних засад абсолютної та універсальної моральності до змісту норм більшості народів світу чи положень, зумовлених тими чи іншими типовими фактичними обставинами.

5. У римській юриспруденції відбувається перехід від ідеалістичних до емпірико-соціологічних інтерпретацій природного права, моральнісний зміст якого визначає державницький утилітаризм.

Природне право, вироблене в практиці римських юристів, може бути визначене як сукупність принципів та норм соціальних відносин, якісні особливості яких полягають в їх змістовних характеристиках (відповідності типовим психофізіологічним та поведінковим характеристикам людини, сутності та призначенню соціонормативних інститутів, які врегульовуються цими принципами, в об'єктивній зумовленості існуючими конкретно-історичними природними чи соціальними факторами, в тому числі панівною моральнісною свідомістю).

6. Багатозначність понять „природи” й „відповідного природі” в римському праві юснатуралізм може розглядатись не лише як прояв кризи традиціоналістичного типу легітимації правових норм, але й як спосіб осмислення права як системи, інтегрованої в традиційну соціонормативну культуру суспільства на основі загальних деонтичних принципів. Моральнісний аспект інтерпретації природного права наголошує на внутрішній, інтравертній обов'язковості, на безумовності деонтичного змісту базових правових положень.

У своїй сукупності такі суб'єктивно-орієнтуючі принципи римського права як довіра, чесність та добросовісність, та об'єктивно-орієнтуючі соціально-етичні принципи як єдиний масштаб нормативної оцінки, рівність та розподіл благ за заслугами виступають базовими нормативно-смисловими засадами соціальної взаємодії (та її нормативної регуляції). Ці принципи виступають інваріантними елементами соціонормативної культури, її глибинним структурно-функціональними основами, засадами, в яких зберігається первинна смислова нерозчленованість моральнісно-деонтичного й юридично-обов'язкового. З огляду на це в римському праві ці засади виступають водночас як природно-правові й моральнісні принципи, основні соціокультурні імперативи, деонтичний смисл яких виступає в римському праві підґрунтям єдності суспільної моральності, моралі й права.

7. Як природно-правовий універсалізм римського приватного права, так і його зворотний бік – індивідуалізм стали виразами зростаючих процесів соціального відчуження. Криза полісної форми спілкування між громадянами мала одним зі своїх наслідків зміну античного політико-правового об'єднання громадян християнським духовно-релігійним об'єднанням.

Бюрократизація положень природного права у східній римській імперії призвели до втрати природно-правовими концепціями їх державно-юридичного нормотворчого значення. Подальший розвиток природно-правових учень відбувається в рамках особистісно-орієнтованих концепцій християнства, яке, з одного боку, виступало антитезою античному типу культури, а з іншого, було логічним розвитком еллінізму.

ИМПЕРАТИВНЫЕ НОРМЫ НАЦИОНАЛЬНОГО ПРАВА КАК ОГРАНИЧЕНИЕ ПРИМЕНЕНИЯ ИНОСТРАННОГО ПРАВА (НА ПРИМЕРЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ)

Е. Салей

*Белорусский государственный университет
(Минск, Беларусь)*

Появление в ГК Республики Беларусь 1998 г. (далее – ГК Беларуси) в разделе «Международное частное право» ст. 1100 «Применение императивных норм» соответствовало общей тенденции в развитии доктринальных положений международного частного права о наличии материальных норм страны суда, действующих независимо от коллизионных правил, на основе которых в качестве применимого определено право иностранного государства, практически устранивающих или ограничивающих применение иностранного права.

Согласно п. 1 ст. 1100 ГК Беларуси правила раздела «Международное частное право» не затрагивают действия императивных норм права Республики Беларусь, регулирующих соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права (аналогичен по содержанию п. 1 ст. 14 Закона Украины от 23 июня 2005 г. «О международном частном праве»), а соответственно, предписывается применять белорусские императивные нормы независимо от того, что в качестве применимого на основании соответствующих коллизионных норм или соглашения сторон на основе принципа автономии воли избрано право иностранного государства. Предложенная белорусским законодателем формулировка с учетом доктринальных положений и практики применения аналогичных по постановке вопроса (но не по содержанию) норм отдельных иностранных государств порождает как минимум два взаимосвязанных между собой блока вопросов: во-первых, каков круг императивных норм, действие которых ограничивает или устраняет действие норм избранного в качестве применимого иностранного права; и, во-вторых, каково взаимоотношение императивных норм, ограничивающих применение норм иностранного права, и «публичного порядка» (ст. 1099 ГК Беларуси «Оговорка о публичном порядке»).

Норма, содержащаяся в п. 1 ст. 1100 ГК, позволяет самую широкую трактовку понятия «императивная норма», поскольку не содержит никаких оговорок или ограничений. Вместе с тем это не соответствует доктрине международного частного права, разграничивающей, так называемые, «обычные», «простые» императивные нормы и «сверхимперативные», «особо императивные», «строго императивные» нормы, нормы особого назначения (в литературе применяется различная терминология). Как определяет проф. М.М. Богуславский, нормы, относящиеся к категории сверхимперативных, подлежат применению к правоотношению независимо от того, какое право призвано регулировать отношения сторон. Устранить их применение не могут ни соглашение сторон о выборе права, ни коллизионные нормы страны суда. Современное законодательство иностранных государств, по общему правилу, придерживается такого подхода, вместе с тем предлагает различные решения для выделения императивных норм, ограничивающих применение иностранного права. Одни государства, как показано выше (в частности, Республика Беларусь, Украина) в общих нормах о применении обязательных императивных норм не предлагают критериев для их выделения. В законодательстве других государств предлагается некий общий критерий отнесения норм к безусловно императивным. Так, согласно ГК РФ (п. 1 ст. 1192) для определения круга императивных норм, действие которых не может быть устранено, даже если в качестве применимого определено право иностранного государства, помимо прямого, непосредственного указания на применение нормы независимо от

подлежащего применению права, выделяется такой критерий как особое значение императивных норм, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота. Подобное ограничение круга императивных норм закреплено в Законе Швейцарии о международном частном праве 1987 г., согласно которому сохраняется действие тех положений швейцарского права, которые подлежат применению в силу их особых целей (ст. 18). Иные государства, не уточняя критериев и не определяя особого принципиального значения, как это сделано в вышеприведенных примерах, ограничивают круг норм национального права, которые императивно регулируют соответствующие отношения без учета права, подлежащего применению, только сферой договорных обязательств (например, Вводный закон к ГГУ, ст. 34).

Вопрос о соотношении императивных норм и публичного порядка является неоднозначным. Наиболее распространенной в современной литературе является позиция, согласно которой институт императивных норм является самостоятельным, при этом проистекает из концепции позитивного публичного порядка. Соглашаясь с тем, что нет оснований для расширительного толкования понятия «основы правопорядка» (как основополагающие принципы внутреннего права, общепризнанные принципы международного права и общепринятые принципы морали), а соответственно, и оговорки о публичном порядке, подчеркнем, что не всякая императивная норма есть ограничение применения иностранного права. Сама природа таких норм, как подчеркивает В.В. Кудашкин, не обуславливает широкую сферу их применения. Попытки определения круга сверхимперативных норм посредством группировки сфер правового регулирования неоднократно предпринимались в специальной литературе, анализ которой подтверждает, что законодательно очертить круг императивных норм, подлежащих применению независимо от применимого иностранного права, с учетом специфики того или иного государства теоретически возможно, но только в рекомендательной форме в виде открытого перечня (в частности, на уровне постановлений Пленумов Высшего Хозяйственного суда и Верховного Суда Республики Беларусь, являющихся нормативными правовыми актами в соответствии с Законом Республики Беларусь от 10 января 2000 г. «О нормативных правовых актах»).

Прямое указание в самой норме на ее строго императивный характер или формулирование нормы, позволяющее посредством толкования установить ее абсолютно императивный характер, соответственно снимает или в значительной степени упрощает проблему оценки ее императивности, но только для отдельных случаев. Такой подход нашел отражение и в белорусском законодательстве. В частности, в соответствии с Законом Республики Беларусь от 18 июля 2000 г. «Об экономической несостоятельности (банкротстве)» к отношениям, регулируемым настоящим Законом, в которых участвуют иностранные лица в качестве кредиторов, применяются положения настоящего Закона, если иное не предусмотрено международным договором Республики Беларусь (п. 2 ст. 3). Закон Республики Беларусь от 22 июля 2003 г. «О валютном регулировании и валютном контроле» в ст. 2 определяет, что порядок обращения валютных ценностей, права и обязанности нерезидентов при проведении валютных операций устанавливаются валютным законодательством Республики Беларусь. В целом же определение круга императивных норм путем прямых законодательных установок практически неосуществимо и возможно только посредством субъективной оценки той или иной императивной материальной нормы внутреннего законодательства, которая должна основываться на законодательно закрепленных критериях оценки ее безусловной императивности.

Комплексный анализ действующего белорусского законодательства свидетельствует о том, что прямое или опосредованное указание на строго императивный характер норм имеет место в случаях, имеющих особое значение для обеспечения общественных интересов и государственных потребностей и не ограничивается только сферой договорных обязательств. Применение же императивных норм в иных случаях со ссылкой на п. 1 ст. 1100 ГК в настоящее время имеет место только применительно к сфере внешнеэкономических сделок (в частности, п. 1.1 Указа Президента Республики Беларусь от 7 марта 2000 г. № 117 «О некоторых мерах по упорядочению посреднической деятельности при продаже товаров», п. 2.2 Указа Президента Республики Беларусь от 4 января 2000 г. № 7 «О совершенствовании порядка проведения и контроля внешнеторговых операций», п. 1.1 Указа Президента Республики Беларусь от 15 августа 2005 г. № 373 «О некоторых вопросах заключения договоров и исполнения обязательств на территории Республики Беларусь»).

Конкретизация круга императивных норм и предел их применения, на что неоднократно указывалось и в специальной литературе, могут быть осуществлены только путем многолетней практики применения этих норм. Немногочисленная практика применения п. 1 ст. 1100 ГК в Республике Беларусь свидетельствует о том, что судьи придерживаются не нашедшей непосредственного отражения в законодательстве концепции императивных норм особого значения. Вместе с тем обоснование применения материальной нормы внутреннего права при определении в качестве применимого права иностранного государства зачастую опирается на общую констатацию ее императивности, что может привести к необоснованному ограничению избранного в качестве применимого иностранного права.

Таким образом, применение императивных материальных норм национального права, ограничивающих применение избранного в качестве применимого иностранного права, не исчерпывается отдельными случаями, прямо или опосредованно предусмотренными в специальном законодательстве Республики Беларусь. В смысле п. 1 ст. 1100 ГК Беларуси речь идет о тех императивных нормах, которые направлены на достижение и обеспечение особого общественно-значимого интереса, что должно найти отражение в вышеназванной статье ГК через указание на особое значение соответствующих норм для белорусского общества.

СУДДІВСЬКЕ ТЛУМАЧЕННЯ ПРАВА

В. Смородинський

*Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)*

Теорія права визначає тлумачення норм права як юридичну діяльність, спрямовану на встановлення й розкриття їх змісту шляхом його усвідомлення суб'єктом тлумачення й у необхідних випадках роз'яснення для інших суб'єктів. Суддівське тлумачення юридичних норм є мистецтвом тлумачення юридичних термінів та понять суб'єктами суддівської діяльності, яке справедливо вважається вершиною юридичної майстерності, кульмінаційним пунктом юридичної діяльності суддів. Воно є однією з центральних ланок у процесі винесення судового рішення.

Питання тлумачення юридичних норм достатньо опрацьовані теорією права. Але суддівському тлумаченню права властиві специфічні риси й проблеми, які ще недостатньо висвітлені вітчизняним правознавством. Зміст і значення суддівського тлумачення зазвичай звужується до казуального тлумачення юридичних норм. Водночас проблема тлумачення права судьями є більш широкою й потребує ретельного вивчення вітчизняною юридичною наукою (західне правознавство розвиває її давно й плідно).

Відомо, що за суб'єктним складом тлумачення поділяється на офіційне та неофіційне. Суддівське тлумачення завжди є офіційним, оскільки його можливість або необхідність прямо передбачена законом. Інша річ – рівень владнообов'язковості його результатів. Взагалі не можна ставити знак рівності між владнообов'язковістю й офіційністю. Так, тлумачення положень Конституції й законів України, що містяться в постановах Пленуму Верховного Суду України й рекомендаціях Вищого господарського суду України, окремих думках суддів Конституційного Суду України, не є обов'язковим, але є офіційним, оскільки існування цих документів прямо передбачене відповідними нормами законів України “Про судоустрій України” й “Про Конституційний Суд України”.

Суддівське тлумачення за рівнем владнообов'язковості може бути поділене на чотири види: 1) загальнообов'язкове (міститься у рішеннях Конституційного Суду України); 2) обмежено обов'язкове (міститься у рішеннях загальних і спеціальних судів усіх інстанцій або впливає із змісту цих рішень); 3) рекомендаційне (оформлюється в постановах Пленуму Верховного Суду України й рекомендаціях або листах Вищого господарського суду України, може також міститись у правових позиціях щодо розгляду судами окремих категорій справ); 4) дискусійне (міститься в окремих думках суддів, зокрема Конституційного Суду України).

Останні два види тлумачення хоча й об'єднує відсутність владнообов'язковості, але на цьому їх схожість закінчується. Цінність окремої думки судді Конституційного Суду України – це власна цінність офіційного документа, автором якого завжди є відомий правознавець, яскрава особистість в юриспруденції, документа, що містить результат персонального тлумачення цією особистістю юридичних норм. Крім того, оскільки рішення Конституційного Суду не підлягають оскарженню, перегляду та скасуванню, окрема думка є останньою офіційною можливістю судді висловити широкому загалу, передусім суб'єктам законодавчої ініціативи, свою особисту альтернативну позицію, яка цілком або частково не збігається з позицією колективного судового органу. Інструментальної цінності суддівське тлумачення, що міститься в окремій думці, набуває тільки в разі його застосування суб'єктами законотворчості в процесі вдосконалення, узгодження норм, які були предметом розгляду Конституційним Судом у відповідній справі.

Зовсім іншу, яскраво виражену інструментальну цінність має тлумачення норм, що міститься у постановах Пленуму Верховного Суду України й рекомендаціях Вищого господарського суду України. При узагальненні практики нижчих судів на основі усталених принципів права уповноважені органи Верховного Суду та Вищого господарського суду своїми вказівками “долають” недосконалість, невизначеність існуючих норм. Цей вид суддівського тлумачення звернений не до певного суду, навіть не до всіх судових інстанцій, а до всього суспільства (як рекомендована, а не нормативна модель

належної правової поведінки!), оскільки відповідно до Конституції України кожному громадянину надається невід'ємне право звернення до суду за захистом своїх прав. Безумовна інструментальна цінність суддівського тлумачення, що міститься у зазначених актах, доповнюється його власною цінністю як результату інтелектуально-вольової діяльності кращих правознавців-практиків.

Обмежено обов'язкове тлумачення є казуальним, офіційно діє в межах конкретної справи. Однак фактично і його дія не вичерпується одним випадком, оскільки дати тлумачення юридичної норми, яке підходить тільки для одного випадку, неможливо. Процесуальне законодавство прямо встановлює принцип юридичної преюдиційності рішень судових органів, що набрали чинності, а отже, й преюдиційності казуального тлумачення, результатом і виразом якого є зазначені рішення. Крім того, практика інтерпретації юридичних норм суддями вищої інстанції (наприклад, апеляційної) не може не впливати на рішення в подібних справах, що виносяться суддями районних судів. Цей вплив визначається як професійним авторитетом суддів вищої інстанції, так і їх процесуальними можливостями (скасування або зміна судового рішення). Отже казуальне суддівське тлумачення є не індивідуальним, а носить саме обмежено обов'язковий характер.

Що стосується загальнообов'язкового суддівського тлумачення, яке деякі правознавці називають нормативним, то воно має загальну дію, поширюється на невизначене коло осіб і необмежену кількість випадків. Прикладом цього виду тлумачення є рішення Конституційного Суду України. Воно є виключно легальним як таке, що виходить від прямо уповноваженого Конституцією органу й має на меті роз'яснення положень нормативно-правових актів, розгляд яких належить до компетенції Конституційного Суду.

У рішенні Конституційного Суду загальнообов'язковим є тільки тлумачення положень того нормативного акта, визначення конституційності або роз'яснення якого є завданням Конституційного Суду у відповідній справі. Тлумачення окремих положень інших актів, посилення на які містяться в мотивувальній частині рішення, є результатом застосування Конституційним Судом систематичного способу тлумачення, має допоміжний, похідний характер і не може вважатися загальнообов'язковим, навіть коли йдеться про акти, тлумачення яких належить до компетенції цього суду. Водночас таке тлумачення, яке умовно можна назвати допоміжним, має безумовну цінність, причому як для вирішення даної справи (інструментальна цінність), так і на майбутнє як результат інтелектуальної діяльності компетентних правознавців (власна цінність).

Важливе місце в дослідженні суддівського тлумачення права займають питання юридичної герменевтики як методології тлумачення. Саме вони є стрижневими в сучасних західних дослідженнях проблем суддівської діяльності й мають велику праводослідницьку перспективу. Навіть з урахуванням відмінностей суддівської діяльності в умовах романо-германської й англо-американської правових систем, слід визнати, що суддівське тлумачення права – це тлумачення не тільки юридичних норм, але й принципів права. Щонайменше, саме судді є тими суб'єктами правозастосування, що мають застосовувати норми-принципи як норми прямої дії. Яскравим прикладом є конституційний принцип верховенства права, який багато років чекає офіційної суддівської інтерпретації й практики безпосереднього застосування. Актуальною для суддівської діяльності є проблема правової невизначеності, згідно з якою в значному класі справ право не забезпечує єдиної правильної відповіді або наявний корпус правових норм дає змогу прийти до декількох протилежних результатів. Вона є спільною для суддів обох правових систем. Запропонована Р. Дворкіном для її розв'язання інтегральна герменевтична програма суддівського тлумачення права фактично є універсальною й такою, що потребує нашої уваги (з урахуванням вітчизняних особливостей суддівської діяльності). Адже правова невизначеність є небезпечною для принципу верховенства права в умовах будь-якої правової системи. Таким чином, слід констатувати інструментальну недостатність для ефективної суддівської діяльності класичного європейського погляду на тлумачення як інтерпретацію тексту, механічну "реконструкцію думки, що міститься в законі" (Ф. Савіньї) – без урахування інших вагомих чинників, зокрема принципів права.

Отже загальне поняття суддівського тлумачення права можна визначити як інтелектуально-вольову юридичну діяльність судді, яка має офіційний характер, спрямована на встановлення й розкриття дійсного змісту норм і принципів права й результатом якої є формування суддівського знання, а кінцевою метою – винесення правосудного судового рішення.

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВА ОСНОВА ЗАСТОСУВАННЯ СУДАМИ ЗВИЧАЄВИХ НОРМ

Н. Толкачова

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)*

Поняття *джерело права* тісно пов'язано з поняттям *правова норма*. Йдеться про той чи інший спосіб існування норми права й про те, що джерело права завжди є носієм правової норми. Поняття *джерело права* отримало широкий розвиток у XIX ст., стало предметом дослідження у вітчизняній теорії держави і права. Вчені виділяли два головних способи утворення норм права. Перший впливав з вирішальної участі держави в створенні правової норми. Прямий припис влади встановлював закони, обов'язкові для всіх членів суспільства. Але норми права можуть виникати і без безпосередньої участі законодавця – вони складаються у вигляді звичаю і вже потім затверджуються законодавцем. Ці дві форми права – закон і правовий звичай – і називали в XIX ст. джерелами права.

Нормальне функціонування суспільних відносин і зв'язків не завжди вимагає прямої державної дії. Нерідко ефективними є механізми саморозвитку й саморегулювання. Складовим елементом такого механізму є *правовий звичай*. Правовий звичай як соціальний регулятор посідає значне місце в еволюції суспільних відносин. Характеризуючи правовий звичай, передусім мають на увазі першоджерело права – історично першу форму існування правових норм. Для визнання звичаєвої норми правовою вона має виражати тривалу правову практику, бути необхідною у конкретному правовому регулюванні, не суперечити закону.

Санкціонування звичаїв здійснюється різними шляхами, а найпростіший полягав у тому, що держава їх не забороняла. З цього приводу П.О. Недбайло писав: «Санкціонування державою тих чи інших соціальних норм надає їм загальнодержавного значення, тим самим вони становляться правовими нормами. Відбувається це різними шляхами. Так, правила звичаю санкціонувалися вже тим, що держава не заперечувала ними керуватися. Більш виразною формою санкціонування є вирішення судом справ на підставі норм звичаю. Нерідко ці норми фіксувалися в законі. Так правила звичаю набирали офіційного значення; звичай перетворювався у звичаєве право». Такі способи мали особливе значення на землях України, територія якої була поділена між декількома державами, що мали свої правові порядки, часом відмінні від національних українських. Наприклад, діяльність копних (громадських) судів, що виникли на основі звичаїв і керувалися при розгляді справи ними ж. Тривалий час ці суди діяли з мовчазної згоди польсько-литовської влади й лише в XVI ст. були санкціоновані державою в законодавчому порядку. Діяльність копних судів – це один з прикладів усіх трьох способів перетворення звичаю у правову норму: незаперечення державою, фактичний розгляд справ у суді на підставі норм звичаєвого права, фіксування звичаю в законі.

Різним у вітчизняній юриспруденції є розуміння *змісту правового звичаю*. Найприйнятнішим є визначення загальнообов'язкового правила поведінки, якого дотримуються у встановлених випадках громадяни, посадові особи й державні органи в силу доцільності, традиції чи звички та яке забезпечується заходами державного захисту. Їхній зміст утворює конкретні правила, що приписують строго визначену лінію поведінки в тих чи інших ситуаціях. Стійкість, повторюваність соціальних відносин і зв'язків викликають виникнення в індивідуальній, груповій і масовій свідомості певних стереотипів поведінки. Твердження, що звичай завжди належать минулому, надмірно категоричні. Одноманітне повторювання тих чи інших ситуацій протягом тривалого часу може викликати появу певної моделі поведінки (соціальної норми) немовби природним шляхом. Звичай часто виконує правовідновлюючу роль і застосовується у випадку прогалин у праві, неврегульованості нормами права тих чи інших суспільних відносин. По своїй суті державно-правовий звичай направлений на регламентацію таких соціальних відносин і зв'язків, що становлять предмет даної галузі права або ж безпосередньо з ним пов'язані.

Що стосується *структури правового звичаю*, то передусім слід підкреслити, що формально-юридична природа правових норм є однією із специфічних ознак, що відрізняє правові норми від неправових. Як відомо, звичайна класична модель правової норми передбачає, як правило, наявність трьох взаємопов'язаних ланок: гіпотези, диспозиції й санкції. Щодо структури неправових норм, то серед вчених немає одностайної думки. Якщо про наявність санкції в кожній правовій нормі до цього часу йде спір в юридичній літературі, то питання про санкції у правових звичаях ще складніше. Хоча традицій та звичаїв люди дотримуються добровільно, традицій – у силу переконання, а звичаїв – у силу звички, вони є внутрішньою властивістю суб'єктів, однак це не означає, що їх забезпечення не потребує зовнішніх засобів впливу. У цій ролі виступає суспільна думка, яка є примусовою силою із забезпечення цих норм у випадку їх порушення. Крім того, диспозиції норм звичаїв не тільки містять більш деталізовані правила поведінки порівняно з диспозиціями норм права, але й часто мають зовсім певні вказівки на наслідки їх недотримання, наприклад, відмова видати дівчину заміж у випадку несплати калиму, презирство членів роду до родича, що не виконав звичаю кровної помсти.

Професор П.О. Недбайло, що виділяв у нормі права три її складові частини: *диспозицію* (розпорядження, саме правило поведінки), *гіпотезу* (умови здійснення норми) і *санкцію*, стверджував, що така структура властива тільки правовій нормі. Вона впливає з її формально-юридичної природи й призначення в суспільному житті. Формально-юридична природа правових норм є однією із специфічних ознак, що відрізняють їх від неправових норм.

До елементів структури норми традиції та звичаю більше, ніж до інших застосовується поняття *засіб забезпечення*, запропоноване професором П.О. Недбайлом поряд з поняттям *санкція*. Визначаючи структуру правового звичаю, можна назвати такі її складові елементи: вимога певної поведінки, тобто зміст самого правила; з'ясування умов, за яких поведінка реалізується; наслідки його порушення. Наочно-емоційні засоби супроводження і забезпечення.

Суттєвим нововведенням в сучасному законодавстві є визнання державою в якості одного з джерел права поряд з нормативним актом *звичаю*, зокрема *звичаю ділового обороту*, *національних звичаїв* (ст. 7 Цивільного кодексу України, ст. 11 Сімейного кодексу України). Тим самим держава допустила формування правових норм в децентралізованому порядку, поза рамками законотворчого процесу.

Правовою основою судового застосування звичаїв слугують норми як матеріального так і процесуального законодавства. В якості загальної санкції на застосування правових звичаїв слід визнати ст. 7 Цивільного кодексу України. Саме ця стаття Кодексу дозволяє застосувати усталений на практиці звичай в будь-яких можливих випадках, якщо він не суперечить обов'язковим для учасників відповідного відношення положенням законодавства чи договору. Даний висновок не спростовується й тим, що в цивільному законодавстві зроблені також спеціальні відсилки до правових звичаїв.

Цивільне, господарське (та деякі інші галузі) право також визнає *діловий звичай* – правило поведінки, що склалось і широко застосовується в певній сфері підприємницької діяльності. Слід підкреслити, що питома вага ділових узвичаєностей зростає. Діловий звичай та ділові узвичаєності – це господарська, побутова та інша практика, яка в силу звички, повторюваності набуває поступово регулятивного значення. Діловий звичай відіграє значну роль не тільки в господарських процесах, що відбуваються всередині країни, але і в міждержавних відносинах, наприклад, у зовнішній торгівлі.

Для пріоритетного застосування окремих нормативних актів у цивільному законодавстві повинні бути зроблені чіткі застереження, які б встановлювали послідовність застосування цих актів і звичаїв. При цьому переважне застосування повинно стосуватися нормативних актів, що містять імперативні норми, обов'язкові для учасників цивільно-правових відносин. Підзаконні нормативні акти, що містять диспозитивні норми, на нашу думку, можуть мати пріоритет над правилами звичаїв при регулюванні відносин, що впливають з конкретних цивільно-правових договорів, тільки в тому випадку, якщо в договорі міститься пряма відсилка до цих нормативних актів.

Уявляється, що *ініціаторами застосування звичаїв* в процесі судового розгляду спору можуть виступають самі сторони, а точніше, одна із сторін, а також суд. Суди, як правило, не обізнані про існування звичаїв, на який посилаються сторони, тому в такій ситуації складно розпізнати дійсно існуючий звичай, встановити зміст і зафіксувати його в судовому акті. Однак суд може застосовувати

звичай й за власною ініціативою. Більше того, якщо сторони не підіймають питання про застосування звичаю, але суду відомий звичай, що відноситься до ситуації, яка розглядається, суд зобов'язаний його застосувати. Про ставлення суду до звичаєвого права Г.Ф. Шершеневич у свій час писав: «Безсумнівно, що якщо звичай носить юридичний характер, якщо він являється джерелом права, – суд повинен знати його (*jura novit curia*), а, отже, і застосовувати, не чекаючи посилання сторін». У сучасному цивільному праві обов'язок суду застосовувати відомий йому звичай впливає також з його правової природи як юридичної норми. Проте, застосування звичаїв, зокрема звичаїв ділового обороту, за ініціативою суду на сьогоднішній день є маловірогідним, особливо відносно тих звичаїв, які тільки-но починаються складатися й ніде не зафіксовані.

Наступна проблема щодо практики застосування судами звичаїв полягає в їх *кваліфікації*, оскільки існує небезпека кваліфікації в якості звичаїв ділового обороту усталеної між сторонами практики. Практика взаємовідносин сторін, яку суд може розцінити як звичай ділового обороту може бути заведеним порядком. В юридичній літературі заведений порядок чітко відмежовували від правових звичаїв. На відміну від звичаїв ділового обороту заведений порядок не відноситься до джерел права, крім того, заведений порядок завжди складається у відносинах між сторонами конкретної угоди (договору) і має значення тільки для цих сторін, в той час як звичай ділового обороту поширюється на невизначене коло осіб.

З проблемою кваліфікації правового звичаю пов'язана проблема встановлення судами його *змісту* і *фіксації* звичаю у судових актах. Уявляється, що було б доцільним формулювати в судовому акті виявлений звичай у вигляді чіткої правової норми (управомочної, зобов'язуючої чи заборонної).

Отже, правовий звичай може бути застосований, якщо він, по-перше, не суперечить обов'язковому для учасників відповідного відношення законодавству (в широкому значенні цього слова) та, по-друге, не суперечить договору, укладеному між сторонами. Якщо такий звичай суперечить імперативній нормі, що обставину слід визнати безумовною підставою для відмови у застосуванні звичаю. Якщо ж виявлений звичай суперечить диспозитивній правовій нормі, то однієї цієї обставини ще недостатньо для вирішення питання про можливість його застосування. Суперечність звичаю диспозитивній нормі не є перепорою його застосування у випадках, коли 1) сторони передбачили в договорі умову, відмінну від диспозитивної норми; 2) сторони своєю угодою виключили дію диспозитивної норми стосовно до своїх відносин; 3) у відповідності із законом звичай має пріоритет перед диспозитивною нормою закону. В усіх інших ситуаціях суперечність правового звичаю диспозитивній нормі закону являється перепорою для його застосування.

Слід визнати, що у вітчизняній юридичній практиці широке судове застосування правових звичаїв поки що не склалось. Значною мірою це пояснюється тим, що і в юридичній науці, і в практиці до цього часу не існує визначеності в розумінні юридичної природи цього нового (а точніше, добре забутого старого) правового феномену.

ПРАВО НА ЖИТТЯ В РІШЕННЯХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

А. Червяцова

*Харківський національний університет імені В.Н. Каразіна,
(Харків, Україна)*

1. 17 липня 1997 року Верховна Рада України ратифікувала Європейську конвенцію про захист прав людини і основних свобод 1950 року (далі Конвенція). Власне, з цієї дати для України розпочався якісно новий етап правового розвитку й реформування, зміст якого полягає у наближенні національної правової системи до європейських стандартів шляхом перенесення європейських та загальнолюдських правових цінностей, що, здебільшого, знаходять своє практичне втілення та вираз у прецедентному праві Європейського Суду з прав людини, на український ґрунт.

Наведемо причини, з яких прецеденти, що містяться в рішеннях Європейського Суду, мають враховуватися в національному законодавстві та практиці правозастосування: по-перше, – це визнання міжнародних договорів, ратифікованих Україною, частиною національного законодавства (стаття 9 Конституції України); по-друге, – ратифікація Конвенції, що має юридичними наслідками обов'язок держави забезпечити реалізацію зазначених в ній прав і свобод, а також право людини звертатися до Європейського Суду за поновленням порушеного права; по-третє, – прецедентний характер рішень Європейського Суду.

2. Отже, Конвенція, положення якої мають широке тлумачення в рішеннях Європейського Суду, є частиною національного законодавства України. Розглядаючи скаргу щодо України (так само як і щодо будь-якої іншої держави), Європейський Суд спиратиметься на існуючі прецеденти. Таким чином, рішення Європейського Суду мають слугувати для національних органів публічної влади та їхніх посадовців орієнтирами в сфері забезпечення прав людини; в цьому – запорука дотримання положень Конвенції.

3. Актуальність обраної теми обумовлена, як новизною й обсягом матеріалу, що підлягає опрацюванню (прецеденти Європейського Суду), так і його практичним значенням у сфері забезпечення прав людини в Україні. Крім того, право на життя посідає особливе місце в системі прав і свобод: воно є фундаментальним правом, що виступає умовою існування інших. Враховуючи основоположний характер права на життя, саме воно закріплюється у перших статтях документів з прав людини.

4. Щодо Європейської конвенції, то праву на життя присвячено статтю 2 цього документу, при цьому конвенційне визначення має суттєву особливість: право на життя не лише проголошується, але й встановлюються обмеження цього права. Як зазначається безпосередньо в тексті Конвенції, «Позбавлення життя не розглядається як таке, що його вчинено на порушення цієї статті, якщо воно є наслідком виключно необхідного застосування сили: а) при захисті будь-якої особи від незаконного насильства; б) при здійсненні законного арешту або для запобігання втечі особи, яка законно тримається під вартою; с) при вчиненні правомірних дій для придушення заворушення або повстання» (частина 2 статті 2 Європейської Конвенції).

5. Коментуючи положення статті 2 Конвенції, Європейський Суд у своїх рішеннях неодноразово наголошував на тому, що зазначена стаття не вказує випадки, коли дозволяється навмисне позбавлення життя, а лише описує обставини, за яких можливе застосування сили, що може призвести до таких наслідків. Інакше говорячи, стаття 2 Конвенції містить вичерпний перелік підстав, при наявності яких позбавлення життя не є порушенням цього права.

6. Стаття 2 Конвенції покладає на державу два обов'язки: позитивний, сутність якого полягає в обов'язку створити необхідні умови щодо захисту права на життя всіх осіб, котрі знаходяться під юрисдикцією держави, і негативний, під яким розуміється обов'язок держави утримуватися від порушення права на життя; держава може припустити дії, що зазіхають на життя, лише в тих випадках і тією мірою, які зазначені в Конвенції.

7. Сутність і зміст позитивного і негативного обов'язків держави, що впливають зі статті 2 Конвенції, розкривається у правових позиціях Європейського Суду, аналізу яких присвячено дану доповідь.

ПРАВО ЛЮДИНИ НА ПОВАГУ ДО СВОЄЇ ГІДНОСТІ ЯК ОБ'ЄКТ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ В АКТАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Е. Шишкіна

Верховна Рада України

Сучасна людська цивілізація вже має сталі погляди щодо права індивіда на повагу до його гідності, розглядаючи його як одне з основних природних прав людини, якими вона наділена від самого народження.

1. Право на повагу до гідності людини визнано і гарантовано в універсальних міжнародних документах з прав людини, але їх значну практичну реалізацію забезпечила Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод (далі – Конвенція), яку укладено в рамках Ради Європи у 1950 р. Зазначене право як об'єкт тлумачення та захисту є багатограним і може розглядатися в різноманітних аспектах.

Функцією інтерпретації конвенційних норм наділено Європейський суд з прав людини (далі – Суд), який у своїх рішеннях щодо правової оцінки поведінки держави-відповідача стосовно дотримання нею положень Конвенції, методологічно застосовуючи принцип верховенства права, виявляє особливе ставлення до домінанти природних прав людини. Така позиція спонукає Суд постійно перебувати у діалектичному стані тлумачення категорій, які містяться у текстах статей Конвенції, що вказує на постійно творчу тенденцію в загальноєвропейській судовій практиці (фактично у судовому праві). Остеронь цих тенденцій не залишається суддівський роздум (погляд) стосовно понять, які зафіксовані у статті 3 Конвенції. Тому логічно, що у справі «Селмуні проти Франції» (1999). Суд зазначив, що ця стаття містить одну з фундаментальних цінностей демократичного суспільства, під якою слід розуміти захист однієї з абсолютних цінностей людини як людської істоти через нормативне закріплення заборони на застосування катувань та інших видів жорстокого поводження.

2. Положення вказаної статті не містять прямого нормативного закріплення права кожного на повагу до його гідності, однак встановлюють абсолютну заборону на застосування катувань та нелюдського чи такого, що принижує людську гідність поводження чи покарання, тому вказане право можна розглядати і тлумачити через призму заборони на зазначені види поводження. Здійснюючи тлумачення понять «катування», «нелюдське поводження чи покарання», а також «поводження чи покарання, що принижує людську гідність», Суд опосередковано інтерпретує і вдосконалює зміст права людини на повагу до її людської гідності та розширює таким чином межі застосування статті 3 Конвенції.

Визначення понять «катування», «нелюдське поводження або покарання» та «поводження або покарання, що принижує людську гідність» вперше було запроваджено Європейською комісією з прав людини (існувала до 1998 року; далі – Комісія) у справі „Данія, Франція, Норвегія, Швеція та Нідерланди проти Греції” (1969), відомій як Грецька справа, проте вже у справі „Ірландія проти Сполученого Королівства” (1978), рішення в якій ухвалив вже Суд, визначення цих категорій зазнало суттєвих змін, а саме – в бік узагальнення та розширення сфери застосування: **катування** – нелюдське поводження, що здійснюється навмисно і призводить до дуже серйозних та тяжких страждань (це останнє визначення охоплює всі прояви жорстокого поводження, а не тільки ті, що мають на меті одержання інформації, – що й робить найточнішим вживання у цьому випадку терміну „катування”); **нелюдське поводження чи покарання** – діяння через які людині було спричинено сильних фізичних та розумових страждань; **поводження чи покарання, що принижує гідність** – знущання, які мають викликати у жертви почуття страху, страждання і почуття власної неповноцінності, а також принизити її гідність та, по можливості зламати її фізичний та моральний опір.

Інтерпретація суті вказаних понять саме у справі «Ірландія проти Сполученого Королівства» є фундаментальною, оскільки в подальшому Суд, постановляючи рішення у відповідній справі, спирається на вказане рішення, але й водночас деталізує та розширює розуміння їхнього змісту, виходячи з конкретних обставин, які притаманні кожній справі.

3. Здійснюючи опосередковане тлумачення права кожного на повагу до його гідності, Суд фактично включив до його змісту право особи, яку позбавлено волі, на належні умови утримання, що мають бути сумісними з її людською гідністю. Такий доктринальний підхід було запроваджено Судом у справі „Кудла проти Польщі” (2000), коли Суд зазначив у рішенні, що вказане право передбачає, що способи відбуття покарання в тюрмі не повинні змушувати особу страждати або перевищувати той рівень страждань, який пов'язаний із фактом позбавлення волі. Настанова Суду обумовила практику поведінки держав Ради Європи, за якою здоров'я та благополуччя в'язня під час тюремного ув'язнення мають бути забезпечені належним чином. Запровадження такого фундаментального підходу Суду до захисту права особи, яку позбавлено волі, на повагу до її гідності мало наслідком появу в західній науковій літературі пропозиції розглядати таке право доповненням до статті 3 та стверджувати про існування статті 3-біс. Разом з тим є підстави стверджувати, що розвиток теорії про права людини є результатом не стільки кількісного розширення каталогу таких прав, скільки їхнього якісного тлумачення та реалізації через практику Комісії та Суду. Якісний розвиток доктрини прав людини полягає у тому, що якщо Суд не може додати нове право до існуючого каталогу прав, то його практика може збагатити зміст вже гарантованих прав, розширити сфери застосування статей Конвенції. Фактично має місце реалізація думки Монтеск'є з його відомого твору «Дух законів» про те, що якщо закон не уточнено, суддя «шукає його дух».

Таким чином, відповідно до практики Суду щодо застосування статті 3 Конвенції та тлумачення права людини на повагу до її гідності, до змісту такого права включено не лише конвенційно встановлену абсолютну заборону на застосування катувань та жорстокого поводження з людиною, а й право особи на повагу до її гідності в місцях позбавлення волі. Інтерпретація зазначеного права в практиці Суду опосередковано здійснюється шляхом тлумачення понять «катування», «нелюдське поводження» та «таке, що принижує людську гідність поводження чи покарання», а повага до гідності людини як її природне право розуміється також і через забезпечення особі, яку позбавлено волі, належних умов утримання.

4. Вживання в українській науковій літературі двох термінів „катування” та „тортури” без їх дефініційного розмежування викликає нечіткість у національному правозастосовчому регулюванні. Незрозумілим є те, в яких же випадках потрібно використовувати термін „катування”, а в яких – „тортури”. Потрібно зазначити, що в мовах офіційних текстів міжнародних документів (англійська, французька) вживається термін „тортури” в безпосередньому його перекладі на українську мову (напр. Конвенція ООН проти **torture** – фр. *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*). В тлумачному словнику англійської мови міститься лише термін **the torture** – „тортури”, який має кілька значень: сильний фізичний біль або душевні страждання; завдання такого болю; метод (засіб) завдання такого болю. Тлумачний словник французької мови також містить одне слово **la torture** – „тортури” у значенні – сильний фізичний біль або душевні страждання, які завдаються людині. Слід зазначити, що оскільки англійське **the torture** та французьке **la torture** є похідними від латинської **tortura** та є єдиними термінами, які вживаються в обох мовах, то вони використовуються для позначення як методу або засобу завдання сильного фізичного болю або душевних страждань, так і явища як такого. Проте в українській мові, на відміну від французької та англійської, є вживаними два терміни – „катування” як етномовний термін та „тортури”, як слово іншомовного походження, що призводить до певної плутанини саме з точки зору вживання їх у дефініційному науковому юридичному значенні. Необхідно вказати, що саме українські науковці породили зазначену проблему, ввівши в науковий мовний обіг обидва терміни без їхнього змістовного розмежування. Український же законодавець якраз вирішив вказану проблему, застосувавши в тексті Конституції (ст. 28) та інших законів України (ст. 127 Кримінального Кодексу України) лише термін «катування». Зважаючи на принцип мовної адекватності, з юридико-філософсько-лінгвістичної точки зору для позначення власне негативного явища доцільно вживати термін „катування” з огляду на широту його розуміння, а для позначення засобу здійснення (реалізації) цього явища можна вживати термін „тортури”.

ЮРИДИЧНА НОРМА: ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ

О. Ющик

*Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України
(Київ, Україна)*

Розуміння будь-якого предмета пізнання означає усвідомлення його поняття. Якщо йдеться про поняття юридичної норми, то важливо передусім знати його зміст.

З логіки відомо, що зміст поняття розкривається в його визначеннях (дефініції). При цьому дефініцію традиційно розуміють як визначення поняття через рід та видову відмінність; і саме таке розуміння стало панівним, чи не єдиним видом визначень понять у юридичній науці.

Державно-правова теорія і практика, зазначає М.М. Марченко, виробили чимало уявлень про норму права та її визначення. У сучасній юридичній літературі, як і наприкінці XIX – початку XX ст., норму права визначають як міру або правило належної поведінки. Разом з тим виділяються й інші її формально-юридичні ознаки та риси, що так або інакше відбиваються у пропонованих багатьма авторами визначеннях норми права.

Дефініції норми права окреслюють її як встановлене або санкціоноване державою загальнообов'язкове правило поведінки, що виражає волю панівного класу, яка визначається матеріальними умовами його життя, і спрямоване на регулювання суспільних відносин; як загальнообов'язкове правило соціальної поведінки, встановлене або санкціоноване державою, виражене публічно у формально-визначених приписах, переважно у письмовій формі, та охоронюване органами держави шляхом контролю за його дотриманням і застосування передбачених законом заходів примусу за правопорушення; як формально-обов'язкове правило фізичної поведінки, що має загальний характер і встановлюється або санкціонується державою з метою регулювання суспільних відносин та забезпечується відповідними державними гарантіями його реалізації.

Досліджуючи проблему визначення поняття юридичної норми, передусім варто чітко визначитися в термінах, оскільки у літературі терміни “норма права” (або “правова норма”) та “юридична норма” зазвичай ототожнюються. Між тим, цими термінами позначаються різні за змістом поняття. Якщо виходити з того, що право існує ще в докласовому суспільстві (як первісне звичаєве право), а в державній організації суспільства право набуває історичної форми юридичного права, то юридична норма уявляється як деяка *особлива форма*, якої набуває *норма права* за певних конкретно-історичних умов. Саме в цьому значенні ми використовуємо термін “юридична норма”.

Очевидно, що наведені приклади дефініцій “норми права” насправді є визначеннями *юридичної норми*, оскільки усі вони вказують на зв'язок правової норми з державою; в усіх дефініціях родовим поняттям, за допомогою якого визначається юридична норма, є *правило поведінки*, а спільною для них видовою ознакою виявляється походження даного правила від держави. При цьому, однак, залишаються невизначеними, з одного боку, поняття *норми права* взагалі, а з іншого – критерії вибору видових ознак у її дефініціях. Власне, тут ми ще не маємо *поняття* юридичної норми як такого.

Те, що зазвичай розуміють під *поняттями*, зазначав Гегель, насправді є *визначеннями здорового глузду* або лише загальними уявленнями. Коли говорять про поняття, то звичайно перед нашою думкою постає лише абстрактна загальність, і тому часто поняття визначають як загальне уявлення. Саме так розуміє поняття здоровий глузд, і відчуття тут має рацію, оголошуючи такі поняття порожніми та беззмістовними, голими схемами й тіннями. Однак загальне поняття не є тільки загальне, якому протистойть особливе. Поняття як таке містить у собі: 1) момент загальності, 2) момент особливості, 3) момент одиничності.

Проблема поняття, зазначається у філософській літературі, не вичерпується вирішенням завдань формальної логіки, оскільки остання має справу з готовими поняттями, що співставляються одне з одним, і не цікавиться найважливішим питанням про походження та розвиток понять, їх перехід одне в одного тощо. У понятті відбивається суттєве в речах, а сутність речей можна правильно

визначити тільки розглядаючи їх у розвитку, тобто з позицій *діалектичної логіки*. Обмеженість формальної логіки полягає в тому, що вона своїми способами узагальнення не викриває діалектичні протиріччя. Адже узагальнення – це виявлення взаємозв'язку, взаємовідношення загального та особливого. При формально-логічному способі узагальнення загальне протистоїть одиничному, багатоманітним одиничним явищам. Загальне та одиничне розділяються й вивчаються кожне окремо. Однак при такому способі узагальнення загальне не виступає як суперечлива сутність, як єдність загального та одиничного.

Якщо підходити до розуміння юридичної норми з позицій діалектичної логіки, доведеться визнати, що наведені вище дефініції норми права беззаперечно свідчать: теорія права уже багато десятиліть обмежується *загальним уявленням* про юридичну норму, голими схемами, відмовляючись від дослідження її реальної *діалектики* та усвідомлення її *дійсного поняття*, уникаючи *істинного* мислення. Адже істинним мисленням, неодноразово наголошував Гегель, є мислення про *необхідне*.

Передусім, постає питання: що вважати *загальним* стосовно існуючого багатоманіття особливих юридичних норм? Цим загальним, очевидно, не є абстрактне “правило поведінки”, оскільки правила взагалі стосуються практично всіх аспектів людської життєдіяльності (правила гігієни, етичні, технологічні, граматичні, моральні, релігійні, логічні, спортивні тощо). Очевидно, що правило поведінки не становить *найближчий рід* щодо юридичної норми. На мій погляд, тим загальним, що суттєво визначає безпосередню *родову* характеристику будь-якої юридичної норми, є *юридичний закон*. Закон у сфері права, як особливий (нормативний) спосіб закріплення суспільством правил поведінки людей, у різних країнах знаходить втілення в різних видах *правових нормативних актів*. І лише в усій сукупності нормативно-правових актів, що існують у державі, закон набуває *дійсності* як *юридичний закон*, а законодавство постає в якості особливої форми втілення останнього.

У нормативно-правових актах правила людської поведінки формуються в різноманітні *юридичні норми*, що відносяться до юридичного закону як *частини до цілого*. Цілісність змісту закону визначається *єдиним цільовим спрямуванням* юридичної діяльності на встановлення єдиного правопорядку в суспільстві. Тому поза юридичними нормами юридичний закон не існує, не може виявити себе як вказана цілісність; навпаки, стійкого існування він набуває лише в багатоманітності цих норм, що мають у собі юридичний закон як свій *момент*.

Поведінка індивідів завжди має *подвійний* характер, виступаючи одночасно як *тотожна* з іншими та як *індивідуально відмінна* від них. Тотожне в поведінці багатьох індивідів становить *правило*. Однак юридичною нормою стає лише тотожне в поведінці людей, *визнане державою як необхідність* (на відміну від випадкового тотожного, яке, хоч і є правилом, проте юридичної санкції держави не отримує, як, наприклад, деякі звичаї, що збереглися здавна, проте в юридичні норми не перетворилися). Отже, юридичні норми – це та *необхідна правова форма*, за допомогою якої держава перетворює дещо тотожне в поведінці (правило поведінки) індивідів у юридичний закон, форма санкціонування державою певного правила поведінки як *необхідного*.

З цього випливає, що юридична норма містить у собі всі моменти *процесу необхідності*, а саме: *умови, предмет і діяльність*, в якому (процесі) через юридичні норми реалізується *дійсний* зміст юридичного закону.

Перше загальне визначення цього змісту пов'язане взагалі з усякою об'єктивною реальністю (продуктами діяльності людини або незалежними від її волі явищами природи), яка зумовлює існування того чи іншого *правила* в поведінці людей. Ця об'єктивна реальність, являючи собою необхідний момент юридичної норми, складає *умови існування її предмета*, що набувають форми *юридичного факту*, виступаючи як її *гіпотеза*.

Предметне визначення юридичної норми, в якому поведінка учасників суспільних відносин за наявності певних юридичних фактів зводиться до суб'єктного права та юридичного обов'язку в їх взаємному відношенні, становить *диспозицію* норми. Водночас юридичний обов'язок у юридичній нормі є специфічним способом здійснення державної *санкції* законних інтересів.

Отже, юридична норма виступає як *єдність трьох моментів процесу*, а саме – гіпотези, диспозиції та санкції, в якому юридичний закон необхідно *стає* дійсним законом. Таким чином, в юридичних нормах реалізується *дійсний зміст юридичного закону* через гіпотезу, диспозицію і

санкцію кожної норми в їх *єдності*. Названі моменти виступають як *необхідні моменти* будь-якої юридичної норми взагалі, складають *абстрактну юридичну норму*, на відміну від її *конкретного* вираження в положеннях відповідних нормативних актів. Ця єдність зумовлюється єдиним характером процесу необхідності юридичного закону, утвердження останнього як *дійсного закону*, для якого фактичне буття окремих нормативних актів є чимось випадковим; а *конкретної завершеності* юридична норма набуває в нормативній *одиночності* юридичного обов'язку, в *реальному виконанні* якого здійснюється державна санкція юридичної норми.

Саме в єдності юридичного закону та юридичних норм, як цілого та його частин, кожна з яких складається з гіпотези, диспозиції й санкції, слід шукати витoki *системності* юридичної діяльності, спрямованої на вироблення та реалізацію юридичних норм, витoki системного буття національного права і законодавства. Адже кожним із трьох названих моментів юридичної норми *необхідно* визначається певний порядок і форми юридичної діяльності, підпорядкованої утвердженню в суспільстві юридичного закону шляхом вироблення й реалізації відповідних юридичних норм. По суті, процес вироблення та реалізації юридичних норм в їх системному зв'язку утворює певну *органічну цілісність* – національну правову систему як єдиний “живий” об'єкт наукового дослідження, пізнання якого потребує адекватної методології, звернення до матеріалістичної діалектики.

ПРАВО НА ЗАМІНУ ВИКОНАННЯ ОКРЕМИХ ЮРИДИЧНИХ ОБОВ'ЯЗКІВ, НЕСУМІСНИХ ІЗ ПЕРЕКОНАННЯМИ ЛЮДИНИ: ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ

Л. Ярмол

*Львівський державний інститут новітніх технологій та управління імені В. Чорновола
(Львів, Україна)*

Дотримання і сповідування людиною переконань (релігійних, філософських та інших) може призводити до її відмови вчиняти певні діяння. Такі відмови можуть бути об'єднані у дві групи:

1. відмова від учинення юридично необов'язкових дій (наприклад, від участі в релігійних, громадських обрядах). Така відмова в усіх випадках повинна розглядатися як правомірна поведінка відповідно до Конституції України, в якій, зокрема, закріплено, що "...ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством" (ч. 1 ст. 19);

2. відмова від учинення окремих дій, визначених законодавством як юридично обов'язкові. За загальним правилом, така відмова вважається протиправною поведінкою і повинна передбачати юридичну відповідальність.

У Конституції України закріплено, що ніхто не може бути увільнений від своїх обов'язків перед державою або відмовитися від виконання законів з мотивів релігійних переконань. Однак дозволяється заміна військового обов'язку на альтернативну службу (ч. 4 ст. 35 Конституції України). Закон України "Про свободу совісті та релігійні організації" (1991 р.) передбачає, що "заміна виконання одного обов'язку іншим з мотивів переконань допускається лише у випадках, передбачених законодавством" (ч. 3 ст. 4). Як бачимо, вказаний Закон не конкретизує кола цих випадків, на відміну від Конституції, котра передбачає лише один випадок такої заміни.

На наш погляд, положення ст. 3 Основного Закону дають підставу вважати, що в усіх випадках, коли це практично можливо і не призводитиме до порушення суспільних інтересів та прав окремих людей, держава може дозволити особам у зв'язку з їхніми переконаннями замінити окремі юридичні обов'язки на інші або й узагалі звільнити від їх виконання.

Серед юридичних обов'язків, виконання яких в Україні (та й в інших державах) може суперечити переконанням людини, можемо назвати наступні: складання присяги у визначених законодавством випадках; проходження військової, а інколи й альтернативної служби; отримання науково обгрунтованого медичного лікування у випадках, передбачених законодавством; присвоєння ідентифікаційного номера у випадках, визначених законодавством.

Розглянемо окремі приклади правових можливостей заміни вищевказаних юридичних обов'язків альтернативними, коли їх виконання суперечить переконанням людини.

Складання присяги. У деяких країнах громадяни зобов'язані складати релігійну присягу (як правило, у вигляді клятви) перед тим, як скористатися певними правами або обійняти певну державну чи іншу посаду. Зміст же такої присяги здебільшого визначений законодавством. Однак певна категорія людей внаслідок своїх релігійних чи інших переконань може відмовитися від складання присяги. У такому випадку законодавство різних держав дозволяє, наприклад, змінити певні слова у присязі на інші; або скласти її відповідно до своєї релігії чи віровчення.

У Конституції України визначено зміст присяги Президента України (ст. 104), проте не достатньо, на наш погляд, деталізовано порядок її складання. На практиці Президенти України (уже тричі) складали присягу народів на Пересопницькому Євангелії. Звичаєву норму, котра сформувалася, доцільно було б закріпити у Конституції України, але з одночасним гарантуванням главі держави права на альтернативну форму складання присяги відповідно до його релігійних чи інших переконань.

Слід зазначити, що в нашій державі присягу складають й інші, окрім Президента України, посадові особи перед вступом їх на посаду чи початком заняття певною діяльністю (наприклад, народні депутати України (ст. 49 Конституції України)). Однак їхні присяги не є "релігійними". Релігійна присяга (на нашу думку) – це урочиста заява, яка підкріплюється покладанням руки на священну книгу, цілуванням певних атрибутів культу і (або) зміст котрої має "релігійний" характер. Однак навіть складання нерелігійної присяги може суперечити релігійним переконанням людини. Тому в законодавстві України доцільно передбачити загальне положення про те, що при складанні присяги (як релігійного, так і нерелігійного характеру) повинні враховуватися релігійні чи інші переконання відповідного суб'єкта.

Друга подібна проблема постає там, де закон вимагає, аби особа, яка свідчить у суді чи подає інформацію відповідним органам державної влади, склала присягу про те, що вона говорить правду. Зазвичай закон передбачає, що коли релігія чи переконання особи забороняють їй складати таку присягу, вона може натомість написати офіційну заяву на підтвердження своїх слів. У деяких випадках цей вибір повністю полишено на розсуд кожної особи, і вона самостійно вирішує, чи їй складати присягу, чи обмежитися офіційною заявою, – незалежно від того, чи впливає це з її релігійних міркувань. У деяких країнах дозвіл замінити присягу офіційною заявою чи підтвердженням може бути надано тільки представникам певних релігій, а то й послідовникам будь-якої віри, котрі відмовляються складати присягу, тоді як можливості такого вибору для атеїстів, агностиків і раціоналістів не передбачено. І нарешті, у кількох країнах закон не передбачає заміну присяги офіційною заявою чи підтвердженням за будь-яких обставин.

Коли закон змушує особу складати присягу, незважаючи на вимоги її переконання, це є виявом дискримінації. Навіть якщо відмова від складання присяги й не тягне за собою якогось покарання, вона все ж може стати причиною виникнення таких проблем, як, наприклад, перешкоди у реалізації права особи на захист під час судового процесу чи доведенні своєї правоти у цивільних справах виключно на підставі того, що людина відмовилася складати присягу.

В Україні складання подібної релігійної присяги юридично не регламентовано.

Науково обгрунтоване медичне лікування так само може суперечити релігійним чи іншим переконанням людини. Є люди, які протестують проти застосування окремих засобів запобігання захворюванням, таких, як хлорування води, вакцинація чи щеплення. Інші протестують проти окремих чи будь-яких форм медичного лікування, виходячи з того, що вони суперечать приписам їхньої релігії чи іншим переконанням. Якого значення мають надавати цим протестам органи державної влади?

Звичайно, якщо існує ймовірність епідемії, яка може загрожувати добробуту усієї спільноти, органи державної влади зобов'язані вжити всіх можливих запобіжних і лікувальних засобів. У цьому разі вони не повинні робити винятків для послідовників жодної віри. Навіть більше, вони можуть вважати за доцільне наполягати на застосуванні науково обгрунтованих запобіжних та лікувальних засобів і, роблячи це, інколи змушені переступати через приписи релігії чи переконання відповідної особи. Проблема особливо загострюється тоді, коли батьки не дозволяють застосовувати такі запобіжні та лікувальні засоби до своїх дітей. Конфлікт виникає через суперечність у поглядах на те, що слід вважати корисним для дитини, її батьків та суспільства, коли є загроза життю чи здоров'ю дитини. У таких випадках держава, захищаючи соціальні інтереси, уповноважена зобов'язати батьків погодитися з її рішенням.

Однак коли немає загрози епідемії, а справа стосується дорослих людей, позиції органів державної влади можуть цілковито не співпадати залежно від країни, хоча, здається, в усіх випадках існує згода стосовно того, що народ має бути захищеним від таких зловживань, як чаклунство й шарлатанство. Тоді як в одних країнах органи влади намагаються не втручатись у свободу людини застосовувати той метод лікування, який приписаний їй вірою, якщо цей метод не суперечить загальноновизнаним нормам моралі, в інших країнах вважається за правильне наполягати на науково доведеному медичному лікуванні навіть у тому разі, коли особи або ж групи осіб відмовляються від нього через те, що таке лікування суперечить приписам їхньої релігії чи переконанням.

Законодавством України передбачено, що громадяни України (та іноземні особи й апатриди, які постійно проживають на території України) зобов'язані: а) піклуватися про своє здоров'я та здоров'я дітей, не шкодити здоров'ю інших громадян; б) у передбачених законодавством випадках проходити

профілактичні медичні огляди і робити щеплення; в) подавати невідкладну допомогу іншим громадянам, які перебувають у загрозливому для життя і здоров'я стані; г) виконувати інші обов'язки, передбачені законодавством про охорону здоров'я (ст. 10, 11 "Основ законодавства України про охорону здоров'я" від 19 листопада 1992 р.).

Однак, як уже зазначалося, можуть виникати ситуації, коли особи відмовляються виконувати деякі вищевказані обов'язки з мотивів релігійних чи інших переконань. Законодавство України передбачає певний порядок (у деяких випадках обов'язковий) використання науково-медичного лікування. Так, для застосування методів діагностики, профілактики та лікування необхідна згода об'єктивно поінформованого дієздатного пацієнта. Якщо ж останній не досяг п'ятнадцятирічного віку чи був визнаний судом недієздатним або за фізичним станом не може повідомити про своє рішення, медичне втручання можливе за згодою батьків або інших законних представників пацієнта. Стосовно осіб віком від п'ятнадцяти до вісімнадцяти років чи визнаних судом обмежено дієздатними таке втручання проводиться за їх згодою та згодою батьків або інших законних представників. У невідкладних випадках, коли існує реальна загроза життю хворого, згода хворого або його законних представників на медичне втручання не потрібна (ч. 1, 2 ст. 43 "Основ законодавства України про охорону здоров'я"). З цього положення Закону випливає, що в такій ситуації не враховуються релігійні та інші переконання хворого і його законних представників. Адже для будь-якої держави, в тому числі і для України, життя та здоров'я людей повинно бути найвищою соціальною цінністю. Це положення закріплене у ст. 3 Основного Закону.

Якщо ж реальної загрози життю хворого немає, але його згода на медичне лікування відсутня, що може призвести до важких наслідків, то лікар зобов'язаний довести це до його відома. Якщо ж і після цього пацієнт відмовляється від лікування, лікар має право отримати від нього письмове підтвердження, а при неможливості його одержання – засвідчити таку відмову відповідним актом у присутності свідків.

У разі коли відмову від медичної допомоги дає законний представник пацієнта (наприклад, батьки) і вона може спричинити тяжкі наслідки для пацієнта, лікар зобов'язаний повідомити про це в органи опіки й піклування.

Отже, законодавство України передбачає можливість відмови від науково-медичного лікування у зв'язку з релігійними чи іншими переконаннями людини, крім вищевказаних випадків, а також у разі існування небезпеки для життя і здоров'я інших людей чи для суспільства в цілому (наприклад, щодо окремих особливо небезпечних інфекційних захворювань можуть здійснюватися обов'язкові медичні огляди, профілактичні щеплення, лікувальні та карантинні заходи (ст. 30 "Основ законодавства України про охорону здоров'я")).

СЕКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НАУК

ФУНКЦІОНАЛЬНЕ ПРИЗНАЧЕННЯ ІНСТИТУТУ РОЗПУСКУ ПАРЛАМЕНТУ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Ю. Барабаш

*Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)*

В сучасних умовах державного творення все актуальнішим стає питання про використання інституту дострокового припинення повноважень парламенту. І це пов'язано не тільки з подіями, що мали місце в українському політикумі весною 2007 року. Розпуск парламенту давно став звичним явищем для багатьох європейських країн. Однак така «звичність» пов'язана, насамперед, з тим, що інтенсивність розвитку державних та суспільних процесів з кожним днем все збільшується. А отже парламент, як інститут від якого залежить майбутній поступ країни, періодично має зазнавати оновлення свого складу, насамперед, з точки зору домінуючої в його стінах політичної сили. Повертаючись до вищезгаданих подій із достроковими виборами до Верховної Ради, зазначимо, що серед питань, які жваво обговорювались, було питання про функціональне призначення інституту розпуску парламенту. Насамперед, наголошувалось на тому, що двома ключовими причинами, які традиційно використовуються при прийнятті рішення про дострокове припинення повноважень парламенту, є не сформування протягом визначеного часу Уряду та відмова у довірі існуючому Уряду. Разом з тим саме функціональне навантаження цього інституту видається нам не таким простим.

Насамперед, інститут розпуску слід розглядати в контексті інституту імпідменту Президенту. «Імпідмент-розпуск» – це є своєрідна міні система стримувань і противаг, яка існує у взаємовідносинах між парламентом та главою держави.

Парламент, як орган загальнонаціонального представництва, уповноважений народом на закріплення його волі на рівні закону і забезпечення втілення цієї волі в життя за допомогою сформованого парламентом Уряду. В той же момент, парламент виступає від імені народу, коли достроково припиняє повноваження Президента за процедурою імпідменту. Що стосується інституту президентства, то він, як і інститут парламенту (в країнах із президентською та змішаною формою правління) носить представницький характер, однак, порівняно із другою інституцією, президент уповноважується на виконання функцій глави держави. При цьому «глава держави», зовсім не означає очолювання якої-небудь гілки влади. Підтвердженням цьому і є те, що на конституційному рівні, як правило, окремо зазначається, що Президент є главою держави та главою виконавчої влади. Перш за все, він повинен забезпечити дієздатність всіх вищих владних інституцій. Це робиться главою держави за допомогою повноважень по призначенню посадових осіб, їх звільненню (чи ініціюванні таких питань перед парламентом). Наділення саме президента такими повноваженнями пов'язано із тим, що порівняно із парламентом, вибір на посаду глави держави носить персоналізований характер, тобто особу обирають саме за її персональними якостями (хоча ми і не заперечуємо важливість такої складової при формуванні вибору, як політична платформа). Що ж стосується парламенту, то закріплення за ним повноважень по формуванню Уряду пов'язано із необхідністю забезпечення реалізації передвиборчої програми, підтриманої виборцями на чергових виборах. Такий інструмент, як розпуск парламенту спрямований перш за все на забезпечення дієздатності та легітимності виконавчої влади, а точніше вищого органу цієї гілки влади. Аргументами на користь цієї позиції є, по-перше, те, що в переважній більшості випадків саме не створення Уряду або ж висловлення йому недовіри є основною підставою для прийняття главою держави рішення про дострокове припинення повноважень парламенту. Так, аналіз конституцій 55 країн світу, в яких застосовується інститут розпуску парламенту, свідчить про те, що в 20 випадках не створення Уряду тягне за собою

дострокове припинення повноважень парламенту, ще в 21 випадку (сюди входять і країни, де існує попередньо вказана підстава) до таких наслідків призводить оголошення недовіри Уряду або ж відмова на його запит у довірі. Однак при цьому не слід забувати, що подібне рішення глави держави про розпуск парламенту є, як правило, наслідком застосування його дискреційного права.

По-друге, знову ж таки в переважній більшості випадків питання про розпуск парламенту не є характерним для країн із президентською формою правління, тому що питання про формування виконавчої вертикалі повною мірою покладається на Президента, який і очолює виконавчу гілку влади, а отже в жодному разі від дій та рішень парламенту не залежить доля урядової команди.

Таким чином президент уповноважується народом на дострокове припинення повноважень парламенту в тому разі, коли останній буде не спроможний виконати одне із основних своїх завдань, – сформувати Уряд. Доречі, питання про існування Уряду тісно пов'язано із питанням про функціонування самого парламенту в силу того, що державне управління (в широкому розумінні цього терміну) повинно мати завершений та системний характер. Тобто Уряд повинен діяти «в унісон» з парламентською більшістю. В свою чергу остання має законодавчо забезпечувати «програмні кроки» Уряду. Коли ж цей системний зв'язок втрачається повинні відбутись позачергові вибори для того, що б народ, як єдиний носій влади, визначився відносно подальшого курсу держави.

Недарма все частіше серед німецьких дослідників починає лунати думка про необхідність запровадження в Основному Законі додаткової підстави дострокового припинення повноважень, а саме, – саморозпуск. Причинами цього є два випадки відмови Бундестагом у довірі Уряду, які призвели до прийняття Федеральним президентом рішення про розпуск Бундестагу. Мова йде про відмову у довірі Уряду канцлера Г. Коля в 1983 році та Уряду Г. Шредера в 2005 році. В обох випадках питання розпуску парламенту стали предметом розгляду Федерального Конституційного Суду (рішення від 16.02.1983 р. та 25.08.2005 р.) Депутати, які звернулись до суду, вважали, що рішення Президента не відповідає вимогам Основного Закону. Оскільки ст. 68 Основного Закону ФРН передбачено, що розпуск може мати місце лише в тому разі, коли між Бундестагом та Урядом дійсно буде втрачено довіри з боку першого. Натомість в цих випадках, на думку позивачів, мало місце суто «формальне» голосування, яке не відображало стану справ в Бундестазі, а з боку Федерального канцлера мало місце зловживання публічним правом на постановку питання про довіру. Однак в обох випадках, суд став на бік канцлера та президента, визнавши їх дії конституційними. І більш того, після аналізу подій, які передували постановці питання про довіру, суд визнав наявність «політичного конфлікту» між Бундестагом та Урядом, чого на думку німецьких конституціоналістів, орган конституційного контролю робити не мав права. Загалом склалось враження, що така позиція суду мала вимушений характер. Суд по-суті був в скрутній ситуації. Оскільки, визнавши дії високопосадовців неконституційними, суд зробив би інститут розпуску не засобом демократичної взаємодії вищих органів влади, а формальною процедурою, позбавивши його притаманному розпуску «дискреційного» забарвлення. Ми погоджуємось з тим, що запобігти таким ситуаціям у майбутньому і повернути інституту розпуску у своє «природньофункціональне» положення зможе закріплення права парламенту на саморозпуск (доречі, подібне право існує, як мінімум, у парламентах 9 країн).

МУНІЦИПАЛЬНА ВЛАДА ТА ОСНОВНІ ЧИННИКИ ЇЇ СТАНОВЛЕННЯ

О. Батанов

*Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України
(Київ, Україна)*

Проблеми влади тривалий час привертають увагу мислителів, учених, політичних діячів. опиняються у фокусі масових виступів різних верств населення. За багатовікову історію влада як сфера суспільних відносин досліджувалася всебічно. У всіх своїх проявах влада притягувала увагу і в якості об'єкта володіння, і в якості об'єкта вивчення. Наукове дослідження феномена політичного владарювання не тільки сприяло проникненню в суть явища влади, а й осмисленню її функціональних та формальних, зовнішніх проявів.

У даний час в науці представлений колосальний спектр концептуальних підходів до тлумачення влади та її видової характеристики. Зокрема у сучасній кратології – науці про владу – практично не викликає сумнівів питання щодо існування публічної влади територіального колективу або так званої муніципальної влади.

Однією з важливих проблем сучасної теорії муніципальної влади є осмислення основних чинників виникнення та становлення цього виду публічної влади.

У кожній країні відповідно до законів суспільного розвитку формується та діє своя національна модель муніципальної влади. Особливості політичного, економічного або соціального розвитку цих країн, їх демократичні традиції, форма правління та державний устрій впливають на розмаїття муніципальних систем, кожна з яких базується на засадах, тією чи іншою мірою притаманних їм усім: верховенство права, автономія, судовий захист прав і законних інтересів місцевого самоврядування, відповідальність органів і посадових осіб місцевого самоврядування перед законом тощо. Хоча, зрозуміло, є різниця між муніципально-правовими системами країн класичної демократії, новодемократичних країн і країн перехідної демократії.

Суспільно-політичні чинники у сукупності формують своєрідний механізм, під впливом якого відбуваються визнання, становлення і розвиток муніципальної влади. При цьому вплив кожного з цих чинників, взятого окремо, втрачає свою однозначність, перестає бути лінійним.

Так, для цілісного, всебічного та об'єктивного пізнання сутності муніципальної влади важливо враховувати історичний чинник. І хоча умови історичного становлення та розвитку місцевого самоврядування були і є відмінними в різних країнах, в цілому їх суспільно-політична сутність та функції по суті повсюдно однакові. Наприклад, історична роль німецького комунального права у політико-правовій системі країни принципово відрізняється від впливу англійського муніципального права на формування системи права і муніципальної влади у Великій Британії. У Німеччині місцеve самоврядування завжди знаходилося під жорстким контролем державних чиновників, суверенних князів, курфюрстів та королів, будучи водночас їх матеріально-фінансовою опорою у вирішенні питань загальнодержавного характеру. В Англії ж сформувалася система місцевого самоврядування принципово іншого характеру, яка стала складовою частиною її загального права і парламентського правління.

Але в даний час, не зважаючи на явні організаційно-правові відмінності між політико-правовими системами двох вищевказаних держав та їх муніципально-правовими системами (у Великій Британії відсутні урядові чиновники, які здійснюють адміністративний нагляд за місцевим самоврядуванням, а в Німеччині вони є), органи місцевого самоврядування мають практично однакові функції та вирішують майже однакові завдання, забезпечуючи життєдіяльність територіальних громад на основі законів та інших нормативних актів органів державної влади, а також власних юридичних рішень, які приймаються ними в межах своєї компетенції.

Значну роль у процесах формування і розвитку муніципальної влади відіграють економічні передумови, які, на сучасному етапі передбачають формування приватної і комунальної форм власності, становлення ринкових структур і відносин, заміну адміністративно-командних методів управління – економічними. У даному випадку мова йде про визнання того, що кожна територіальна громада (від великого міста до невеликого сільського населеного пункту) зобов'язана мати сферу самостійного регулювання економічних відносин, повинна самостійно розпоряджатися, володіти і користуватися своєю муніципальною (комунальною) власністю, фінансово-економічними і природними ресурсами, а також самостійно приймати під свою відповідальність рішення. Усі територіальні громади рівні в праві здійснювати відповідну регуляторну діяльність, у тому числі й у сфері підприємництва.

Політичні чинники становлення і розвитку муніципальної влади у будь-якій державі вимагають визнання – в межах системи конституціоналізму – необхідності застосування загальновизнаних і зрозумілих критеріїв діяльності, відкритих (гласних) процедур, єдиних підходів до розподілу та перерозподілу функцій і повноважень між усіма гілками публічної влади – по вертикалі і горизонталі.

Так, серед політичних чинників еволюції муніципально-правової системи важливу роль відіграють кризи демократичної державності. Природа системних криз, особливо політичних, є різною. Деякі з них є наслідком еволюції системи влади і тому нерідко створюють передумови для переходу муніципально-правової системи у нову якість. Інші системні кризи можуть бути наслідком негативного впливу внутрішніх та зовнішніх чинників, які спрямовані на звуження простору стійкого існування соціальної системи або ступеню її свободи, що неодмінно детермінує необхідність оновлення цієї системи. Якщо вихід на нову якість розвитку внаслідок будь-яких причин є неможливим, то соціальна система може повністю припинити своє існування (приклад – СРСР, деякі інші соціалістичні країни). Ці загальні закономірності життєвого циклу соціальних систем повною мірою відносяться до процесів становлення муніципальної влади.

Правові умови становлення і розвитку муніципальної влади вимагають створення законодавчої бази та закріплення прав і гарантій місцевого самоврядування, встановлення юридичної відповідальності представницьких і виконавчих органів місцевого самоврядування. Законодавство про місцеве самоврядування також повинно закріплювати систему норм, процедур і механізмів регулювання територіальних, економічних та інших відносин з урахуванням місцевих інтересів.

Не останню роль у становленні і розвитку муніципальної влади відіграють організаційні чинники і можливості: орієнтація на широке включення жителів у процес здійснення місцевого самоврядування через різноманітні інститути безпосередньої демократії (місцеві референдуми, збори, сходи тощо), а також організаційні форми самоврядування (об'єднання, асоціації, партії, фонди та ін.).

Варто згадати й соціально-психологічні умови становлення і розвитку муніципальної влади: насамперед, формування територіальної громади як територіальної спільності, що володіє властивостями відносної завершеності, цілісності будь-якого відтворювального процесу та характеризується високим рівнем взаємоузгодження позицій, єдиними інтересами населення, соціальних груп у різних сферах життя, здатністю адаптації жителів до перманентних змін у муніципальному середовищі.

Різноманітні ідеологічні передумови становлення і розвитку муніципальної влади передбачають оволодіння ідеями місцевого самоврядування як керівниками державних органів всіх рівнів, депутатами, посадовими особами місцевого самоврядування, так і самим населенням – місцевими жителями, які готові свідомо й активно підключатися до управління місцевими справами, до вирішення проблем життєдіяльності громад сіл і міст тощо.

Просторово-географічний чинник також відіграє важливу роль у формуванні ефективної муніципальної влади. Саме він детермінував нерівномірність здійснення в часі та просторі економічних, соціальних, політичних, правових та інших процесів у різних країнах. Так, дуже чітко просторово-географічний чинник проявився в динаміці розвитку та поширення місцевого самоврядування в невеликій Швейцарії та колосальній за розмірами Російській імперії.

Усі розглянуті чинники й умови становлення і розвитку муніципальної влади в сукупності утворюють те повноцінне суспільно-політичне середовище, у якому тільки й можуть оптимально реалізовуватися та захищатися муніципальні права та свободи особистості. Муніципальна влада, будучи самостійним видом публічної влади, за своєю правовою природою є формою самоорганізації жителів та їх асоціацій. Вона є потужним каталізатором формування громадянського суспільства, оскільки свідома участь жителів у процесі утворення гідних умов життя на певній території сприяє формуванню у них відповідальності за рішення місцевих проблем, тим саме підвищує їхню загальну соціальну та громадянську активність. Крім того, розвинуте з традиціями місцеве самоврядування може протистояти потенційно можливому поверненню до авторитаризму, встановленню збалансованого співвідношення між державою та людиною.

ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У СФЕРІ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

Н. Батанова

*Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України
(Київ, Україна)*

Важливою гарантією місцевого самоврядування є інститут конституційно-правової відповідальності у сфері місцевого самоврядування. Адже ідея локальної демократії неможлива без ідеї відповідальної муніципальної влади.

У законодавчому визначенні місцевого самоврядування (ст. 2 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”) однією з ключових є вказівка на “самостійне або під відповідальність органів та посадових осіб місцевого самоврядування” вирішення питань місцевого значення. Аналогічна формула міститься й у Всесвітній декларації місцевого самоврядування (1985) та Європейській хартії місцевого самоврядування (1985) – загальновизнаних міжнародно-правових стандартах місцевого самоврядування.

Конституційно-правова відповідальність – це перш за все відповідальність органів державної влади, органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб перед народом за неналежну реалізацію тих владних повноважень, які народ як єдине джерело влади їм передав, реальна гарантія проти надмірної концентрації влади та зловживання нею.

Найбільш чітко це виражається у сфері місцевого самоврядування. Закон України “Про місцеве самоврядування в Україні” не лише закріпив у ст. 4 серед основних принципів місцевого самоврядування принцип підзвітності та відповідальності перед територіальними громадами їх органів та посадових осіб, а й передбачив у ч. 2 ст. 75 можливість територіальної громади як первинного суб'єкта місцевого самоврядування, основного носія його функцій і повноважень у будь-який час достроково припинити повноваження органів та посадових осіб місцевого самоврядування, якщо вони порушують Конституцію або закони України, обмежують права і свободи громадян, не забезпечують здійснення наданих їм законом повноважень. Так, відповідно до ч. 3 ст. 78 Закону не менш як одна десята частина громадян, що проживають на відповідній території і мають право голосу можуть порушити питання про дострокове припинення повноважень сільської, селищної, міської, районної в місті ради за рішенням місцевого референдуму. Також на вимогу не менш як однієї десятої частини громадян, що проживають на відповідній території і мають право голосу сільська, селищна, міська рада повинна прийняти рішення про проведення місцевого референдуму щодо дострокового припинення повноважень сільського, селищного, міського голови (ч. 4 ст. 79 Закону). Відповідно до ч. 2 ст. 80 Закону загальні збори громадян, що утворили відповідний орган самоорганізації населення можуть прийняти рішення про дострокове припинення його повноважень. Також виборці можуть відкликати депутата місцевої ради у передбачених законом випадках.

Незважаючи на те, що чинним муніципальним законодавством України регламентуються окремі підстави конституційно-правової відповідальності у сфері місцевого самоврядування та передбачаються специфічні конституційно-правові санкції, існує дуже багато прогалин та неузгодженостей у законодавчій регламентації підстав конституційно-правової відповідальності органів і посадових осіб місцевого самоврядування, що може призвести до серйозних зловживань у цій сфері, до застосування мір юридичної відповідальності “на власний розсуд”, що є неприпустимим.

Реалізації конституційно-правової відповідальності заважає і той факт, що вона до цього часу не легалізована на конституційному рівні. Вважаємо, що в Україні слід використати позитивний досвід зарубіжних країн, зокрема Польщі, та закріпити конституційно-правову відповідальність в Конституції України. У зв'язку з цим пропонується шляхом внесення доповнень до п. 22 частини

першої ст. 92 Конституції України, викласти його у такій редакції: “Виключно законами України визначаються: ... засади цивільно-правової відповідальності; діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, конституційними деліктами та відповідальність за них”. Наступним етапом буде прийняття закону про конституційно-правову відповідальність. Адже для ефективної реалізації конституційно-правової відповідальності норми, які її регламентують, мають бути викладені в нормативному акті, який містить поняття, ознаки того чи іншого конституційного делікту, передбачає конкретні конституційно-правові санкції за їх вчинення, механізм реалізації конституційно-правової відповідальності тощо.

У системі вітчизняного конституційного та муніципального законодавства також відсутня певна інтеграційна одиниця, яка б впорядковувала та призводила до єдиного знаменника всі складові конституційно-правової відповідальності у сфері місцевого самоврядування, така як, наприклад, закон “Про конституційно-правову відповідальність у сфері місцевого самоврядування” або ж “Про муніципально-правову відповідальність”.

Звичайно ми усвідомлюємо, що в сучасних політико-правових реаліях прийняття такого закону є малоімовірним, адже конституційно-правова відповідальність до цього часу не закріплена на конституційному рівні. Виходом з цієї ситуації є прийняття закону про внесення змін і доповнень до чинного муніципального законодавства України щодо вдосконалення підстав конституційно-правової відповідальності та механізму її реалізації. Зокрема, у Розділі IV Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” необхідно закріпити загальні засади відповідальності в системі місцевого самоврядування, її принципи, удосконалити підстави та механізм реалізації відповідальності органів місцевого самоврядування, сільських, селищних, міських голів та інших посадових осіб місцевого самоврядування перед територіальними громадами, державою та перед юридичними та фізичними особами. Значну увагу слід приділити удосконаленню підстав для дострокового припинення повноважень місцевої ради, сільського, селищного, міського голови, голови районної у місті, районної, обласної ради, органів самоорганізації населення та розробці механізму реалізації конституційно-правової відповідальності у сфері місцевого самоврядування.

Прийняття такого закону мало б велике значення для вдосконалення системи локальної демократії, а також справило б психологічний вплив на зміну стереотипів поведінки жителів – членів територіальних громад. Адже без формування цілісного механізму юридичної, в т.ч. конституційно-правової, відповідальності у сфері місцевого самоврядування народ не може стати реальним сувереном в своїй державі, а незадоволення політикою, яка проводиться владою, може призводити до неправових, нецивілізованих, насильницьких форм вирішення політичних та інших проблем.

Якщо система місцевого самоврядування не буде включати в себе ефективні механізми відповідальності, ця система, навіть за умовами реалізації усіх демократичних принципів, зведеться лише до децентралізації влади. Більше того, неодмінно буде виключена сама можливість визначення такого способу владарювання у якості місцевого самоврядування. Бюрократія просто зійде на місцевий рівень та буде продовжувати залишатися безконтрольною на фоні відчуженості жителів від управління місцевими справами, ускладненості або взагалі неможливості самоорганізації жителів, усвідомлення ними спільної справи та відповідальності за нього.

ОЦІНКА КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ: СУПЕРЕЧЛИВІСТЬ І ПРОГАЛЕННІСТЬ, ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НОРМ

Л. Бориславський

*Львівський національний університет імені Івана Франка
(Львів, Україна)*

Початок нового етапу конституційно-політичного розвитку України зв'язаний з новою Конституцією України, прийнятою на п'ятій сесії Верховної Ради України в ніч з 27 на 28 червня 1996 року. На думку багатьох дослідників «саме цей акт слід вважати першою дійсно Українською Конституцією». З фактичної сторони такий висновок здається не зовсім зрозумілим і обґрунтованим, враховуючи минулі Конституції 1919, 1929, 1937 та 1978 рр. Ці Конституції хоча володіли яскраво вираженим класовим характером і соціальною орієнтацією, разом з тим містили традиційно необхідні для таких актів положення про основи суспільно-політичного ладу, систему органів державної влади, основні права, свободи та обов'язки людини і громадянина тощо. Тому прийняття нової Конституції України, яка увібрала в себе світовий досвід державотворення, зафіксувала основи міжнародного співробітництва, можна вважати першим і серйозним кроком на цьому шляху.

Крім політичного значення нова Конституція України мала надзвичайно велику юридичну цінність як правовий акт. Перш за все це Основний Закон держави, який має найвищу юридичну силу. Всі закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй. (ч. II, ст. 8). Тому Конституцію України 1996 року слід розглядати як основу подальшого розвитку законодавства і правової системи України в цілому. Вже перший аналіз її змісту давав підставу зробити висновок про необхідність підготовки і виконання широкої програми законодавчих робіт, пов'язаних з прийняттям абсолютно нових законів, які впливають із змісту нового Основного Закону (біля 50) і внесення змін до чинних законів України.

З моменту прийняття Конституції України актуальними стали її оцінка та характеристика основних положень. Вона відразу отримала неоднозначну оцінку. На жаль, в суспільстві поширилась думка про нову Конституцію України як своєрідну декларацію. Реальну дію Конституції стали зв'язувати не з нею самою, а з втіленням положень нової Конституції України у відповідних актах, які розвивають її норми, забувши, що вона сама акт прямої дії (ч. 2, ст. 8). Стали підкреслювати її неузгодженість і протирічивий характер. Вже тоді в суперечливість з положеннями нової Конституції України увійшли закони «Про громадянство України» від 8 жовтня 1991 р. та «Про правовий статус іноземців» від 4 лютого 1994 р. (щодо подвійного громадянства), «Про об'єднання громадян» від 16 червня 1992 р., «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» від 3 липня 1991 р. та закони про вибори тощо.

Отже, фактично в день її прийняття передбачалося, що потрібна складна і велика за обсягом робота щодо приведення у відповідність до нової Конституції України всіх чинних законів і нормативно-правових актів, прийняти нові.

В Основному Законі України було запроваджено багато новел, яких не знала конституційна практика нашої держави. Це дало можливість не лише розширити предмет і зміст багатьох конституційних положень, але ще більше наповнити Конституцію новим демократичним змістом, наблизити українську державу до сприйняття світових цінностей демократії і права. Зауважимо, що термінологія нової Конституції України істотно відрізняється від тієї, яка характерна для всіх законів, що потребують перегляду, внесення змін. Особливості сучасної України як республіки обумовлювалися передусім характером поділу повноважень між Верховною Радою України, Президентом України і Урядом України. Україна як республіка належить до так званих змішаних форм правління, що сполучають риси президентських і парламентських республік. В Україні

Президент, маючи офіційний статус глави держави хоч не очолював Уряд, але мав (до внесення змін до Конституції України в 2004 році) широкі повноваження щодо його формування, здійснював значний вплив на його діяльність. Така форма правління в Україні відносилася до президентсько-парламентських республік. Українське суспільство, таким чином отримало змішану форму правління в не найкращому її вигляді, тому вона не стала для України оптимальним варіантом і породжувала конфлікти щодо здійснення повноважень Президентом і Парламентом. Видається, що Конституція України 1996 року хоч закріпила президентсько-парламентську республіку, але Україна фактично стала набувати рис президентської республіки.

Ще під час опрацювання проекту Конституції на різних стадіях виникало чимало дискусійних питань з приводу деяких положень, зокрема про структуру парламенту, обсяг конституційних повноважень Президента України. Цілком зрозуміло, що окремі положення нового Основного Закону держави вже тоді вимагали не лише відповідних коментарів, а й офіційного тлумачення. Справа не тільки в тому, що різні автори можуть мати не співпадаючі позиції в трактовці конституційних норм, і цю обставину слід враховувати, ведучи дискусії з приводу ряду конституційних положень. Ці дискусії мають під собою реальні підстави і не дивно, що науковці розходяться в розумінні дійсної волі конституційного законодавця. Проблема значно складніша. Конституцію не слід уявляти тільки як набір формальних положень і правил. Це відносно живий соціальний організм. Українське суспільство періоду переходу від одного стану в інший (переростання бувшої союзної республіки в суверенну і незалежну, демократичну, соціальну, правову державу), періоду перемін і глибокого реформування – досить рухоме, нестійке, суперечливе. За своєю структурою і змістом нова Конституція покликана забезпечити координацію діяльності всіх гілок влади в державі і встановити реальні пріоритети кожної з них, урахувавши специфіку політичних традицій і відносин на певному історичному етапі розвитку держави.

У Зверненні Президента України Леоніда Кучми від 6 березня 2003 року з нагоди підписання Указу «Про винесення на всенародне обговорення проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України» зверталася увага, чому слід переходити з президентсько-парламентської до парламентсько-президентської моделі? Тому, що президентсько-парламентська система відіграла важливу історичну роль, – особливо в перші роки державності, – забезпечуючи стабільність і суспільства, і держави. Але сьогодні абсолютно зрозуміло, що в діючій Конституції, по суті, був закладений механізм протистояння законодавчої та виконавчої влади.

З моменту прийняття Конституції України і по сьогодні чути заклики ліквідувати пост Президента України, радикально переглянути положення Конституції про відносини власності, про компетенцію парламенту, а то й взагалі прийняти нову Конституцію. Це – не що інше, як черговий прояв намагання певних сил, які прагнуть до влади (чи зберегти владу) переkreїти Основний Закон держави «Під себе». Подібне спостерігалось і раніше, коли на початку 90 років в Конституцію України 1978 року були внесені зміни. Але ці поправки не дали позитивного результату, не зміцнили основи української державності. Ініціатори ревізії Конституції забувають, що механічний перерозподіл повноважень не захистить суспільство від політичних криз. Україна переживає гостру кризу Конституції, сутність якої у підриві довіри до неї. Але треба розрізняти недоліки практики застосування Конституції і її змісту. У нас недовіра перенеслася з політичної практики на текст, і тому більшість політичних сил стали заявляти про те, що зміст Основного Закону треба міняти, прийняти нову Конституцію.

Подібні настрої шкодять Україні, з ними не домогтися її стабільного розвитку по демократичному шляху в рамках права. Але небезпечним є переконання, що постійні переkreювання Конституції, навіть із бажання «покрасити» її, підуть суспільству на користь. Конституційна реформа 2004 р. не захистила українське суспільство від політичних криз.

Як акт найвищої юридичної сили Конституція була розрахована на досить тривалий історичний період.

Конституцію, на відміну від звичайних законів не можна характеризувати з точки зору наявності в ній прогалин. Вона є такою як є, маючи позитивні і негативні риси.

Конституція України 1996 року, як відомо, була прийнята під час складної політико-правової ситуації в країні, напружених стосунків між Президентом і Верховною Радою України, шляхом уступок і компромісів між різними політичними силами. Усе це не могло не вплинути на якість її та

стабільність, в тому числі формування конституційних приписів, їх однозначне розуміння, юридичну техніку, на характер узгоджених положень окремих розділів, системність і цілісність акту.

Ряд вчених справедливо звертає увагу на те, що проблема прогалин не може виникнути тоді, коли нормативний правовий акт спочатку (відразу) був призначений для основоположного і тому загальнонастановчого регулювання. Ця наукова думка в конституційному праві України має право на існування, поскільки головне джерело Конституційного права – Конституція – саме акт такого плану. Критикувати Конституцію за те, що в ній відсутні будь-які норми, зрозуміло будуть завжди, але говорячи про прогалини основного закону держави, треба завжди бути готовим до того, що його ініціатори будуть використовувати цю тезу.

Сьогодні для українського суспільства найбільш активною є проблема реалізації положень Конституції, прийняття дійових заходів, неухильне дотримання всіма державними органами, посадовими особами і громадянами.

Ефективність дії Конституції України, всього українського законодавства поки що невисока. В значній мірі це пояснюється правовим ігноруванням в суспільстві, державі. Але вона залишається головним стабілізуючим фактором суспільного і державного розвитку. В цьому відношенні незаперечна роль Конституції України як базової основи вітчизняної правової системи. Майбутня доля і розвиток Основного Закону нашої держави залежить від ряду факторів, серед яких важливе місце займають збереження стабільності в житті суспільства і вирішення гострих соціальних, політичних проблем.

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ГОСУДАРСТВА В ОБЛАСТИ ЗАЩИТЫ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ ЛИЧНОСТИ

В. Кивель

*Учреждение образования «Частный институт управления и предпринимательства»
(Минск, Беларусь)*

Правовая защита включает в себя судебную и защиту человека иными органами государства, причем здесь широко реализуется право на обращение как личное, так и коллективное в государственные органы. В соответствии со ст. 40 Конституции Республики Беларусь государственные органы, а также должностные лица обязаны рассмотреть обращение и дать ответ по существу в определенный срок. Отказ от рассмотрения поданного заявления должен быть письменно мотивированным. Однако положение о реализации данного конституционного права усугубляется тем, что до сих пор нет четкого законодательного механизма, регулирующего этот процесс.

Существует два основных способа разрешения административно-правовых споров, находящихся в тесной взаимосвязи, – административный и судебный. Большая часть административно-правовых споров разрешается во внесудебном порядке и не выходит за рамки сферы исполнительной ветви власти. Суть его – в принятии полномочным на то органом (должностным лицом), юридически властного решения по предмету спора, каковым является законность оспариваемого решения или действия, породивших спорную ситуацию.

Одной из проблем является пренебрежительное отношение должностных лиц на местах к правам и законным интересам конкретных граждан. Это порождает большое количество жалоб в центральные органы государства. Современная практика свидетельствует, что к Президенту страны поступает значительное число жалоб. Несмотря на существующие запреты, жалобы по-прежнему направляются на рассмотрение органу или должностному лицу, на которого жалуется гражданин или коллектив. В настоящее время действует Закон Республики Беларусь «Об обращениях граждан». Однако установленный порядок работы с заявлениями граждан постоянно нарушается, и такие нарушения, как правило, остаются безнаказанными. Такое положение дел в государственном аппарате создает волокиту, и обращения граждан годами переходят из одного учреждения в другое. Граждане чувствуют свое полное бессилие в этой ситуации. Мы считаем, необходимо установить четкую юридическую ответственность за нарушение прав граждан – не только фиксирование ее в законе, но и четкое проведение ее в жизнь. Любые действия должностных лиц, нарушающие права граждан, должны пресекаться, а нарушенные права – восстанавливаться. Следует предусмотреть фиксированную денежную компенсацию за материальный и моральный ущерб, причиненный человеку незаконными действиями должностных лиц и государственных органов.

Желательно также разработать формы ответственности самого государства за вред, причиненный гражданам (например, в случае непродуманного размещения производства, оказывающего вредное воздействие на здоровье человека, а также в случае различного рода аварий и т.д.). Чернобыльская катастрофа – один из показателей непродуманного размещения опасных производств – обернулась трагедией для большинства населения Республики Беларусь. Органами власти допускалась неоправданная и антигуманная позиция в отношении выплат пособий и предоставления льгот лицам, пострадавшим от этой трагедии. Только пять лет спустя после аварии на ЧАЭС впервые были законодательно закреплены права граждан, пострадавших в результате Чернобыльской катастрофы, а также лиц, участвующих в ликвидации ее последствий.

Взаимная ответственность государства и личности – один из эффективных способов ограничения государственной власти. Нужно установить четкие нормативно-правовые рамки деятельности должностных лиц, обладающих широкой свободой усмотрения, с одной стороны, а с

другой – указать в действующем законодательстве, в каких случаях гражданин имеет право на невмешательство государственных органов и должностных лиц в процесс осуществления данных ему прав и свобод, а в каких – право на защиту от возможного незаконного бездействия. Бездействие власти как форма должностного преступления проявляется в неприменении должностным лицом средств предотвращения злоупотребления, в неисполнении юридических обязанностей или законов государства, в нарушении субъективных прав граждан. Бездействие власти может также выражаться в неиспользовании должностным лицом предоставленных ему законом властных полномочий в тех случаях, где их надо употребить для предотвращения общественно опасных последствий.

Для активного использования института ответственности должностных лиц в практике работы правоохранительных органов необходимо конкретизировать проявление бездействия. В данном случае возникает вопрос не только о юридической ответственности, но и о правовой защите прав и свобод граждан от бездействия власти, должностных лиц – от их усмотрения.

В законодательстве Республики должен быть предусмотрен порядок обращения граждан с иском к государству о возмещении ущерба, причиненного его здоровью и имуществу деятельностью государственных органов, промышленных предприятий, нечеткой работой транспорта и т.д. Только таким образом можно превратить гражданина в равноправного партнера государства. В научно-правовой литературе справедливо отмечено, что на сегодняшний день гражданин, понеся огромные нравственные, физические, материальные потери в результате нерадивой, подчас преступной деятельности тех или иных органов государства, в конечном счете оказывается в роли просителя, зависящего от воли государства, а не от четких положений закона о порядке и размерах компенсации материального и морального ущерба.

Проблема низкой эффективности государственной власти, ответственности государства, его органов и должностных лиц, возможности обжалования их действия или бездействия является весьма актуальной в наше время. Современная общественная жизнь насыщена ситуациями, в которых представители власти могут либо превысить власть, им доверенную, либо злоупотребить ею, либо бездействовать. Можно согласиться с мнением, высказанным в научной литературе, что попустительство, пассивность, халатность, бюрократизм, неисполнительность государственных органов и должностных лиц ставят под сомнение правовой характер власти и порождают скептицизм, недоверие в отношении всей существующей системы власти. В немецкой научной литературе имеется высказывание об определении относительности в области основных прав. Относительность в данной области, по утверждению автора, имеет целью ограничить государственную деятельность для наиболее эффективной защиты основных свобод.

Власть традиционно рассматривается как сложное и многоаспектное явление, что находит отражение в различных ее характеристиках. Она трактуется, как: функция какого-либо субъекта; способность властвующего навязывать свою волю другим; сила, способная подчинить других; управление, связанное с возможностью оказывать определяющее воздействие на деятельность, поведение. Ее отличительным признаком является то, что власть реализуется в отношении к различным (коллективным или индивидуальным) элементам государственно-организованного общества. Любая власть, в том числе и государственная, всегда стремится к неограниченному расширению властного пространства, что приводит, как правило, к ущемлению и ограничению прав, свобод и интересов граждан. Важно, чтобы государственная власть в основе имела, помимо правовых норм, и нормы нравственности. Она должна ориентироваться при ее осуществлении, функционировании на общечеловеческие ценности.

По нашему мнению, государство должно пресекать действия национального экстремизма, насилия, попрания права человека на жизнь и личную безопасность. «Сила государства не в подавлении свободы и инакомыслия, а в обеспечении общечеловеческих ценностей – подлинной гуманной свободы, человеческого достоинства, национального равноправия, личной безопасности человека».

СТАТУТ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ГРОМАДИ ЯК ДЖЕРЕЛО КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ

Н. Клименко

*Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України
(Київ, Україна)*

Конституційне визнання місцевого самоврядування сприяло зміцненню правового статусу територіальних громад, визначивши їх первинними суб'єктами місцевого самоврядування та основними носіями його функцій і повноважень.

Важливою нормативною умовою функціонування територіальної громади та органів і посадових осіб місцевого самоврядування є правові акти, прийняті в системі місцевого самоврядування, насамперед, статuti територіальних громад.

В Україні процес упровадження статутного права територіальних громад розпочався нещодавно, після прийняття Конституції України, а згодом, у 1997 р. Закону України „Про місцеве самоврядування в Україні”. Саме ці законодавчі акти і склали правову основу для розробки і прийняття статутів територіальних громад. У них враховані та чітко зазначені ідеї, принципи, закладені в Європейській Хартії місцевого самоврядування. Це, насамперед, визначення поняття місцевого самоврядування як права і спроможності територіальних громад у межах закону самостійно або під відповідальність органів і посадових осіб місцевого самоврядування вирішувати питання, які належать до їхньої компетенції, положення, згідно з якими в Україні визнається і гарантується місцеве самоврядування, визначаються його основні засади, принципи тощо.

Також, чинне законодавство України про місцеве самоврядування закріплює, що з метою врахування історичних, національно-культурних, соціально-економічних та інших особливостей здійснення місцевого самоврядування представницький орган місцевого самоврядування на основі Конституції України та в межах законодавства може прийняти статут територіальної громади села, селища, міста (ч. 1 ст. 19 Закону “Про місцеве самоврядування в Україні”). Крім того, даним Законом віднесено до предмета статуту такі питання, як регламентація проведення загальних зборів громадян за місцем проживання, громадських слухань, порядок внесення місцевих ініціатив, прийняття та оприлюднення рішень представницьких органів місцевого самоврядування щодо них.

Отже, Законом уперше в законотворчій практиці в Україні передбачалося врегулювання окремих суспільних відносин, що виникають у процесі здійснення місцевого самоврядування не тільки законами, а й статутами територіальних громад. Така правова регламентація створила певні правові умови для розвитку муніципального статутного права як складової частини процесу становлення і розвитку місцевого самоврядування в Україні.

Орієнтація на прийняття статутів територіальної громади як своєрідних муніципальних конституцій найоптимальніше відповідає ідеям децентралізації, самоврядування, субсидіарності, саморегулювання та самоорганізації населення за місцем проживання, розмаїття й свободи вибору жителями напрямів і видів локальної діяльності щодо вирішення питань місцевого значення. Статuti територіальних громад відтворюють та адаптують до місцевих умов численні закономірності, впорядковують їх у логічному викладенні, супроводжують необхідними коментарями, сприяють виникненню у населення правильних та досить повних уявлень про структуру та роботу механізму місцевого самоврядування тощо.

Разом з тим слід відзначити, що правова база, яка існує сьогодні, не досконала, внаслідок чого при розробці статутів виникає дуже багато проблем, пов'язаних з окресленням предмета та визначенням структури, узгодженням статутних положень із нормами чинного законодавства. Дійсно, Закон України „Про місцеве самоврядування в Україні” детально регламентує більшість питань муніципального життя, що істотно звужує сферу застосування статуту територіальної громади. Адже ним необхідно регулювати лише особливості здійснення самоврядування, тобто ті питання, що не врегульовані Законом. Законодавство України обмежується лише загальним посиленням на мету прийняття статуту, не конкретизуючи при

цьому регламентація яких саме питань організації та функціонування місцевого самоврядування потребує врахування історичних, національно-культурних, соціально-економічних та інших особливостей.

Звідси цілком справедливо виникають ряд питань: у чому полягають критерії віднесення тих чи інших “особливостей” до “історичних, національно-культурних, соціально-економічних та інших”? Якщо цих “особливостей” немає, чи може територіальна громада приймати свій статут? Хто вирішує питання чи є та чи інша “особливість” дійсно “історичною, національно-культурною, соціально-економічною” тощо?

Однак, згідно міжнародних стандартів локальної демократії, які знайшли своє закріплення у Європейській хартії місцевого самоврядування, місцеве самоврядування має діяти за принципом „дозволено все, що не заборонено”. Так, згідно ч. 2 ст. 4 Хартії „органи місцевого самоврядування в межах закону мають повне право вільно вирішувати будь-яке питання, яке не вилучене із сфери їхньої компетенції і вирішення якого не доручене жодному іншому органу”. При цьому, „якщо повноваження делегуються органам місцевого самоврядування центральним чи регіональним органом, органи місцевого самоврядування у міру можливості мають право пристосовувати свою діяльність до місцевих умов” (ч. 6 цієї статті). Тому, визначати комплекс „історичних, національно-культурних, соціально-економічних та інших особливостей здійснення місцевого самоврядування”, по суті, має сама територіальна громада.

Можна визначити наступні інституційні та функціональні ознаки статуту територіальної громади, які характеризують його як джерело конституційного права. Так, статут територіальної громади:

- характеризується наявністю особливого суб'єкта, який встановлює або від імені якого він приймається. Таким суб'єктом виступає територіальна громада – первинний суб'єкт системи місцевого самоврядування, основний носій його функцій і повноважень;
- є важливою нормативною умовою функціонування територіальної громади та її органів, виступаючи як необхідним елементом нормативно-правової основи муніципальної демократії;
- найбільш оптимально виражає демократичне начало самоорганізації та саморегулювання в рамках Конституції та закону, виходить з визнання територіальної спільності місцевих жителів ключовим суб'єктом в політичних, економічних, соціально-культурних та інших локальних сферах владарювання та конкретизує об'єкту спрямованість функціонування територіальної громади у цих сферах місцевого життя;
- має установчий характер, що проявляється у тому, що статут надає юридичного, правового статусу фактично сформованим або таким, що формуються, відносинам щодо самоврядування місцевої спільноти. Установча природа статуту проявляється і в тому, що немає такої норми, яка приймається органами місцевого самоврядування або територіальною громадою, яка не може бути включеною до статуту за ознакою невідповідності нормам, які приймаються органами або місцевою спільнотою;
- має повний та всеохоплюючий характер правового регулювання, регулює (може регулювати) відносини, які стосуються всіх сторін, усіх сфер життя територіальної громади, які виникають (потенційно можуть виникнути) на місцевому рівні;
- має вищу юридичну силу щодо інших локальних актів, які приймаються безпосередньо територіальною громадою або в системі органів та посадових осіб місцевого самоврядування, тобто в вертикалі локальних актів є пріоритетним документом;
- є основою для подальшої локальної нормотворчості, тобто створює оптимальні умови для розвитку системи актів місцевого самоврядування по горизонталі;
- має стабільний характер, тобто повинен не змінюватися упродовж тривалого часу, що значною мірою сприяло б стабільності соціальних взаємодій на території, на яку розповсюджуються юрисдикція територіальної громади, її органів та посадових осіб. Це має забезпечуватися відповідною процедурою внесення доповнень і поправок, зафіксованою в тексті статуту;
- сприяє процесу конституювання територіальної громади (комунізації), тобто територіальної спільноти (а не просто математичної сукупності, як це фактично є сьогодні) людей – жителів населеного пункту, об'єднаних необхідністю вирішення спільних питань тощо.

Виходячи з цього, у сучасних умовах статут стає не лише новим джерелом конституційного права, а й виступають своєрідним “індикатором” здатності територіальної громади, органів та посадових осіб місцевого самоврядування самостійно вирішувати всі питання місцевого значення, ефективним інструментом реалізації функцій і повноважень місцевого самоврядування.

ОФІЦІЙНЕ ТЛУМАЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЇ І ЗАКОНІВ УКРАЇНИ КОНСТИТУЦІЙНИМ СУДОМ УКРАЇНИ

Т. Цимбалістий

*Тернопільський національний економічний університет
(Тернопіль, Україна)*

Конституція держави регулює різні аспекти суспільного і державного життя. Проте таке регулювання носить, як правило, загальний характер, що не виключає неоднозначного застосування її положень, а також виникнення з цього приводу спірних ситуацій. Тому виникає потреба у конкретизації конституційних норм. Це здійснюється шляхом тлумачення Конституції, а також законів держави. Відповідно до п. 2 ст. 150 Конституції України, а також п. 4 ст. 13 Закону "Про Конституційний Суд України", офіційне тлумачення Конституції і законів України є функцією Конституційного Суду України.

Конституційний Суд України є єдиним органом, що уповноважений здійснювати офіційне тлумачення Конституції і законів України. Це не виключає можливості здійснення Верховною Радою України неофіційного тлумачення законодавства України, але таке тлумачення не матиме юридично обов'язкової сили. Разом з цим, Верховна Рада свою позицію щодо розуміння положень Конституції і законів України може висловити при прийнятті відповідних законів, хоча формально така діяльність не є тлумаченням.

Суб'єктами права на конституційне подання з питань офіційного тлумачення Конституції і законів України є Президент України, не менш як сорок п'ять народних депутатів України (підпис депутата не відкликається), Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Верховний Суд України, Кабінет Міністрів України, інші органи державної влади, Верховна Рада Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування.

Суб'єктами права на конституційне звернення з питань офіційного тлумачення Конституції і законів України є громадяни України, іноземці, особи без громадянства та юридичні особи.

Підставою для конституційного подання щодо офіційного тлумачення Конституції України та законів України, згідно з ст. 93 Закону, є практична необхідність у з'ясуванні або роз'ясненні, офіційній інтерпретації положень Конституції України та законів України.

Для фізичних і юридичних осіб підставою для конституційного звернення щодо офіційного тлумачення Конституції України та законів України є наявність неоднозначного застосування положень Конституції України або законів України судами України, іншими органами державної влади, якщо суб'єкт права на конституційне звернення вважає, що це може призвести або призвело до порушення його конституційних прав і свобод (ст. 94 Закону). Слід визнати, що така вимога закону звужує можливості фізичних і юридичних осіб для захисту своїх прав у Конституційному Суді України, адже для цього їм необхідно довести наявність неоднозначного застосування положень Конституції або законів України.

Як свідчить практика діяльності Конституційного Суду України, здійснення офіційного тлумачення Конституції та законів України є найбільш затребуваним його повноваженням. Підтвердженням цього є те, що переважна більшість (83, 9 % станом на 1 листопада 2006 р.) отриманих Судом конституційних подань і конституційних звернень стосувалися саме надання офіційного тлумачення Конституції та законів України.

Існують різні думки щодо спрямованості тлумачення: одні вважають, що воно зводиться до з'ясування змісту закону, інші – до з'ясування смислу закону, треті – до розкриття думки законодавця, четверті – до розкриття волі законодавця. Очевидно, що при офіційному тлумаченні Конституції і законів орган конституційної юстиції повинен враховувати всі ці аспекти, хоча з'ясування волі законодавця можна сприймати і як узагальнення названих напрямків тлумачення.

Конституційний Суд України не повинен обмежуватися лише дослівним текстом норми, а оцінювати її контекст, а також місце в загальній системі конституційних норм. При цьому будь-яка конституційна норма повинна інтерпретуватися таким чином, щоб уникнути суперечностей з іншими нормами Конституції, оскільки всі її елементи знаходяться у взаємовідношенні і виконують свою роль в межах однієї системи.

При тлумаченні Конституції і законів України Конституційний Суд України не може змінювати їх норми. Його завдання полягає лише у роз'ясненні, інтерпретації відповідних положень. Це правова аксіома. Разом з цим Конституційний Суд, опираючись на закон, використовуючи механізми тлумачення і аналогії може заповнити те, що залишилось за межами закону чи іншого правового акту. В даному випадку суд, констатує волю законодавця з даного кола питань, вимушений або застосувати схожу норму (аналогію закону), або при вирішенні справи виходити із загальних принципів законодавства (аналогія права). Тим самим рішеннями Конституційного Суду нерідко фактично створюються нові норми, що заповнюють прогалини Конституції, впливають з її політико-правової логіки.

З питань офіційного тлумачення Конституції і законів України Конституційний Суд України ухвалює рішення, які є обов'язковими до виконання на території України, остаточними і не можуть бути оскаржені (ч. 3 ст. 150 Конституції України).

Проблемою сучасного конституційного права є визначення правової природи рішень Конституційного Суду України в справах про офіційне тлумачення Конституції і законів України. Без сумніву, акти Конституційного Суду України є правовими актами, адже приймаються вони органом, спеціально на те уповноваженим Конституцією, з дотриманням встановлених форми і процедури, є обов'язковими до виконання на території України. Що ж до можливості розуміння актів Конституційного Суду України як актів нормативно-правових, то слід мати на увазі, що в теорії права під останніми розуміють письмові документи, що встановлюють, змінюють, припиняють чи конкретизують норми права. Це дає підстави говорити про нормативно-правову природу рішень Конституційного Суду України в справах про офіційне тлумачення Конституції і законів України, адже таке тлумачення і є способом конкретизації їх норм.

Однак акти тлумачення Конституційного Суду України не можуть розглядатися як самостійні джерела права. Слід погодитися з думкою про те, що вони є інтерпретаційними актами, мають допоміжний характер і можуть бути застосовані лише у зв'язку із застосуванням відповідної норми.

П.О. Недбайло, розглядаючи правову природу актів офіційного тлумачення (він їх вперше почав називати інтерпретаційними актами), вважав їх окремим – поряд з нормативними та індивідуальними актами – різновидом правових актів. Продовжуючи його думку аналогічно можна визначити і правову природу актів Конституційного Суду України.

Акти тлумачення Конституційного Суду України тісно пов'язані з Конституцією чи тими законами, які були предметом офіційного тлумачення. В певному сенсі вони є їх складовою частиною. Застосування відповідних норм на практиці здійснюється відповідно до позиції органу конституційної юстиції з відповідного питання. Це очевидно, адже рішення Конституційного Суду з питань офіційного тлумачення, як і інші його рішення, є обов'язковими до виконання усіма суб'єктами національного права.

На відміну від рішень про конституційність, рішення Конституційного Суду про офіційне тлумачення Конституції і законів України не тягне втрати юридичної сили будь-якими актами чи їх окремими положеннями. Але воно може стати підставою для судового оскарження в судах загальної юрисдикції конкретних рішень, дій, якщо при їх винесенні дані органи чи посадові особи керувались неправильною інтерпретацією своїх повноважень, які суперечать офіційному тлумаченню, яке дав Конституційний Суд України.

Таким чином, рішення Конституційного Суду України про офіційне тлумачення Конституції і законів України, як і взагалі акти органу конституційної юстиції України, мають складну правову природу. Без сумніву, вони є правовими актами, у випадках, передбачених законодавством, мають нормативний зміст, проте не є нормативно-правовими актами в повному розумінні цього поняття. Саме тому вони є окремим, спеціальним різновидом правових актів, а також допоміжним джерелом (формою) права і частиною національного законодавства України.

ПОНЯТТЯ ВЛАДИ НАРОДУ В КОНТЕКСТІ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ

Т. Шаповал

*Національна академія прокуратури України
(Київ, Україна)*

У ході суспільно-політичного розвитку були сформульовані ідеї універсального характеру, які становлять фундамент теорії і практики конституціоналізму. Серед відповідних ідей треба виділити ті, за змістом яких визнано народний суверенітет як конституційний принцип (доктринальне явище) і водночас як принцип конституції (нормативно-правове явище).

Сучасне трактування ідей народного суверенітету було запропоноване у XVIII ст. Ж.Ж. Руссо, який ототожнював суверенітет із спільною волею – основою так званого суспільного договору, характеризуючи цю волю як верховну владу в державі. При цьому мислитель стверджував, що суверенітет належить народу, але кожному індивіду (громадянину) належить його рівна частина, яку він може реалізувати шляхом волевиявлення. Тим самим визнавався прямий зв'язок між здійсненням влади і реалізацією права голосу на виборах і референдумах. Сьогодні у переважній більшості країн світу, включаючи Україну, народний суверенітет є визнаною політичною та науковою категорією і вважається найбільш загальною засадою організації та здійснення влади в державі.

Ідеї народного суверенітету знайшли відбиток майже в усіх основних законах. У Конституції України вони відображені в частинах другій – четвертій її статті 5. Цей факт визначений у Рішенні Конституційного Суду України у справі про здійснення влади народом від 5 жовтня 2005 року: «Положення «носієм суверенітету ... є народ» закріплює принцип народного суверенітету, згідно з яким влада українського народу є первинною, єдиною і невідчужуваною, тобто органи державної влади та органи місцевого самоврядування здійснюють владу в Україні, що походить від народу».

Ключове значення для з'ясування сутності народного суверенітету має положення частини другої статті 5 Основного Закону України, за яким носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. На мою думку, влада, про яку йдеться за змістом цього та інших положень названої частини, – це влада народу. Таку владу народ може здійснювати як безпосередньо (насамперед на виборах та референдумах), так і через відповідні органи. Здійснювана народом безпосередньо, вона виступає власне владою народу, здійснювана через уповноважені на це органи – змінюється за формою у державну владу або у місцеве самоврядування. Але, будучи зміненою за формою, зберігає свою природу як влади народу і не трансформується у владу органів. З іншого боку, змінена у такий спосіб влада народу сприймається на рівні суспільної свідомості як державна влада (влада держави) і місцеве самоврядування.

У зв'язку з викладеним постає питання щодо співвіднесеності власне влади народу і влади народу, здійснюваної через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Враховуючи, зокрема, той факт, що держава виступає інструментом народовладдя, який в своїй діяльності обмежений правами індивідів, котрі у сукупності складають народ, можна стверджувати про політичну «первинність» і навіть зверхність власне влади народу по відношенню до влади народу, здійснюваної через відповідні органи.

Формально-юридичний пріоритет власне влади народу існує за умов, коли референдні акти офіційно визнаються вищими за силою порівняно з парламентськими актами, що, по суті, означає юридичну субординацію між ними і вимогу відповідності других актів першим. Конституція України і чинне законодавство таких і подібних застережень та вимог не містять. Зі змісту положень частини першої статті 45 Закону України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми», за якими зміни або скасування законів, інших рішень, прийнятих референдумом, проводяться також референдумом, прямо впливає лише спеціальний порядок внесення змін до референдних актів та їх скасування.

Народний суверенітет не тільки засвідчує народовладдя, а й опосередковує органічний зв'язок між народом і державою. При цьому ідеї народного суверенітету «матеріалізуються» шляхом правотворчої діяльності державних органів (передусім вищих органів держави), спрямованої на встановлення різних форм безпосередньої і представницької демократії. «Матеріалізації» народного суверенітету також слугує конституційне закріплення прав і свобод людини і громадянина. В юридичній літературі зазначається, що, «як права людини і громадянина, основні права є правами захисту від влади держави ... За умов конституційного ладу такі права захисту необхідні, тому що й демократія – це панування людей над людьми, котрим притаманні спроби зловживання владою, і тому що державна влада навіть у правовій державі може вчиняти несправедливо».

Конституційне закріплення різних прав і свобод людини і громадянина має різне значення щодо реалізації ідей народного суверенітету. Роль обмежень влади відіграють ті права, які прийнято класифікувати як особисті (громадянські) права і свободи. Іншу роль треба визнати за соціально-економічними правами, котрі, за деякими оцінками, «поставили людину у залежність від державної влади, тобто підірвали основу первісної ідеї прав людини дистанціювати особу від довільного розсуду держави».

Особливе значення щодо реалізації ідей народного суверенітету мають політичні права і свободи, які не виступають виключно як обмеження влади, а відіграють креативну роль у сфері її організації і здійснення. Політичні права і свободи були визначені у ході революцій XVII-XVIII ст. в Європі та Америці, коли в різних документах і правових актах почали вживати термін «політичні свободи (свобода)». Проте за політичні свободи вважали лише виборчі права, передусім право голосу на виборах. Сьогодні поширене визначення політичних прав і свобод як таких, що пов'язані з участю індивіда не тільки у формуванні і здійсненні влади, а й у суспільно-політичному житті в усіх визначених законом формах.

Самі політичні права і свободи можна класифікувати на дві групи. До першої групи треба віднести права щодо участі у формуванні і здійсненні влади, друга охоплює права, метою реалізації яких є забезпечення політичної активності поза безпосередньою владною діяльністю. Прикметно, що права, віднесені до першої групи, – це об'єктивно права громадянина, а носієм прав і свобод, класифікованих у другій групі, може виступати як громадянин, так і особа, що такого статусу не має. За особливостями реалізації до першої групи належать виключно права, до другої – права і свободи.

За змістом наведеної класифікації до першої групи конституційних прав і свобод належать зафіксовані у статті 38, а до другої – у статтях 36, 39 і 40 Основного Закону України. Саме до політичних прав першої групи треба застосовувати оцінку, за якою, «реалізуючи політичні права, громадяни України, асоційовані як Український народ – носій суверенітету і єдине джерело влади в Україні, беруть участь у здійсненні влади». На думку вітчизняного дослідника А.П. Зайця, відповідні права характеризуються як «права, пов'язані з формуванням держави».

Політичні права, зафіксовані у статті 38 Конституції України, впливають з народного суверенітету. Водночас реалізація саме цих прав фактично засвідчує і забезпечує народний суверенітет. Як зазначає російська вчена К.І. Козлова, принцип народного суверенітету «отримує реальну і практичну реалізацію через політичні права кожного громадянина». Функціональний зв'язок між народним суверенітетом і політичними правами, зафіксованими у статті 38, можна сформулювати у такий спосіб: кожен політично дієздатний громадянин бере участь у здійсненні влади народу, усі дієздатні громадяни, що сукупно виступають як народ, здійснюють цю владу.

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВИХ ВИМОГ ЩОДО ЗВЕРНЕНЬ ДО КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

В. Шишкін

Конституційний Суд України

Конституційне провадження в Конституційному Суді України, є наймолодшим видом судового процесу в Україні. Перші кроки до втілення такого виду юрисдикції в правову систему України були здійснені на початку 90-х років XX століття через ухвалення нової редакції статті 112 Конституції УРСР і прийнятого відповідно до неї Закону «Про Конституційний Суд України». Проте відлік практичного втілення процедури конституційного провадження реально починається з часу прийняття в 1996 році Конституції України і нового закону «Про Конституційний Суд України» (далі – Закон). Саме такими новачиїними обставинами можна пояснити певну недосконалість деяких нормативних положень, що регулюють конституційне провадження, оскільки юристи і законодавці України, маючи знання, які були їм закладені радянською правовою наукою і освітою, та досвід практичної роботи на їх основі йшли фактично новою дослідницькою дорогою.

1. Докладного аналізу і коментування потребують положення, що містяться в пунктах 4 в статтях 39 і 42 вказаного Закону, оскільки від додержання вимоги, які зазначені в них безпосередньо залежатиме подальша робота з поданням чи зверненням у Конституційному Суді, починаючи з прийняття до провадження акта клопотання і закінчуючи стадією розгляду всіх питань, які містяться в ньому. В діяльності Суду безпосереднє відношення до процедури провадження у справах мають дві доктринальні особливості:

1) Конституційний Суд не може виявляти ніякої ініціативності на стадії звернення до нього – ані у питаннях конституційності ані у питаннях тлумачення (роз'яснення). Пасивний статус цього Суду щодо ініціювання, як переважно за загальною доктриною конституційної юрисдикції так й за спрямуванням вітчизняного законодавства є одним із проявів (ознак) його неупередженості. Тягар активної поведінки, аргументування та мотивування бажаних вимог повністю покладене на авторів клопотання. Такої правової позиції Конституційний Суд додержується до звернень суб'єктів з будь-яким статусом (справі № 2-15/2007).

2) Конституційний Суд є судом права – тобто він не досліджує факти і навіть не дає правову оцінку обставинам, а оцінює саме право, надає правову настанову щодо праворозуміння положень Конституції чи законів. Завдання Суду конституційної юрисдикції не слід розглядати через призму завдання судів загальної юрисдикції до якої традиційно звикли громадяни нашої країни. Необхідно позбутися сталих уявлень щодо однорідності судочинства і усвідомити новачиї. Конституційний Суд досліджує правові позиції органів, які застосували правову норму або мають її застосувати, проте не знають як це зробити, і усуває розбіжності у поглядах на право (правову норму).

Все це об'єктивно обумовлює завдання суб'єктів, які звертаються до Конституційного Суду – вони мають надати суду вже не оспорювані або будь-ким офіційно доведені факти (акти органів влади, рішення судів), в змісті яких є конфлікт у правовому погляді на певну норму права або підозра у тому, що правовий акт суперечить настановам Конституції.

2. Підставою для конституційного подання щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України є *практична необхідність* у з'ясуванні, роз'ясненні чи офіційній інтерпретації положень Конституції України та законів України (стаття 93 Закону), а підставою для конституційного звернення щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України є *наявність неоднозначного застосування* положень Конституції або законів України судами країни, іншими органами державної влади, якщо суб'єкт, який має право на конституційне звернення, вважає, що це може призвести або призвело до порушення його конституційних прав і свобод (стаття 94 Закону).

2.1. Судово-конституційна практика щодо *практичної необхідності* у з'ясуванні, роз'ясненні та офіційної інтерпретації положень Конституції чи законів України вже складається таким чином.

Суб'єктам звернення у конституційному поданні про офіційне тлумачення Конституції чи законів України (статті 41 Закону) необхідно обґрунтувати *практичну необхідність* у з'ясуванні або роз'ясненні та наданні офіційної інтерпретації положень відповідних нормативних актів. Таке обґрунтування автор клопотання може здійснити двома шляхами.

Перший – має бути показана наявність неоднозначного застосування положень Конституції або законів України органами державної влади, зокрема, що особливо важливо – судами.

Другий – лише на абстрактному рівні, через порівняльний аналіз варіантів можливої поведінки органів влади під час застосування ними на практиці норм певного закону показати складність для органу влади обрати правильний шлях у вирішенні проблемної ситуації.

Будь-який з цих двох підходів є допустимим. Однак необхідно все ж таки зауважити, що у першому підході показ неоднозначності не є суттю звернення, як того вимагає стаття 43 Закону. Показ неоднозначності тут має допоміжний, а не самостійний характер. Акцент має бути зроблено на тому, що має місце *практична необхідність* озброїти органи влади правильним орієнтиром у прийнятті правового рішення стосовно відповідної проблеми.

2.2. Автори конституційного звернення мають докладно і аргументовано довести Конституційному Суду переконливу обґрунтованість своїх тверджень про наявність *неоднозначного застосування* органами державної влади, однієї і тієї ж правової норми в однотипних ситуаціях, щоб мати право претендувати на рішення про офіційне тлумачення Конституції чи законів України.

Необхідно розуміти також те, що для постановлення судами загальної юрисдикції рішень з різними правовими позиціями, хоча й із застосуванням однієї і тієї ж норми закону може бути безліч підстав. Суди загальної юрисдикції є судами факту, тому нюанси у фактичних обставинах можуть обумовити різні наслідки у правозастосовчій діяльності суду, що може потягнути постановлення таких рішень, які на перший погляд можуть бути сприйняті як неоднозначне застосування норм закону для однієї і тієї ж ситуації. У зверненні до Конституційного Суду заявнику важливо показати і довести не формально-зовнішню розбіжність у застосуванні правових норм у судових рішеннях, а неоднакове розуміння судами однієї і тієї ж норми права. Саме у цьому буде прояв неоднозначності. Конституційний Суд України у справі № 2-5/2006 зазначив, “що неоднозначність – це коли одну й ту саму норму правового акта органи державної влади застосовують по-різному за однакових обставин. Що ж стосується долучених до конституційного подання рішень судів загальної юрисдикції, то відмінність у цих рішеннях пояснюється не різним застосуванням одних і тих самих правових норм, а наявністю різних обставин у справах”. Варто також звернути увагу на те, що незадоволення вимог позивача одним судом і задоволення вимог позивача іншим судом за умови застосування тієї ж самої норми закону, а також сам факт скасування судового рішення судом вищої інстанції ще не є підставою для висновку про неоднозначність у правових позиціях різних судів.

2.3. Проблемною є вимога, за якою авторів клопотання необхідно мотивувати своє твердження про те, що дії органів державної влади *призвели* до порушення його конституційних прав чи свобод або мотивувати своє *передбачення* тим, що такі дії *можуть призвести* до порушення його конституційних прав і свобод.

Стосовно першої з цих двох вимог, особливих проблем не повинно бути, бо у такому випадку мова йде про вже наявні факти і не важко проілюструвати їх правові наслідки для особи чи для осіб, які звернулися до Конституційного Суду за офіційним роз'ясненням. (*Конкретна форма*)

Значно складніше мотивувати звернення та переконати склад суддів у тому, що неоднозначне застосування правових норм інститутами державної влади може призвести до порушення чиїх-то прав чи свобод (*абстрактна форма*). Потрібна серйозна глибинна аналітика щоб передбачити і довести можливу майбутню перспективу негативних наслідків для існування чи реалізації конституційних прав і свобод завдяки діяльності різних інститутів державної влади.

Десятирічна практика Конституційного Суду розгляду звернень доводить результативність першого варіанту в діях суб'єктів конституційного клопотання, а другий варіант – поки залишається ще практично нереалізованим, тому що дуже важко аргументовано довести передбачення можливого порушення прав.

2.4. Не проходження всіх ієрархічних інстанцій в судах загальної юрисдикції не є підставою за якою Конституційний Суд може відмовити у прийнятті до провадження звернення особи про тлумачення положень закону. Перешкодою для такого звернення може бути лише факт не набуття судовим рішенням суду загальної юрисдикції законної сили (чинності). Конституційний Суд України може аналізувати лише чинні акти, у нашому випадку, це судові рішення, які набули законної сили. Тобто, заявник може ставити під сумнів правові позиції судів загальної юрисдикції лише за умов, що судові рішення набули законної сили (є чинними).

Необхідно також мати на увазі, що Конституційний Суд України надає тлумачення положенням Конституції і законів у випадку розбіжностей у застосуванні норм саме цих правових актів, тому посилання на акти іншого рівня, як на аргумент встановлення неоднозначності в правозастосуванні не може бути сприйнято як належна мотивація. Таку правову позицію зазначено у справі № 2-4/2006/.

Аналіз положень закону і правових позицій Конституційного Суду у здійсненні провадження в справах за конституційним поданням або за конституційним зверненням доводить наявність достатньо трудомісткої процедури підготовки цих актів, а також вимогливість Суду стосовно не лише предметності, а й аргументованості суті клопотання. Такий підхід має спонукати ініціаторів клопотання до вдумливої і аналітичної роботи щодо підготовки тексту клопотання і всього масиву супутніх документів в кожному окремому випадку, оскільки кожен випадок є унікальним.

СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ НАУК

НАГАЛЬНІ ЗАВДАННЯ ФОРМУВАННЯ УКРАЇНСЬКОЇ ДОКТРИНИ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА: ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНИЙ АСПЕКТ

В. Авер'янов, А. Пухтецька

*Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України
(Київ, Україна)*

Важливим виявом сучасних глобалізаційних процесів виступає євроінтеграційний напрямок розвитку української адміністративно-правової науки. Радикально змінити “дух” і світоглядну ідеологію вітчизняного адміністративного права неможливо без докорінного перегляду попередніх радянських і нинішніх пострадянських науково-правових стереотипів шляхом створення нової національної доктрини даної правової галузі.

Необхідним елементом євроінтеграційної політики України виступає проведення комплексної реформи адміністративного права на основі європейських принципів та стандартів, досягнення цілей якої неможливе без суттєвої модернізації існуючих та запровадження якісно нових інститутів адміністративного права.

Процес створення нової вітчизняної адміністративно-правової доктрини розрахований на певну перспективу. Разом з тим вироблення ключових концептуальних позицій нової доктрини адміністративного права означає розв'язання певних інноваційних завдань розвитку вітчизняної правової науки. Відзначимо найбільш суттєві.

Перш за все, нова адміністративно-правова доктрина передбачає суттєву зміну розуміння суспільної (соціальної) цінності галузі адміністративного права. На противагу існуючому однобічному визначенню її переважним чином як “управлінського” права (тобто як регулятора владно-організуючого впливу держави на суспільні відносини і процеси), ця галузь в сучасному європейському розумінні виступає основним регулятором гармонійних взаємостосунків між публічною адміністрацією – суб'єктами (органами і посадовими особами) виконавчої влади і місцевого самоврядування – та громадянами.

Суспільна роль адміністративного права вбачається не суто “управлінською” (а тим більше суто “юрисдикційною”), а переважно “обслуговуючою” – у тому розумінні, що норми цієї галузі мають слугувати найбільш доступним та ефективним засобом забезпечення в сфері діяльності публічної адміністрації максимально повної реалізації громадянином своїх прав, свобод та інтересів, а також їх дієвого захисту у випадку яких-небудь порушень. Точніше дану характеристику адміністративного права доцільно визначити як “публічно-сервісну” (від англ. to serve – служити).

Водночас важливо підкреслити, що виокремлення “публічно-сервісної” характеристика не має на меті применшити значення і досі важливого місця “управлінської” характеристики адміністративного права. Йдеться лише про уточнення цього місця в адміністративно-правовій доктрині шляхом зміщення переважаючого акценту з категорії “державне управління” на категорію “забезпечення пріоритету прав людини”, яка і повинна стати базовою та домінуючою у згаданій доктрині. У свою чергу, “публічно-сервісне” призначення адміністративного права охоплює такі його функції, як: правозабезпечувальна – спрямована на забезпечення реалізації прав громадян, так само, до речі, як і виконання покладених на них обов'язків (цей аспект доречно називати “обов'язкозабезпечувальним”); та правозахисна – спрямована на захист і поновлення порушених суб'єктивних прав громадян.

Наступною концептуальною позицією нової адміністративно-правової доктрини є переосмислення принципів адміністративного права. Адже у нас, за традицією, що склалася ще у

радянський період, принципи адміністративного права сприймаються не як керівні настанови, положення, а як щось суто декларативне та абстрактне. Насправді ж, правові принципи загалом виступають своєрідними “нервовими центрами права”, вимогам яких повинні відповідати і підкорятися усі правові норми, щодо яких принципи мають пріоритет.

Тим не менше всупереч об’єктивній логіці, у радянський період адміністративне право залишалося чи не єдиною галуззю права, яка не мала власних правових принципів як таких, а базувалася на принципах державного управління. Хоча зрозуміло, що державне управління та адміністративне право – суть різні явища, і тому принципи адміністративного права не можуть підмінятися принципами державного управління, на що справедливо було звернуто увагу ще у працях радянських вчених.

Враховуючи, що у загальноприйнятому сенсі для державного управління головним є досягнення найбільш раціональним шляхом запланованих результатів владно-організуючого впливу на керовані об’єкти, але аж ніяк не прагнення до всебічного забезпечення пріоритету прав людини, стає зрозумілим, чому саме завдяки своїм принципам адміністративне право в Європі однозначно орієнтоване на права та інтереси людей, забезпечення гарантій їх ефективної реалізації та захисту, тоді як у нас – на потреби функціонування державного апарату управління, створення умов для “зручного” (з точки зору чиновників) адміністрування.

Не вдаючись до спеціального розгляду принципів адміністративного права (перелік яких, до речі, тільки починає формуватися українськими дослідниками), необхідно наголосити на основоположному значенні в новій адміністративно-правовій доктрині принципу “верховенства права”.

При цьому слід виходити із сучасного розуміння принципу верховенства права в європейській юридичній науці, яке хоча і виникло на класичних доктринальних позиціях його розуміння, сформованих відомим англійським вченим-конституціоналістом Альбертом Дайсі, але значним чином трансформувалося в контексті глобалізаційних, європейських інтеграційних економічних, правових та інших аспектів реформування світового правопорядку. Адже принцип верховенства права на сьогоднішній день вже не обмежується рамками національної правової системи. Його зміст, поряд із традиційним розумінням змісту та ролі конституційного принципу верховенства права, зазнає певних змін, що особливо виявилось у використанні змісту даної категорії провідними європейськими регіональними організаціями в контексті євроінтеграційних процесів та формування Європейського адміністративного простору.

Принцип верховенства права разом із демократією та повагою прав і свобод людини і громадянина – це *ключові, основоположні ціннісні орієнтири європейської доктрини праворозуміння*. Їх покладено в основу правопорядку ЄС, що знайшло формальне закріплення у ст. 6 (колишній статті F) “Договору про Європейський Союз”.

Також слід відмітити той факт, що принцип верховенства права на сучасному етапі його розуміння у західній юридичній думці втрачає риси абстрактної моделі, що було особливо характерно античним філософським визначенням. Натомість простежується тенденція до деталізації, формалізації принципів та процедур, через які ідея верховенства права має отримати конкретні практичні напрямки запровадження та утвердження. Враховуючи вищевикладене, принцип верховенства права слід розглядати як першоджерело, основу реформування адміністративно-правової науки в Україні, запровадження принципів належного урядування та належного управління, які мають посісти належне місце в адміністративно-правовій доктрині та системі чинного законодавства України.

З огляду на потреби практичного застосування в адміністративно-правовому регулюванні принципу верховенства права важливо привернути увагу до двох відносно самостійних аспектів конституційної формули (част. 3 ст. 3 Конституції України): “*Утвердження та забезпечення прав і свобод людини є головним обов’язком держави*” (курсив автора). Причому перевагу слід надати саме аспекту “забезпечення” прав людини.

Адже у вітчизняній юридичній науці та практиці традиційно забагато говориться про власне наявність прав, хоча саме по собі легальне визначення (тобто “утвердження”) навіть найширшого кола прав ще не означає, що людина в змозі фактично скористатися цими правами, тобто що вони реально забезпечені. Це з одного боку.

З іншого ж боку, не менш поширена традиція зводити проблематику прав людини до можливостей судового захисту порушених прав. Хоча слід бачити, що основний обсяг діяльності держави (як і в цілому публічної влади) по забезпеченню прав людини зводиться не стільки до реагування – через судовий розгляд – на аномальні діяння, що порушують зазначені права, скільки як раз до позитивних дій зі створення умов для ефективної реалізації людьми своїх прав.

Отже, проблема верховенства права може бути по-справжньому зрозуміла та розв'язана лише в контексті аналізу та оцінки всієї сукупності взаємостосунків (відносин) людей з органами виконавчої влади та їх посадовими особами. Адже виконавча влада – найбільш наближена до людей гілка влади, з якою у них відбуваються найчастіші контакти з приводу реалізації багаточисельних суб'єктивних прав та інтересів людини. Між тим виконавча влада в Україні, як і раніше, зберігає державоцентристську ідеологію, за якою людина сприймається як “підвладний об'єкт”, інтереси якого підпорядковані інтересам держави, потребам більш успішного функціонування державного управління. Тому єдиною можливим шляхом забезпечення реалізації принципу верховенства права в сфері адміністративно-правового регулювання слід визнати рішучий перехід до згадуваної раніше людиноцентристської ідеології.

При цьому важливо наголосити, що покладений в її основу інститут прав людини мав би водночас змінити і вигляд власне державного управління, спричиняючи при цьому вагомий вплив як на вітчизняну концепцію, так і на практику творення сучасної системи управління в Україні.

Наведені вище ключові концептуальні позиції нової української адміністративно-правової доктрини, певна річ, не вичерпують усіх важливих теоретичних проблем наближення вітчизняної галузі адміністративного права до стандартів, що панують нині у демократичних країнах світу. Проте саме розглянуті аспекти мають, на наш погляд, принципове методологічне значення для вироблення правильної стратегії подальшого реформування національного адміністративного права, і від їх розуміння вирішальною мірою залежить розв'язання решти дискусійних питань у сфері адміністративної правотворчості та праворозуміння.

Враховуючи сучасні вимоги євроінтеграційної політики України, першочергові зусилля вітчизняної адміністративно-правової науки мають бути спрямовані на створення нової національної доктрини адміністративного права.

ТЛУМАЧЕННЯ НОРМ ПРАВА, ЩО РЕГУЛЮЮТЬ ПРАВОВІДНОСИНИ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я

З. Гладун

*Тернопільський національний економічний університет
(Тернопіль, Україна)*

В системі актів, які забезпечують правове регулювання відносин у сфері охорони здоров'я, окрім актів законодавства (законів, підзаконних актів) містяться акти роз'яснення і тлумачення правових норм. Слід зазначити, що акти тлумачення норм права не містять нових норм права, а є тим засобом, який забезпечує однакове розуміння і застосування чинних нормативних актів. Водночас від точного і правильного тлумачення норм права залежать чіткість і ефективність всього механізму правового регулювання.

Прикладів тлумачення норм права, які діють у сфері охорони здоров'я населення, є безліч, серед них можна назвати Інструкцію щодо констатації смерті людини на підставі смерті мозку, затверджену наказом Міністерства охорони здоров'я України № 226 від 25.09.2000 р. Як видно з її назви, дана інструкція нормативно закріплює методику визначення смерті людини внаслідок смерті її головного мозку. Пов'язані з цим проблеми полягають в тому, що протягом тривалого часу серед медиків не було точного визначення, який момент вважати смертю людини: зупинку діяльності серця, припинення дихання чи смерть мозку. І лише в 1999 р. в Законі України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини» у ст. 15 було нормативно закріплено положення, згідно з яким «людина вважається померлою з моменту, коли встановлена смерть її мозку». Однак, згідно вимог вказаної статті, діагностичні критерії смерті мозку та процедура констатації смерті людини встановлюються Міністерством охорони здоров'я України, що й зроблено в зазначеній інструкції.

Тлумачення норм права є необхідним для тих актів, які з різних причин мають потребу в додатковому роз'ясненні їх змісту в зв'язку з неточністю формулювання правової норми, ускладненнями, що виникли, або неправильною практикою їх застосування. В повній мірі це стосується правових норм, що діють у сфері регулювання відносин щодо охорони здоров'я населення. Певна частина з них була прийнята ще на початку 90-х років XX століття і ще сьогодні містить тогочасні, зараз вже не актуальні уявлення про систему охорони здоров'я, медичну допомогу, зокрема, її безоплатність, фінансування цієї сфери лише з державного бюджету та ін., деякі – містять неточні юридичні позиції і поняття. Так, протягом тривалого часу й до цих пір, триває наукова дискусія щодо розуміння змісту і співвідношення термінів «медична допомога» і «медична послуга», які використовуються в окремих актах законодавства.

Необхідність тлумачення правових норм пояснюється неповним охопленням юридичними нормами фактичних умов життя (наприклад, в медичній науці і практиці широко застосовується термін «медична помилка», що полягає в добросовісній помилці лікаря у встановленні діагнозу захворювання чи призначенні лікування і виключає його юридичну відповідальність, але який не має свого визначення і закріплення в актах законодавства), невизначеним характером норми права, наявністю спеціальних, насамперед оціночних, понять і визначень, у яких нелегко розібратися юридичне неспідготовленій людині без спеціального тлумачення (наприклад, у ступені тяжкості тілесних ушкоджень або шкоди, заподіяної здоров'ю людини).

Однак вирішальним моментом у визначенні видів тлумачення правових норм є суб'єкт – особа або орган, що дає це тлумачення. За суб'єктами і юридичними наслідками тлумачення правової норми може бути як офіційним, так і неофіційним.

Офіційним тлумаченням займається вузьке, чітко визначене на конституційному рівні, специфічне коло учасників. У сфері охорони здоров'я населення право офіційного тлумачення

правових норм надано і спеціально уповноваженому центральному органу виконавчої влади Міністерству охорони здоров'я України. Прикладом цього є наказ вказаного міністерства № 210 від 14.05.2003 р. «Про затвердження критеріїв віднесення наркотичних (психотропних) лікарських засобів, що містять малу кількість наркотичних засобів або психотропних речовин і прекурсорів, до категорії лікарських засобів, які відпускаються без рецептів, та переліку цих засобів», який містив роз'яснення щодо критеріїв віднесення до наркотичних і психотропних речовин і був виданий у розвиток відповідних правових норм, що містилися в законах України «Про лікарські засоби» та «Про обіг в Україні наркотичних засобів, психотропних речовин їх аналогів і прекурсорів». Такий вид тлумачення ще називають адміністративним.

Прикладом офіційного тлумачення є також рішення Конституційного Суду України від 30 жовтня 1997 року у справі № 18/203-97 щодо офіційного тлумачення ст.ст. 3, 23, 31, 47, 48 Закону України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 року та ст. 12 Закону України «Про прокуратуру» від 5 листопада 1991 року (справа К.Г. Устименка). Ця справа стосувалась, у тому числі і тлумачення поняття «медична інформація», яке не було чітко врегульовано в нормах законодавства. В рішенні суду було визначено, що «медичною інформацією є свідчення про стан здоров'я людини, історію її хвороби, про мету запропонованих досліджень та лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, в тому числі і про ризик для життя та здоров'я, яка за своїм правовим режимом належить до конфіденційної, тобто інформації з обмеженим доступом».

Серед суб'єктів офіційного тлумачення норм права у сфері охорони здоров'я слід назвати Верховну Раду, Кабінет Міністрів, Міністерство охорони здоров'я, і важливіший у цьому питанні серед них – Конституційний Суд України. Так, наприклад, Конституційний Суд України, розглядаючи конституційне подання 53 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 49 Конституції України «у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно» (справа про безоплатну медичну допомогу), змушений був дослідити загальноприйнятий зміст і дати офіційне тлумачення термінів «медична допомога» та «медична послуга», залучивши для розгляду справи майже всі провідні наукові центри, медичні університети й академії, відомих учених і навіть провідних фахівців Європейського регіонального бюро Всесвітньої організації охорони здоров'я. Суд дійшов висновку, що «дефініції зазначених понять різноманітні і збігаються лише в окремих частинах чи елементах. Так, «медична допомога» і «медична послуга» трактуються і як синоніми, і як антоніми, і як одна складова частина іншої». Суд встановив, що термін «медична допомога» широко вживається у національному законодавстві України, існують його визначення Всесвітньою організацією охорони здоров'я, науковцями медичних університетів й академій. Однак цілісна правова дефініція цього поняття у законах України відсутня, а тому потребує свого нормативного врегулювання, що виходить за межі повноважень Конституційного Суду України.

Під неофіційним тлумаченням прийнято вважати роз'яснення змісту і мети правових норм, яке виходить від осіб, що не мають на те офіційних повноважень, а відтак їх тлумачення не володіє юридично обов'язковою силою. Наприклад, тлумачення норми права юристом-вченим або юристом-практиком допомагає юридичній практиці і здатне вплинути на офіційне тлумачення. Однак воно не є загальнообов'язковим. Так, наприклад, автори М. Білінська та О. Виноградов у своїй статті запропонували власне розуміння термінів «медична допомога», «медична послуга», «пацієнт», «хворий», однак, вказані визначення, з огляду на характер наукової статті, є лише власною думкою цих науковців і прикладом їх неофіційного тлумачення.

Тлумачення правових норм, як правило, не має самостійного, обов'язкового значення у відриві від акта, що тлумачиться і разом з його скасуванням (зміною) втрачає свою юридичну силу. Так, наприклад, Державний комітет України з питань регуляторної політики та підприємництва прийняв рішення від 11 липня 2000 р. № 17-78/7 «Про необхідність усунення порушень вимог Указу Президента України від 03.02.98 № 79/98 «Про усунення обмежень, що стримують розвиток підприємницької діяльності Міністерством охорони здоров'я України», в якому вказав на факти невідповідності рішень вказаного міністерства вимогам Указу Президента України. Таким чином, комітет «екстраполював» вимоги, що містяться в Указі Президента на підзаконні нормативно-правові акти Міністерства охорони здоров'я України і дав їм своє тлумачення.

Тлумачення можна класифікувати і за його об'єктом. Ним може бути або нормативний акт в цілому, або його окрема норма. Об'єктом тлумачення може бути не тільки нормативний, але і правозастосовчий акт.

Характерною особливістю тлумачення норм права, що регулюють правовідносини у сфері охорони здоров'я є відносно незначний обсяг актів тлумачення Конституційним Судом України, судами різних інстанцій загальної юрисдикції, Міністерством охорони здоров'я, Державною санітарно-епідеміологічною службою України правових норм порівняно з нормами, що містяться у таких правових інститутах як вибори, державна служба, соціальний захист громадян і, навпаки, значний обсяг їх тлумачення науковцями-правознавцями, управлінцями та медиками й навіть їх пацієнтами.

ОРГАНІЗАЦІЙНІ ПАТОЛОГІЇ ЕКОНОМІЧНИХ ІНСТИТУЦІЙ

В. Дадак

*Ягеллонський університет
(Краків, Польща)*

Головною метою процесу господарювання є задоволення економічних потреб людини. Можливості задоволення постійно мінливих потреб є об'єктивно обмежені в першу чергу через обмежені виробничі можливості. Проблема, яка виникає між потребами та можливостями їх задоволення, є чинником, який зумовлює економічний розвиток, адже спонукає до постійного збільшення виробничих можливостей через розвиток способів господарювання. Це в свою чергу призводить до необхідності кооперації між учасниками того процесу. З іншого боку дефіцит можливості задоволення потреб вимагає створення регулятивних механізмів, які уможливають відносно рівномірну участь в період їх задоволення, як також відносно однаковий тягар дефіциту доступу до створених благ. Реалізацію цих цілей уможливають спеціалізовані соціальні інституції, названі економічними інституціями, які стають одним з елементів економічної системи, що охоплює реальну сферу і сферу регуляції. Реальна сфера стосується учасників ринку або суб'єктів, які здійснюють економічну діяльність та споживачів, а також середовища, в якому відбувається ця діяльність. Сфера регуляції складається натомість з суб'єктної частини, в склад якої входять органи, які регулюють економічну діяльність та нормативної частини, яка охоплює загально зобов'язуючі юридичні органи, що регулюють оборот, корпоративні норми та етичні норми, які стосуються економічної діяльності. Їхня роль полягає у визначенні меж свободи господарювання учасників ринку та його підпорядкуванню в тих випадках, коли регуляційні механізми економічного характеру є неуспішними.

Патологічні явища можуть мати місце в ділянці всіх елементів, які утворюють економічну систему, починаючи від сфери законодавчої діяльності через функціонування економічних інституцій (підприємств та органів економічної адміністрації), аж до поведінки споживачів. Особливо цікавими видаються проблеми, пов'язані із патологією економічних інституцій, які проводять економічну діяльність. Адже ці інституції можуть бути простором соціально-патологічних явищ, пов'язаних з діяльністю осіб, які належать до їх персоналу, як також інших учасників обороту: особливо споживачів та контрагентів, які будуть іншими підприємцями. Це обґрунтовує також роль, яку економічні інституції відіграють в суспільстві.

Економічні інституції – це вид соціальних інституцій. Ці останні це "утворені з людей та засобів елементи суспільної дійсності, які призначені для реалізації конкретних цілей". Вони дають змогу членам інституцій в соціально апробований спосіб досягати цілей, залучаючи при цьому індивідів в конформістську діяльність. Основною ціллю соціальних інституцій є створення умов для комплексного задоволення потреб індивідів через реалізацію завдань, які виконуються тими інституціями, до яких належить:

- регуляція дій членів інституцій з огляду на їхні цілі;
- гарантування тривалості задоволення потреб членів колективів, незалежно від зміни осіб, які їх утворюють або які користуються їхніми послугами;
- інтеграція в ділянці конкретних колективів в оперті на вид здійснюваної діяльності або на вид потреб, які задовольняються за допомогою інституцій.

Окрім вищезгаданих, економічні інституції виконують специфічні завдання, серед яких до найсуттєвіших належать:

- отримання доходу внаслідок проведення прибуткової діяльності;
- оптимізація способів господарювання через еластичну реакцію на потреби ринку;
- задоволення потреб економічних індивідів та індивідів, які ними не є, що становлять персонал інституцій;

- задоволення потреб економічних та неекономічних колективів внаслідок алокації засобів, які походять з діяльності економічної інституції.

Принцип свободи економічної діяльності дає можливість проводити її в період і формі, обраній самими підприємцями. При цьому вона проводиться в переважній більшості при використанні тих організаційно-юридичних форм, які становлять колективні суб'єкти. Тими суб'єктами є, як правило, торговельні об'єднання (серед них відкриті, партнерські, з обмеженою відповідальністю, акціонерні товариства), державні підприємства, а також спілки та фонди. Всі вони належать до категорій економічних інституцій, серед яких можна виділити інституції, які займаються створенням, наданням послуг та дистрибуцією товарів і послуг. Вони є організовані як підприємства, проте в обороті мають статус підприємців. Різноманітність функцій, які виконують в обороті економічні інституції, проявляється в їхній відмінності. При речовому підході економічна інституція – це організація, в склад якої входять люди та їхнє обладнання чи устаткування. Атрибутом такої організації є особливий вид відносин між складовими елементами та цілістю, який викликає те, що частини спричиняються до розвитку цілості. Згідно з іншим підходом, організація є відкритою соціально-технічною системою, цільово зорієнтованою, яка має визначену структуру (спосіб упорядкування). Головною рисою таким чином трактованої організації є її реальний характер, адже в ній можна виділити особовий субстрат або персонал та субстрат капіталу або речові засоби, які служать для реалізації цілей організації. Окрім цього кожна організація є укладом завдань, з яким пов'язується організаційний субстрат, або система пов'язаностей між елементами організації (внутрішній аспект) та між організацією і середовищем (зовнішній аспект). Не менш важливою рисою організації є ідейний субстрат, в сфері якого можна виділити систему цінностей, які є обов'язковими для організації, та цілі, до реалізації яких організація була покликана. Ці цілі визначаються як її місія. Організацію можна розглядати також як систему елементів, пов'язану з іншими системами, яка сама складається з підсистем. З функціональної перспективи ця система є відносно стабільним укладом, який адаптується до мінливих умов середовища та який реагує на зміни в сфері самої інституції. Це є можливе завдяки співдії підсистем, які творять інституції, до яких належать: підсистема цілей і цінностей, психосоціальна підсистема, технічна підсистема, підсистема структури та підсистема управління. Одночасно порушення в сфері якоїсь підсистеми мають вплив на функціонування цілої інституції, при чому це не мусить бути винятково негативний вплив, адже соціально-патологічні явища оцінені в контексті конкретної ситуації можуть також викликати надфункціональні наслідки.

Ці порушення можуть мати форму соціально-патологічних дій або явищ, або тих, які деструктивно впливають на суспільство, які входять в суперечність із загальноприйнятими цінностями в даному культурному середовищі. Вони можуть мати місце у сфері внутрішніх відносин, або між елементами інституції та внутрішніми стосунками, серед яких можна виділити площину відносин між інституцією і середовищем та площину відносин між елементами інституції та її середовищем.

Ці явища викликають стан, визначений як організаційна патологія. Дефініції організаційних патологій в економічних інституціях, як правило, визначають економічні аспекти. Прикладом є дефініція організаційної патології, згідно з якою такою патологією є дисфункція організації, яка не дозволяє досягнути реальних, визначених для даної організації і сумісних із суспільним благом цілей, у визначеному часі і при наявності конкретних засобів. Ще більше "економічний" характер має дефініція, згідно з якою організаційна патологія – це відносно тривала вада організації, яка викликає марнотратство, що переходить межі суспільної толерантності. З кримінологічної перспективи організаційною патологією можна назвати відносно тривалий стан дисфункції інституції, який полягає в ускладненні або неможливості реалізації соціально апробованих засобів, адекватних для цього. Цей стан є наслідком соціально-патологічних дій індивідів, а не явищ чи процесів, незалежних від людини. Потім це є стан, описуваний через перевагу впливу індивідів на реалізацію завдань, які економічна інституція повинна виконувати в колективі.

Організаційні патології можуть мати структуральний, функціональний та персональний характер. Структуральні патології стосуються неправильної організаційної структури інституції та хибних цілей діяльності, визначених нормами і вартостями, обов'язковими в інституції. Функціональні патології охоплюють хибні операції та процеси, які визначені нормами, обов'язковими в організації, а також неправильний контроль і нагляд над ними. Натомість персональні патології є

пов'язані із діями осіб, які входять в склад органів інституцій та осіб, які є їхнім персоналом середнього і нижчого щабля, в тому числі пов'язані також з процесами відбору персоналу та нагляду за ним. Вказані аспекти організаційних патологій характеризують організацію, при цьому опис організаційної патології, яка стосується конкретної ситуації, як правило, буде охоплювати всі три аспекти, а динаміка і напрямки змін, а також прояви патології конкретної інституції будуть мати індивідуальний вимір.

Діяльність економічної інституції, скерованої на реалізацію цілей, для яких вона була утворена, є процесом, під час якого в сфері інституції відбуваються зміни, при цьому випадковість тих змін є результатом впливів середовищних елементів всередині інституції та середовища, в якому діяла інституція. В сфері цього процесу вирізняються кілька фаз розвитку. До них належать:

- фаза креативності;
- фаза структуралізації;
- фаза формалізації (централізації);
- фаза координації (децентралізації);
- фаза співдії (створення сітки).

В сфері першої фази ступінь формалізації інституції є відносно невеликий і впливає в першу чергу з вимог, які походять з реєстраційних обов'язків. Їх повинні виконувати інституції, які проводять економічну діяльність (призначення органів, визначення способу презентації, сфери відповідальності персоналу). Патологічні явища, які мають місце в тій сфері, пов'язуються передусім з організаційним хаосом, який виникає з невстановленого розподілу ролей та несформованого поділу відповідальності. Поряд із зростанням масштабів інституції pojawiaється небезпека нехтування виконанням обов'язків через надмірну централізацію інституції, яка призводить до надмірно величезного обтяження адміністративними обов'язками осіб, які займають управлінські посади. Злочини в тій фазі є, як правило, формальними злочинами, пов'язаними із недовиконанням публічно-юридичних обов'язків, в основному податкових. Характерним є також те, що в цій сфері персонал становлять в першу чергу засновники інституції, які особисто займаються справами фірми і це вони в основному можуть бути виконавцями порушень обов'язків. Це проявляється у нормативній площині, адже ст. 585 кодексу торівельних товариств серед суб'єктів злочину дії на шкоду товариства називає "осіб, які беруть участь у створенні товариства".

Поряд із розвитком інституції, в особливості із зростанням кількості осіб, які становлять її персонал, безпосередньо бувають порушені відносини між індивідами. Внаслідок цього виникає необхідність визначення організаційної структури та надання важелів управління спеціалізованому суб'єкту, найчастіше з поза неї. Інституція переходить до другої фази розвитку, в якій має місце відокремлення власності від влади та власності від легітимації до "буття в інституції". З'являється поділ на працевластувачів і робітників. Це відбувається в реальній площині, внаслідок складностей чергових осіб та в сфері свідомості. Це стосується співників або співвласників, які самі є працевластувачами, однак через "перебирання" компетенції іншими співниками мають переконання про відокремленість і займають позицію робітників. Наслідком цього може бути пасивність в сфері нагляду над діяльністю інституції, а в крайніх випадках – діяльність на шкоду її інтересам. В цій фазі чітко виступає ієрархізація щаблів управління, з надмірним акцентуванням ролі найвищого щабля. При цьому є послаблена позиція управлінського персоналу середнього, а особливо нижчого щаблів. З'являються злочини менеджерів, які не ототожнюються з інституцією (діяльність на шкоду товариства, зловживання довірою) та злочини управлінського персоналу середнього і нижчого щаблів (економічна корупція). В цей період з'являються також злочини працівників, або ті, які здійснюються складними в інституції особами, що не є власниками підприємства.

Зростаючі масштаби соціально-патологічних явищ, які викликають кризи в організації, змушують інституцію до реакції, яка, як правило, є формалізацією процедур. Вона становить третю фазу розвитку інституції. Це полегшує управління, проте одночасно збільшується дистанція між партнерами інтеракції (працівниками і управлінським персоналом). Особисті відносини уступають місце предметним. Організаційним ефектом є створення норм, які особливо регулюють процедури в інституції, що призводить до бюрократизації процесів управління та обмеження активності індивідів,

які в крайніх випадках призводять до паралічу рішень. Намагаючись уникнути результатів господарського ризику, управлінці пробують не приймати рішення, яке виглядає ризикованим. В результаті цього, уникаючи ризику, обмежують розвиток підприємства. Із згаданою фазою пов'язується важлива загроза для цілої інституції, адже в зв'язку із поступовим спадом економічної ефективності послаблюється її позиція на ринку.

Прагнення до обмеження згаданих загроз викликає необхідність динамізації інтеракції в сфері інституції через суб'єктизацію персоналу. Це відбувається на шляху делегування повноважень в сфері прийняття економічних рішень на нижчі шаблі організаційної структури та пов'язування управління із власністю суб'єкта, яким управляється¹. Тим самим інституція переходить до третьої фази, яка характеризується децентралізацією управління, в тому числі також прийняття економічних рішень. Внаслідок цього відбувається вивільнення активності в ділянці інституції, що викликає інтенсивне задоволення позаекономічних потреб, серед яких потреба афіліації, стратифікації, визнання. Одночасно така ситуація суттєво покращує економічні результати підприємства, проте створює загрозу посиленого зростання злочинів, які здійснюються працівниками і управлінським персоналом нижчого шабля, зокрема в тих інституціях, де внутрішній контроль є неефективний.

Децентралізація управління з метою залучення ширших груп персоналу в діяльність інституції викликає обмеження кризи, пов'язаної із почуттям відокремленості частини осіб, які працюють на підприємстві. Внаслідок цього відбувається збільшення креативності персоналу і задіяння його у реалізацію цілей інституції. Проте це може призвести до наступної загрози, яка полягає у надмірній автономії частини складових організації через обмеження ефективності контролю поведінки персоналу та процесів, які відбуваються в інституції. З'являється загроза використання діяльності інституції до отримання вигоди через створення "другого обороту", благодійниками якого є поодинокі особи або їхні неформальні групи. Така ситуація створює серйозні загрози, адже є джерелом неформальних, рівневих пов'язаностей між персоналом, які базуються на спільних, конкурентних до інституції цілях. Це створює вигідні умови для виникнення в ділянці інституції злочинних груп, які діють на її шкоду.

Якщо порівняти фазу формалізації та децентралізації, то увага загострюється до того, що в обох мають місце чинники, які сприяють злочинності працівників. Проте їхній характер є відмінний. У фазі формалізації в основному йдеться про наслідки чіткого дотримання незвичайно особливих процедурних норм, яке призводить до деіндивідуалізації індивідів при одночасному дистанціюванні персоналу від цілей інституції. Занадто формальне, інколи ритуальне дотримання процедур звільняє від особистої відповідальності і полегшує нейтралізацію порушення норм. Така ситуація визначається як "очищення" інституції. Проте у фазі децентралізації може відбуватися послаблення рівня інтеграції інституції внаслідок занадто величезної свободи індивідів при одночасному обмеженні контролю з боку інституції. Наслідком цього може бути "нестерильність" або обмеження можливості впливати на поведінку індивідів, адже індивіди перестають бути вразливими на імпульси, які походять від інституції. В такій ситуації має місце, як правило, розбіжність між цілями індивідів і цілями інституції, при цьому вирішальну перевагу отримує реалізація індивідуальних цілей над цілями інституції.

Наступна, четверта фаза, характеризується збільшенням контролю над діяльністю частини інституцій, між іншими, зокрема, повторною централізацією повноважень. Ефектом є зміцнення неформальних груп в сфері інституцій, які захищаються перед відтворенням індикації повноважень, з чим пов'язується протистояння серед персоналу. Це період, який сприяє порушенням, що полягають у діях на шкоду інституції, таких як афери, крадіжки, економічна корупція. Адже дії цього виду визначаються як "відбирання належного", що особливо легко у випадку фрустрації, викликаной обмеженням привілеїв працівників. Централізація на початку призводить до збільшення ефективності, проте надмірна бюрократизація є суттєвим гальмом у розвитку інституції. Адже збюрократизовані інституції добре функціонують в стабільному і передбачуваному середовищі. Натомість економічна

¹ В економічних корпораціях Західної Європи та США з 80 років XX ст. спостерігається тенденція до зайнятості менеджерів найвищого шабля з-посеред осіб, які є значимими акціонерами товариств, якими управляють. Див. Z. Dach, *Mikroekonomia*, Kraków 2003, s. 110.

діяльність характеризується непевністю і циклічними змінами, які спричиняють те, що формальні процедури ускладнюють еластичне реагування на зміни середовища інституції. В подальшій перспективі, як правило, відбувається криза, яка полягає в поглибленні негативних явищ, описаних раніше, а додатково виникає спад ефективності в основній сфері функціонування інституції, якою є економічна діяльність. Необхідність оздоровлення цієї ситуації спричиняє розбудову пов'язаностей між індивідами, які займають різні позиції в структурі інституції, опертої на критерієві завдання або на тому, який полягає у співдії в розв'язанні конкретних проблем. Внаслідок цього з'являються організаційні зміни, які полегшують вплив ширшого кола осіб на управління інституцією. Через це уникають загроз, пов'язаних із децентралізацією, характерних для фази формалізації.

Великі економічні інституції, які складаються із самостійних або відносно самостійних частин, виступаючи як корпорації із структурою на взірць холдингу, є місцем прояву патологічних явищ, які мають набагато складніший характер від представлених інституцій. Адже патологічні явища можуть стосуватися частини тих інституцій (товариств або залежних підприємств) або цілої структури. Специфічним для дуже розбудованих організацій є явище, назване як "надскладність" організації. Воно характеризується послабленням ідентифікації індивідів з інституцією і заміною її ідентифікацією з малою групою. Проблемою основного значення є наявна в таких структурах розбіжність між цілями індивідів і цілями корпорації. Цілі індивідів та інституції ніколи повністю не узгоджуються, проте додатковою проблемою в тому випадку є величина цілей, адже з мотиву розбудованої структури будуть спільно виступати цілі корпорації з одного боку, натомість з іншого – конкретних підприємств, формальних і неформальних груп, які функціонують на підприємствах, та індивідів. Несумісність цілей особливо чітко проявляється у випадку міжнародних корпорацій, які здійснюють алокацію засобів несумісно із очікуваннями трьох решти категорій. Така ситуація призводить до розбіжності, в якій у площині індивідів домінуючу роль відіграють індивідуальні та групові цілі з рівня малих груп. В такій ситуації особливого значення набувають неформальні групи, які беруть за основу реалізацію цілей індивідів, конкурентних до цілей інституції. Конфлікт між групою та інституцією на цьому фоні, як правило, мобілізує членів групи до прийняття позицій, модельованих попередженнями, які викликають вороже налаштування щодо інших груп або інституцій. На ескалацію цього конфлікту має вплив однаково дійсна суперечність інтересів, як і переконання, що така суперечність має місце. З цього погляду в багатьох економічних організаціях згаданий конфлікт є постійно присутній, а обґрунтування, яке полегшує раціоналізацію порушень норм, що захищають інтереси інституцій, часто є відповідні.

На кожному етапі розвитку інституції з'являються соціально-патологічні порушення, які впливають на її функціонування. Наслідки їх наявності мають дисфункціональний характер. Проте чіткіше видимими є також надфункціональні наслідки таких явищ. Після цього запропонований А. Gaberle перелік надфункціональних ефектів патологічних дій можна доповнити інноваційним ефектом щодо економічних інституцій. Його суть полягає в тому, що інституція, переходячи наступні фази свого розвитку, спрямована до щоразу вищого ступеня формалізації. Проте кожна з тих фаз одночасно генерує явища, які настільки дисфункціональні, що спричиняють те, що інституція діє неефективно з економічного чи організаційного мотивів. З метою вилучення тих явищ, особливо обмеження, відбуваються обов'язково зміни в способі функціонування інституції, які призводять до переходу до наступної фази розвитку. Внаслідок цього відбуваються прискорення розвитку в сфері наступної фази. Проте, окрім звільнення від обмежень, та частини чинників, які генерують патологічні дії з попередньої фази, з'являються нові, які поступово щоразу більше обмежують розвиток інституції. Далі відбувається наступна криза, яка звільняє інституцію від попередніх чинників, які викликають патологічні дії. Циклічність цього процесу впливає на сталий розвиток інституції з організаційного та економічного огляду, що як далі впливає на розвиток в макросоціальній площині.

В сфері представленої моделі конкретні фази виявляють різний ступінь загрози наявністю соціально-патологічних дій, які вичерпують ознаки злочину. В ситуації, коли в межах інституції в конкретних фазах виникають сприятливі умови для створення неформальних груп, які не беруть до уваги обов'язкові норми (нпр. через незадоволення з матеріальної ситуації внаслідок обмеження привілеїв), набагато правдоподібно є перетворення таких груп у злочинні групи. Формалізація процедур та розподіл компетенцій (повноважень – прим. пер.) серед багатьох осіб має обмежуючу

запобіжну цінність. Можна справді ускладнити здійснення злочину, адже не буде можливим порозуміння з особою або особами, співдія яких є необхідною для спричинення конкретного наслідку, однак у випадку значної детермінації її ефектом може бути включення в склад групи чергових осіб, що часто викликає після себе вищий ступінь зорганізування групи. Тому злочини, скоювані в сфері економічних інституцій, часто пов'язуються з участю в організованій злочинній групі (ст. 258 к.к.), хоча не в кожному випадку формулювання такого закиду буде свідчити про прояв організованої злочинності. Окрему категорію становлять злочини, які можуть скоюватися лише членами органів інституцій (ст. 585, 586, 588, 592, 594 k.s.h) або особами, які виконують визначені функції (заснування інституції, займання конкретної посади, ліквідація – ст. 585, 586, 588 k.s.h, ст. 296а к.к.). Окрім цього, окрему категорію становлять злочини, які можуть здійснюватися всіма особами, що входять в склад персоналу інституції (ст. 296 к.к.).

Очевидно, що переважна більшість дій і процесів, які відбуваються в економічних інституціях, не мають соціально-патологічного характеру. Однак з уваги на те, що інституція є місцем постійного задоволення потреб, частина яких щодо самих себе є конкурентна, а можливості їх задоволення обмежені, то постійні патологічні дії та явища супроводжують функціонування організації. Проте одночасно тільки невелика частина з-посеред них – це є дії, які стають злочинами. Однак з точки зору функціонування економічних інституцій не менш важливу роль, що й злочини, відіграє решта соціально-патологічних дій (нпр. недотримання дисципліни праці, праця під впливом алкоголю або наркотиків). З одного боку такі дії шкодять інституції, послаблюють її ринкову позицію, з іншого впливають на організаційну культуру, спричиняючи послаблення ідентифікації з цілями інституції.

Варті уваги дії і процеси, які впливають на порушення виконання завдань інституції, які не порушують обов'язкових в ній норм, але які спричиняють, наприклад, хибну організацію інституції. Помилки в сфері організаційної структури можуть генерувати соціально-патологічні дії, а в крайніх випадках вичерпують ознаки злочинів. В інтересі як інституцій, так і конкретних її членів та цілої економічної системи є вилучення цих загроз. Для досягнення позитивних ефектів з цього погляду не є необхідними часто складні та дорогі дії, тому що достатніми будуть організаційні або функціональні зміни, які обмежують загрозу появи патологічних дій. При цьому слід наголосити, що успішне обмеження сфери організаційних патологій в інституції потребує багатоплосщинного впливу. Це обмеження передбачає завдання інституції, її формальної і неформальної структури, а також риси організаційної структури. Після цього це не є легкий процес, проте необхідний, якщо завдання економічних інституцій мають ефективно виконуватися.

ПРИНЦИПИ НАЛЕЖНОГО УРЯДУВАННЯ В ДІЯЛЬНОСТІ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ

В. Дерещ

*Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України
(Київ, Україна)*

Рационалізація внутрішньої організації та функціонування системи органів виконавчої влади пов'язана із запровадженням принципів належного урядування в адміністративне законодавство та практику діяльності цих органів.

Як передбачено ч. 2 ст. 6 Конституції України, органи виконавчої влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України. Організація, повноваження і порядок діяльності Кабінету Міністрів України, інших центральних та місцевих органів виконавчої влади визначаються Конституцією і законами України (ч. 2 ст. 120 Конституції України).

Закон України "Про Кабінет Міністрів України" закріплює серед принципів, на яких ґрунтується діяльність Кабінету Міністрів України, принцип верховенства права (ч. 1 ст. 3). Ця норма базується на нормі ч. 1 ст. 8 Конституції, де закріплено, що в нашій державі визначається і діє принцип верховенства права.

Уряд здійснює виконавчу владу безпосередньо та через міністерства, інші центральні органи виконавчої влади, Раду міністрів Автономної Республіки Крим та місцеві державні адміністрації, спрямовує, координує та контролює діяльність цих органів (ч. 2 ст. 1 Закону "Про Кабінет Міністрів України"). Серед принципів діяльності місцевих державних адміністрацій також визначений принцип верховенства права (ст. 3 Закону України "Про місцеві державні адміністрації").

Положеннями про центральні органи виконавчої влади передбачено, що міністерства та інші центральні органи виконавчої влади під час виконання покладених на них завдань взаємодіють з іншими центральними та місцевими органами виконавчої влади. На жаль, ще відсутнє законодавче регулювання повноважень центральних органів виконавчої влади. Саме тому якнайшвидшого доопрацювання і прийняття потребує закон про міністерства та інші центральні органи виконавчої влади. Відносини місцевих державних адміністрацій з органами виконавчої влади закріплені в Законі України "Про місцеві державні адміністрації" (розділ IV).

Законодавче відображення засад перебування органів виконавчої влади в субординаційних, координаційних та реординаційних відносинах між собою потребує вдосконалення. Без належного впорядкування управлінських відносин не можна вести мову, наприклад, про відповідність (узгодженість) діяльності органів виконавчої влади, що є одним із принципів належного урядування. Цей принцип має лежати, зокрема, в основі координаційних відносин. Їх специфіка в системі органів виконавчої влади полягає в тому, що ці відносини можуть існувати як за наявності підпорядкування між органами (коли один орган виконавчої влади підпорядковується іншому), так і за його відсутності (наприклад, коли органи влади спільно здійснюють управління сферами суспільного життя). Принцип відповідності (узгодженості) пов'язаний саме з цим видом відносин, адже, на нашу думку, завдяки існуванню координаційних відносин органи виконавчої влади мають можливість здійснювати діяльність взаємно, узгоджено, з метою найбільш ефективної реалізації політики.

Використання у системі органів виконавчої влади реординаційних відносин сприятиме ефективності організації та результативності діяльності цих органів. Нормативно-правове закріплення особливостей здійснення реординаційних повноважень органами виконавчої влади сприятиме запровадженню принципів належного урядування у вітчизняному законодавстві, зокрема, таких як належне законодавство, ефективність, відповідність (узгодженість).

Необхідно зазначити, що реординаційні відносини між органами виконавчої влади і громадянами мають свої особливості порівняно з реординаційними відносинами, що складаються між органами виконавчої влади. Не будь-які відносини за участю громадян і органів виконавчої влади є управлінськими. Фактично мова йде про режим стосунків органів влади з громадянами, де громадяни починають відігравати “недругорядну” роль. Сама Конституція України закріпила перехід від керівної в минулому і домінуючої дотепер ідеології “панування держави” над людиною до нової ідеології “служіння держави” інтересам людини.

Важливе місце у запровадженні принципів належного урядування посідає принцип доступу до інформації. Реалізація цього принципу має вагоме значення як у відносинах “орган виконавчої влади – орган виконавчої влади”, так і у відносинах “громадянин – орган”. Прозорості та ефективності діяльності публічної адміністрації повинно сприяти так зване “електронне урядування”.

З метою залучення громадян до участі в управлінні державними справами, надання можливості для їх вільного доступу до інформації про діяльність органів виконавчої влади, а також забезпечення гласності, відкритості та прозорості в діяльності цих органів проводяться консультації з громадськістю. Проведення таких консультацій повинно також сприяти налагодженню системного діалогу органів виконавчої влади і громадськості, підвищенню якості підготовки та прийняття рішень з важливих питань державного і суспільного життя з урахуванням думки громадськості, створення умов для участі громадян у розробленні проектів таких рішень.

Консультації з громадськістю проводяться з питань, що стосуються суспільно-економічного розвитку держави та життєвих інтересів широких верств населення. В обов’язковому порядку проводяться консультації з громадськістю щодо:

- проектів нормативно-правових актів, які стосуються прав, свобод і законних інтересів громадян;
- проектів державних і регіональних програм економічного, соціального і культурного розвитку, рішень щодо ходу їх виконання;
- звітів головних розпорядників коштів Державного бюджету України про витрачання бюджетних коштів за минулий рік;
- інформації про роботу Кабінету Міністрів України, центральних і місцевих органів виконавчої влади.

Організацію і проведення консультацій з громадськістю забезпечує орган виконавчої влади, який безпосередньо готує пропозиції, пов’язані з формуванням та реалізацією державної політики у визначеній сфері державного і суспільного розвитку, або виступає головним розробником нормативно-правового акта.

Для координації заходів, пов’язаних з проведенням консультацій з громадськістю та моніторингу врахування громадської думки, при органах виконавчої влади утворюються консультативно-дорадчі органи – громадські ради, які діють на підставі положень, що затверджуються цими органами. Безпосередньою формою консультацій є публічне громадське обговорення, а опосередкованою – вивчення громадської думки.

Узагальнені дані про результати проведення консультацій з громадськістю та прийняті рішення органи виконавчої влади подають відповідним громадським радам. Результати публічного обговорення доводяться органом виконавчої влади до відома громадськості шляхом оприлюднення в засобах масової інформації з обов’язковим обґрунтуванням прийнятого рішення та відхилення альтернативних рішень. Результати проведення консультацій з громадськістю враховуються органом виконавчої влади під час прийняття остаточного рішення або в подальшій роботі.

Отже, запровадженню європейських принципів та стандартів належного урядування в практику діяльності органів виконавчої влади сприятиме подальше вдосконалення вітчизняного адміністративного законодавства, що пов’язано з необхідністю поглиблення адміністративної реформи.

BRAK PRAWA DO ODLICZENIA PODATKU NALICZONEGO W PRZYPADKU BEZPODSTAWNEGO WYKAZANIA VAT W FAKTURZE

Dr Michalina Duda

*Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
(Lublin, Polska)*

Z dniem 1 stycznia 2008 r. wchodzi w życie ustawa z dnia 19 września 2007 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy o zwrocie osobom fizycznym niektórych wydatków związanych z budownictwem mieszkaniowym [Dz. U. 2007, nr 192, poz. 1382]. Na mocy powyższej regulacji podatnicy VAT ponownie utracą prawo do odliczenia podatku naliczonego wykazanego w fakturze dokumentującej transakcję zwolnioną z tego podatku lub niepodlegającą w ogóle opodatkowaniu. Zmiana ta niewątpliwie stanowi zaostrenie przepisów podatkowych i pogarsza sytuację podatników zwiększając ryzyko prowadzonej przez nich działalności gospodarczej. Niejednokrotnie bowiem podatnicy nie są pewni, czy dana transakcja powinna zostać przez nich opodatkowana. Praktyka ostatnich lat wskazuje również, że kwestia opodatkowania niektórych czynności (np. sprzedaży przedsiębiorstwa) budzi wątpliwości także wśród organów skarbowych. W powyższej sytuacji warto bliżej przyjrzeć się nowelizowanym przepisom.

Unormowanie wyłączające możliwość odliczenia bezpodstawnie wykazanego podatku pojawiło się już na gruncie ustawy z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym [Dz. U. 1993, nr 11, poz. 50 ze zm.]. W myśl przepisów tej ustawy w przypadku gdy osoba prawna, jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej lub osoba fizyczna wystawiła fakturę, w której wykazała kwotę podatku, obowiązana była do jej zapłaty także wówczas, gdy dana sprzedaż nie była objęta obowiązkiem podatkowym albo została zwolniona z podatku [art. 33 ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym]. Odrębna dolegliwość przewidziana była wobec adresata takiej faktury. Zgodnie bowiem z przepisami kolejnych rozporządzeń wykonawczych, podatnik, który otrzymał taką fakturę nie miał prawa do obniżenia podatku należnego oraz zwrotu różnicy podatku lub zwrotu podatku naliczonego.

Unormowanie wyłączające możliwość odliczenia bezpodstawnie wykazanego podatku stało się przedmiotem licznych kontrowersji zarówno w literaturze, jak i w orzecznictwie. Spory wokół owej regulacji w znacznej mierze stanowiły następstwo tego, że różnie interpretowano przepis nakazujący zapłatę podatku błędnie wykazanego w dokumencie sprzedaży. Wątpliwości budziła przede wszystkim kwestia, czy obowiązek zapłaty wykazanej kwoty dotyczył jedynie sytuacji, gdy wystawiona faktura z wykazaniem w niej podatkiem odzwierciedlała rzeczywistą sprzedaż, czy też do zapłaty kwoty określonej jako podatek zobowiązany był każdy podmiot, który wystawił fakturę – niezależnie od tego, czy dana czynność została wykonana. Ostatecznie problem rozstrzygnięty został w uchwale NSA z dnia 22 kwietnia 2002 r. [syng. akt FPS 2/02, opubl. „Monitor Podatkowy” 2002, nr 6, s. 31-35]. Naczelny Sąd Administracyjny uznał wówczas, iż nakaz zapłaty wykazanej kwoty znajdował zastosowanie jedynie wtedy, gdy wystawiona faktura dokumentowała bezpodstawnie opodatkowanie podatkiem od towarów i usług czynności, która faktycznie została dokonana.

Przyjęcie powyższego stanowiska prowadzi do wniosku, iż zakresem analizowanej regulacji były objęte wyłącznie takie sytuacje, gdy wystawiona faktura dokumentowała opodatkowanie podatkiem od towarów i usług rzeczywistej sprzedaży, która jednak z uwagi na swój charakter nie była w ogóle objęta obowiązkiem podatkowym lub była zwolniona od podatku [zob. wyrok NSA z dnia 25 września 2002 r., sygn. akt III SA 618/01, opubl. „Monitor Podatkowy” 2003, nr 4, s. 30-31]. Podmiotem wystawiającym taką fakturę mógł być wyłącznie zarejestrowany podatnik VAT, który naliczył kwotę podatku od czynności zwolnionych lub niepodlegających opodatkowaniu. Na marginesie warto dodać, iż odbiorcy faktury dokumentującej czynność, która w rzeczywistości nie została zrealizowana oraz faktur wystawionej przez podmiot nieuprawniony do wystawienia tego rodzaju dokumentu, także nie przysługiwało prawo do odliczenia wykazanego w takiej fakturze podatku – podstawę takiego wyłączenia stanowiły jednak zupełnie inne przepisy.

Kwestię charakteru prawnego regulacji przewidującej brak możliwości obniżenia podatku należnego o kwotę wykazaną w fakturze dokumentującej czynność zwolnioną lub niepodlegającą opodatkowaniu, rozważył również Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 21 czerwca 2004 r. [sygn. akt SK 22/03, opubl. „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego” 2004, nr 6, poz. 59]. W pierwszej kolejności Trybunał zwrócił uwagę, iż kontrahent podmiotu wystawiającego taki dokument sprzedaży był zawsze zobowiązany do zapłaty ceny z zawartą w niej kwotą podatku. Odbiorca faktury o bezpodstawnym wykazaniu podatku dowiadywał się z reguły później, a nadto istniały okoliczności, które mogły utrwalić jego błędne przeświadczenie, że miał do czynienia z podatnikiem VAT. Sprzedawca był bowiem zarejestrowany. Tak więc o zakazie uznania spełnionego świadczenia za podatek nabywca dowiadywał się przeważnie po czasie, zazwyczaj w toku kontroli. Zdaniem Trybunału analizowana regulacja przewidywała sankcję wobec odbiorcy faktury z bezpodstawnie wykazaną kwotą podatku. Wynikająca z niej dolegliwość polegała na nałożeniu dodatkowego ciężaru materialnego w postaci pozbawienia podatnika prawa do obniżenia podatku należnego, pomimo tego, że w całości poniósł on ciężar świadczenia wykazanego w fakturze. Trybunał Konstytucyjny wskazał również, iż owo pogorszenie sytuacji adresata faktury nie wynikało z treści ustawy, ale z przepisu rozporządzenia, co stanowiło podstawę do uznania analizowanej regulacji za niekonstytucyjną. Podzielając w pełni stanowisko wyrażone w powołanym wyroku należy zwrócić uwagę, iż uruchomienie przedmiotowej dolegliwości nie następowało w konsekwencji naruszenia przez adresata faktury norm prawa podatkowego. Nie było nawet istotne, czy podatnik został wprowadzony w błąd bez możliwości dowiedzenia się o tym, czy też mógł i powinien wiedzieć, że dana transakcja nie podlega opodatkowaniu lub jest zwolniona z podatku.

Wraz z wejściem w życie nowych przepisów regulujących opodatkowanie podatkiem od towarów i usług zmienił się również sposób ujęcia rozważanej dolegliwości. W okresie od 1 maja 2004 r. do końca maja 2005 r. okoliczności, w których faktura lub dokument celny nie stanowiły podstawy do odliczenia podatku naliczonego, określone były w przepisach rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 27 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług [Dz. U. 2004, nr 97, poz. 970]. Zgodnie z tą regulacją, podatnik nie miał prawa do pomniejszenia podatku należnego, zwrotu podatku lub zwrotu podatku naliczonego, w przypadku gdy transakcja udokumentowana fakturą nie podlegała opodatkowaniu, była zwolniona od podatku, a także wówczas gdy faktura nie dokumentowała żadnej faktycznej transakcji. Przytoczony przepis nie konstruował więc zakresu sankcji poprzez odesłanie do unormowania ustawowego, ale bezpośrednio wskazywał, kiedy nie przysługiwało prawo do odliczenia.

Zasadnicza zmiana w konstrukcji omawianej dolegliwości nastąpiła dopiero wraz z zamieszczeniem tworzących ją przepisów w ustawie o podatku od towarów i usług [art. 88 ust. 3a pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, Dz. U. 2004, nr 54, poz. 535 ze zm.]. Zgodnie z obecnie obowiązującą regulacją nie stanowią podstawy do obniżenia podatku należnego oraz zwrotu różnicy podatku lub zwrotu podatku naliczonego faktury dokumentujące transakcje niepodlegające opodatkowaniu lub zwolnione z podatku. Dodano jednak zastrzeżenie, iż nabywca traci prawo do odliczenia bezpodstawnie wykazanego podatku jedynie wówczas, gdy kwota wykazana w fakturze nie została uregulowana. Jeżeli więc nabywca uiścił na rzecz wystawcy faktury należności za ujęte w fakturze towary lub usługi, to ma prawo do odliczenia podatku naliczonego wykazanego w takiej fakturze.

Wprowadzone z dniem 1 czerwca 2005 r. zmiany co do zasady należy ocenić pozytywnie. Po pierwsze, uwzględniały one wyrażane w doktrynie i orzecznictwie stanowisko, iż przepisy wyłączające prawo do pomniejszenia podatku należnego powinny mieć rangę ustawową [zob. A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *VAT. Komentarz*, Kraków 2004, s. 790]. Po drugie, tak sformułowana regulacja nie budziła wątpliwości, że chodziło w niej wyłącznie o sytuacje, gdy faktura dokumentuje faktycznie dokonane czynności.

Kontrowersje może jednak budzić przyznanie możliwości odliczenia podatku naliczonego, w przypadku gdy odbiorca faktury uiścił wynikającą z niej należność. Z jednej strony dodany przepis znacznie poprawił sytuację podatników. W praktyce oznaczał on bowiem, że w sytuacji, gdy pojawiały się wątpliwości, czy dana transakcja powinna być opodatkowana podatnik mógł wystawić fakturę VAT i rozliczyć z tego tytułu podatek, unikając w ten sposób ryzyka uiszczenia kwoty tzw. dodatkowego zobowiązania podatkowego. Nabywca miał natomiast prawo do odliczenia wynikającej z faktury kwoty VAT, pod warunkiem, że kwota ta została zapłacona. Z drugiej strony należy podkreślić, że obowiązująca do końca 2007 r. regulacja nie jest do końca zgodna z normami prawa wspólnotowego obowiązującego w tym zakresie. W myśl przepisów prawa europejskiego prawo do odliczenia powstaje bowiem z chwilą powstania

obowiązku podatkowego względem podatku podlegającego odliczeniu [art. 167 i 179 Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej, Dz. U. L 347 z 11.12.2006]. Decydujące znaczenie ma więc to, czy z tytułu danej transakcji powstał u sprzedawcy obowiązek podatkowy. Prawo do odliczenia nie obejmuje natomiast podatku, który podlega zapłacie tylko dlatego, że został błędnie wykazany na fakturze. Również w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wyrażane było stanowisko, iż prawo do odliczenia przysługuje wyłącznie w stosunku do podatku od wartości dodanej naliczonego zgodnie z prawem [zob. orzeczenie ETS z dnia 13 grudnia 1989 r. w sprawie C-342/87 *Genius Holding BV v. Staatssecretaris van Financien*, cyt. za J. Martini, Ł. Karpiesiuk, *VAT w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Warszawa 2007, s. 643-646].

Przyznanie prawa do odliczenia kwoty bezpodstawnie określonej jako VAT, choć niewątpliwie bardzo korzystne dla podatników, narusza nie tylko przepisy prawa wspólnotowego, ale przede wszystkim samą konstrukcję podatku od wartości dodanej oraz zasady polskiego prawa podatkowego dotyczące obowiązku podatkowego. Brak prawa do obniżenia podatku należnego oraz zwrotu podatku naliczonego, w przypadku gdy transakcja udokumentowana fakturą nie podlega opodatkowaniu lub jest zwolniona z podatku, wynika bowiem z ogólnych zasad, w oparciu o które skonstruowany jest VAT [szerzej zob. A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *VAT. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 784-787]. Ponadto należy zwrócić uwagę, iż w polskim systemie podatkowym obowiązek podatkowy nie jest zależny od woli osoby, lecz od zakresu podmiotowego i przedmiotowego ustawy podatkowej. Poddanie się obowiązkowi podatkowemu, czy to pod wpływem błędnego przekonania, iż jest się podatnikiem i z tego powodu spełnia się świadczenie, czy też – w przypadku VAT – z myślą o uzyskaniu nadwyżki podatku naliczonego, nie może przekształcić tego świadczenia we właściwy podatek [zob. wyrok TK z dnia 21 czerwca 2004 r., sygn. akt SK 22/03, opubl. „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego” 2004, nr 6, poz. 59]. Zarówno w orzecznictwie, jak i w literaturze ugruntowany jest pogląd, iż podatnik nie może sam zmienić statusu podatkowego czynności poprzez bezpodstawnie wykazanie w fakturze kwoty podatku. Taka była zaś rzeczywista konsekwencja przyjęcia możliwości odliczenia VAT przez odbiorcę błędnie wystawionej faktury [zob. T. Michalik, *VAT. Komentarz. Rok 2007*, Warszawa 2007, s. 672-673].

* * *

Przystąpienie Polski z dniem 1 maja 2004 r. do Unii Europejskiej spowodowało zmianę w zakresie opodatkowania podatkami pośrednimi. W ramach dostosowywania przepisów polskich do uregulowań obowiązujących w UE uchwalona została nowa ustawa o podatku od towarów i usług, a także nowa, odrębna ustawa o podatku akcyzowym [ustawa z dnia 23 stycznia 2004 r. o podatku akcyzowym, Dz. 2004, nr 29, poz. 257]. Polska przystąpiła do wspólnego systemu VAT przyjmując nie tylko konstrukcje samego podatku, ale i cały dorobek Komisji i Rady Europejskiej oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W znaczący sposób rozszerzeniu uległ więc zasób źródeł prawa odnoszących się do podatku od towarów i usług. Nowa jakość w stosowaniu prawa podatkowego wynika jednak przede wszystkim z konieczności ochrony przez Państwa Członkowskie fundamentalnych zasad funkcjonowania VAT, takich jak: powszechność opodatkowania, opodatkowanie konsumpcji, czy przede wszystkim neutralność tego podatku. To w świetle owych zasad powinny być tworzone i interpretowane przepisy prawa krajowego. Wobec powyższego wydaje się, że nowelizacja przepisów dotyczących odliczania błędnie wykazanego podatku wynika nie tylko z doświadczeń zebranych w ciągu ponad dwóch lat obowiązywania poprzedniej regulacji, ale przede wszystkim z potrzeby dokonania poprawek niezbędnych dla funkcjonowania podatku od towarów i usług we wspólnym systemie VAT. Podsumowując stwierdzić należy, że analizowana zmiana jest wprawdzie niekorzystna dla podatników, nie prowadzi jednak do zwiększenia bezwzględnego poziomu opodatkowania lecz jest jedynie logiczną konsekwencją założenia, że prawo do odliczenia może wynikać wyłącznie z tych czynności, które zostały dokonane i które zgodnie z prawem podlegają opodatkowaniu.

FAKTYCZNA REALIZACJA ZAŁOŻEŃ ZAPISÓW USTAWY O PARTNERSTWIE PUBLICZNO PRYWATNYM

Bożena Kazberuk, Jerzy Wasiluk

*Kancelaria Radców Prawnych s.c.
(Białystok, Polska)*

Rozwijająca się gospodarka wolnorynkowa w Republice Ukrainy oraz kierunek zachodnioeuropejski, który obrano jako determinujący w rozwoju Ukrainy, stał się przyczyną i celem niniejszego opracowania autorów – praktyków borykających się z rzeczywistością prawną w Polsce, a zainteresowanych podobnie jak cała Europa kształtem rozwoju państwa i prawa Republiki Ukrainy. Opracowanie poniższe ma na celu wskazanie Ukraińskim Partnerom rozwiązań prawnych zaczerpniętych z kultury prawnej państw Unii Europejskiej, a przede wszystkim założeń formalno prawnych realizowanych w Polsce, zmierzających do uatrakcyjnienia, upowszechnienia i podwyższenia standardów zadań, którymi obarczone są instytucje publiczne, nie zawsze odpowiednio finansowane i realnie wywiązujące się ze swoich zadań zgodnie z oczekiwaniami obywateli. Opracowanie niniejsze nie jest szczegółową analizą i komentarzem zapisów obowiązującej w Polsce ustawy o partnerstwie publiczno prywatnym z 2005 r., a jedynie wskazaniem na problemy natury prawno – formalnej, powstałe w wyniku jej stosowania oraz spopularyzowaniem tej formy w sektorze publiczno prywatnym Republiki Ukrainy.

Obowiązująca w Polsce ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. (Dz. U. z 2005 r. Nr 169, poz. 1420) o partnerstwie publiczno – prywatnym w pierwotnym założeniu miała służyć realizacji celów publicznych przy jednoczesnym zaangażowaniu środków kapitału prywatnego. Departament Polityki Regionalnej Ministerstwa Gospodarki i Pracy Rzeczypospolitej Polskiej podniósł, iż bez wątpienia głównym celem przyświecającym przedsiębiorcom jest optymalizacja wykonania zadania publicznego. Optymalizacja celu wydaje się tym bardziej atrakcyjna, jeżeli zważyć na fakt, iż jednostki wykonujące zadania publiczne będą mogły uczestniczyć w różnego rodzaju przedsięwzięciach wykorzystując do tego w większości środki pochodzące z sektora prywatnego. Uregulowania ustawowe zagadnienia partnerstwa publiczno prawnego mają także niewątpliwie wymiar psychologiczno socjologiczny burzący bariery dotyczące roli i funkcji administracji w realizacji zadań publicznych przy udziale partnerów prywatnych (np.: sektor usług medycznych, budownictwa socjalnego, infrastruktury drogowej i innych usług publicznych chociażby takich jak budowa stadionów).

Warunkiem koniecznym który powinien skłaniać do zawierania umów o partnerstwie publiczno prywatnym jest wykazanie, po uprzedniej analizie, iż ta forma przynosi korzyści dla interesu publicznego w sposób zdecydowanie przeważający do korzyści wynikających z innych, dotychczas tradycyjnie przyjętych sposobów wykonania określonego przedsięwzięcia. Atrakcyjność tego rodzaju przedsięwzięć polega m.in. na tym że podmiot publiczny (np. szpital, urząd odpowiedzialny za budowę i renowację dróg i mostów) skupia swoją uwagę na „produkcie końcowym” a nie na nakładach i kolejnych etapach określonego przedsięwzięcia. Ponadto przyjmując sposób zintegrowanego podejścia, partner publiczny ma dostęp do cennej wiedzy partnera prywatnego, niejednokrotnie wzbogaconej o innowacje i nowe technologie zmierzające do rozwiązania określonych problemów związanych z inwestycją, oraz środków finansowych tak w znaczeniu ich bezpośredniego pozyskiwania od partnera prywatnego jak również tych o charakterze pośrednim pochodzących z dotacji przekazywanych przez Unię Europejską.

Wskazać należy że każda umowa o partnerstwie publiczno prywatnym powinna wyraźnie określać podział ryzyka pomiędzy partnerów, to znaczy że określonym ryzykiem obciąża się ten podmiot, który nim potrafi najbardziej efektywnie zarządzać. Przez umożliwienie każdej ze stron robienia tego, co potrafi najlepiej, usługi publiczne oraz infrastruktura są realizowane i dostarczane w najbardziej efektywny ekonomicznie sposób. Głównym celem partnerstwa publiczno prywatnego jest zatem kształtowanie takich stosunków między stronami, aby ryzyko ponosiła ta strona, która najlepiej potrafi je kontrolować.

Uzyskana w ten sposób opłacalność polega na uzyskaniu równowagi pomiędzy jakością i ceną. Jako przykład wskazać należy sytuację związaną ze spółką powstałą w jednej z miejscowości położonej na ścianie

wschodniej Polski. Spółka o której mowa jest spółką kapitałową ze 100% wkładem gminy. Do zadań przedmiotowej spółki należy ochrona zdrowia na terenie powiatu obejmującego w sumie pięć gmin. Przejście zadań w zakresie ochrony zdrowia nastąpiło z powiatu na gminę w wyniku porozumienia między powiatem a gminą. Po około 2-letniej działalności spółki oraz zdobytym w tym czasie doświadczeniu spółka jest gotowa sprzedać od 60–70% swoich udziałów prywatnemu podmiotowi. Powyższe spowodowane jest przede wszystkim brakiem środków finansowych a w związku z powyższym również brakiem możliwości rozwoju w zakresie podstawowym jej działalności, a mianowicie ochrony zdrowia. Wylaniają się zatem dwa warianty: Po pierwsze: brak koncepcji rozwoju i po drugie: brak środków finansowych. Powyższe determinuje zatem zarówno wolę Zarządu Gminy jak i Rady Gminy do podjęcia ryzyka związanego z zawarciem *quasi* umowy o partnerstwie publiczno prywatnym.

Po odsprzedaży udziałów gmina oraz powiat w tejsze spółce z udziałem partnera prywatnego, zaangażowani są do prowadzenia zadań z zakresu ochrony zdrowia mieszkańców powiatu, natomiast spółka w okresie oznaczonym w umowie zobowiązana jest do poniesienia nakładów finansowych na rozwój szpitala poprzez tworzenie nowych oddziałów, powiększanie bazy technicznej, zaopatrzenie jednostki w odpowiedni fachowy personel, dostępność do szerszej skali usług medycznych. W przypadku niezrealizowania zapisów umownych, podmioty które nie dopełnił tych zapisów naraża się na kary umowne. Jednocześnie zachodzi uzasadnione ryzyko braku możliwości zwrotu nakładów poniesionych przez partnera publicznego. Powyższe przedstawia przykładowe zabezpieczenia umowy o partnerstwie publiczno prywatnym, w praktyce mogą oczywiście wystąpić inne formy zabezpieczeń wyłonione na etapie wyboru partnera prywatnego w toku przetargu.

Wskazać w tym miejscu należy, że „oplącalny” nie zawsze jest synonimem „tańszego” na poszczególnych etapach realizacyjnych. Niekiedy dzięki większym nakładom jako rezultat działania uzyskuje się bardziej doskonałą usługę – co stanowi wartość niepoliczalną jednak „namacalną”. W idealnym przypadku nastąpi zarówno obniżenie kosztów jak i poprawa jakości, która niejednokrotnie rozciągnięta w czasie skutkować będzie osiągnięciem pożądanego celu podmiotu publicznego.

Celem zobrazowania różnic w metodach realizacji zadań publicznoprawnych i atrakcyjności tych rozwiązań metodą z udziałem partnera prywatnego, wskazać należy że realizacja przedsięwzięcia metodą tradycyjną wymaga od podmiotu publicznego zapewnienia całości środków finansowych potrzebnych do realizacji określonego projektu (celu) i wykonania projektu lub znalezienia podmiotów które ów projekt wykonają. Tym czasem metoda partnerstwa publiczno prywatnego prezentuje zintegrowane podejście do danego przedsięwzięcia. Wybór partnera prywatnego związany jest z realizacją całego cyklu przedsięwzięcia odciażając tym samym podmiot publiczny od problemów jego szczegółowej realizacji. W ramach partnerstwa publiczno prywatnego, partner prywatny zobowiązany jest „obsłużyć” cały cykl projektowy i zapewnić realizację przedsięwzięcia na poziomie i według standardów określonych w umowie o partnerstwie publiczno prywatnym. Pamiętać należy więc, aby zadania, odpowiedzialność i wszystkie ryzyka podmiotu prywatnego szczegółowo opisać w umowie o partnerstwie publiczno prywatnym.

Celem dopełnienia tematu oraz mając na uwadze niekwestionowany fakt, że Republika Ukrainy jako demokratyczne państwo o dużym potencjale rozwoju, traktowane jest na równi z innymi państwami Europy Zachodniej, niniejszym wskazać należy także stanowisko Komisji Europejskiej znajdujące źródło w takich aktach jak między innymi: *Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*, opublikowany w marcu 2003 r., *Greek Paper on Public-Private Partnerships Law on Public Contrats and Concessions, COM (2004) 327 final*, oraz *Decision of Eurostat 18/2004*.

Wyżej wskazane publikatory Unii Europejskiej wskazują wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno prywatnego, warunków i standardów zawierania kontraktów publicznych i koncesji oraz wpływu przedsięwzięć typu partnerstwa publiczno prywatnego na dług i deficyt publiczny. Wedle ich postanowień partnerstwo publiczno prywatne można uznać za udane gdy zapewniona zostaje konkurencja, zabezpieczony jest interes publiczny, zachowana jest pełna spójność z przepisami dotyczącymi pomocy państwa, zdefiniowany jest właściwy poziom grantu (jeśli występuje) oraz zdefiniowano odpowiednie cele i gwarancje najbardziej optymalnego sposobu wykorzystania środków. Nie bez znaczenia pozostaje także orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 lipca 2003 r., w sprawie Altmark Trans GmbH, w którym określono przesłanki, których spełnienie zapewnia iż podmioty prywatne wykonujące określone zadania (dostarczające usługi ogólnego interesu publicznego) nie są beneficjentami pomocy publicznej w

rozumieniu obowiązujących przepisów. Komisja Europejska dodatkowo zadeklarowała wsparcie dla państw członkowskich mające na celu maksymalizację wykorzystania zasobów Funduszy Unijnych poprzez aktywizację prywatnych źródeł finansowania.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że stosowanie formuły partnerstwa publiczno prywatnego nie stoi w sprzeczności z Traktatami Unijnymi przez co sprzyja możliwości absorpcji środków strukturalnych Unii Europejskiej, przez państwa członkowskie i wykorzystanie ich do szybszego likwidowania luki cywilizacyjnej i wyrównywania poziomu rozwoju w ramach Unii Europejskiej. Powszechnie jest bowiem wiadomo, że współfinansowanie ze środków unijnych określonych inwestycji uzależnione jest od posiadania określonych środków własnych, które z udziałem partnera prywatnego ułatwią i przyspieszą realizację zamierzonego celu publicznego.

Omawiając zagadnienie umów o partnerstwie publiczno prywatnym należy wskazać, że strony takiej umowy powinny jasno zdefiniować na czym polegają korzyści dla stron takiej umowy. Nie można bowiem zapominać że przedsiębiorcy prywatni działają w celu osiągnięcia zysku i naturą ich nie jest uprawianie działalności deficytowej *pro publico bono*. Jasne więc powinno być, że strona publiczna osiąga określone korzyści dla interesu publicznego, a strona prywatna możliwość uzyskania określonego dochodu lub określone pożytki. Umowa o partnerstwie publiczno prywatnym oparta jest na cywilnoprawnym rozumieniu tego pojęcia, odróżnia ją zaś od innych umów szczególny cel, dla którego zostaje zawierana, oraz szczególnie zasady podziału ryzyk związanych z jej zawarciem oraz wykonaniem.

Wskazać w tym miejscu należy na znaczący fakt, który ma istotne znaczenie nie tylko dla podmiotu prywatnego ale przede wszystkim partnera publicznego. Otóż zarządzającym i bezpośrednio narażonym na ewentualne skutki odpowiedzialności prawnej jest organ publiczny. Umowa o partnerstwie publiczno prywatnym służy bowiem realizacji celu publicznego, za który odpowiada ów organ publiczny, zarówno przed organami wyższego szczebla, jak również za skutki nienależytego wykonania świadczonych usług w ramach partnerstwa publiczno prywatnego. Wydaje się, iż właśnie ten ostatni element powoduje, że w Polsce pomimo dużego zainteresowania partnerstwem publiczno prywatnym, w okresie prac nad tą ustawą – szczególnie przedstawiciele jednostek samorządu terytorialnego – wszechobecnie dostrzegany jest brak postępu w rzeczywistym realizowaniu założeń ustawy. Ów fakt może być spowodowany wątpliwościami co do kierunku wykładni partnerstwa publiczno prywatnego m.in. takimi jak:

1. poważnymi wątpliwościami w przedmiocie przeprowadzenia analizy ryzyk przez podmiot publiczny a nieodzownie powiązany z realizacją przedsięwzięcia publiczno – prywatnego. Powyższe podyktowane jest faktem, iż w chwili dokonywania przedmiotowej analizy, tak naprawdę nie wiadomo w jakim stopniu będzie zaangażowany podmiot prywatny i czy w ogóle będzie.

2. na uwagę zasługuje również sposób przekazania ministrowi właściwemu do spraw finansów publicznych założeń wymaganych do pozyskania jego zgody na zastosowanie partnerstwa publiczno prywatnego w sytuacji gdy nie został wyłoniony partner prywatny na podstawie przetargu, co uniemożliwia wykonanie niezbędnych analiz jeśli chodzi o merytoryczny cel inwestycji.

3. brak precyzyjnego określenia a właściwie wzajemnego przenikania się pojęć co należy zakwalifikować do zadania publicznego, co do usług publicznych a w końcu co dokładnie należy rozumieć pod pojęciem interesu publicznego.

Podsumowując stwierdzić należy, że działająca w Europie Zachodniej wyżej opisana forma współdziałania podmiotów publicznych i prywatnych, spełnia swoją funkcję z pożytkiem dla wszystkich podmiotów z nią związanych. Polskie ustawodawstwo regulujące tę formę pozyskiwania środków finansowych dla celów publicznych nie jest doskonałe i wymaga gruntownej nowelizacji. Mimo to autorzy referatu stoją na stanowisku, że forma współpracy publiczno prywatnej jest dobrą drogą reperacji szeroko rozumianych usług, do których powołany jest samorząd i państwo. Być może Ukraińscy Partnerzy również zainteresują się tą formą prawną i nauczeni doświadczeniami i błędami polskich rozwiązań legislacyjnych zbudują bardziej precyzyjną ustawę regulującą zagadnienie partnerstwa publiczno prywatnego.

АДМІНІСТРАТИВНІ ПРОЦЕДУРИ: СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Л. Кисіль

*Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України
(Київ, Україна)*

Одним із основних положень адміністративної реформи є необхідність реформування адміністративного законодавства. І це не випадково. Адже ця галузь публічного права органічно і нерозривно пов'язана з виконавчою владою й інститутами державного управління. Саме його норми покликані забезпечити становлення і розвиток демократичних відносин між громадянином і апаратом управління.

Для України ці питання стали особливо актуальними, оскільки більшість процедурних елементів відносин органів влади з громадянами або не регулюються законодавством взагалі, або ж регулюються переважно підзаконними нормативними актами.

Першою спробою змінити ситуацію на краще став Закон України "Про звернення громадян" від 2 жовтня 1996 р. Стаття 1 цього Закону передбачає наступні види звернень громадян: заява, клопотання, зауваження, пропозиція, скарга.

Окрім Закону України "Про звернення громадян", процедура подачі і розгляду звернень громадян та їхнього особистого прийому органами публічного управління регламентується також чисельними розрізненими підзаконними нормативними актами, обумовленими відомчою специфікою органів, які їх видали, що істотно ускладнює реалізацію права громадян на звернення й ефективне здійснення адміністративних процедур. Цими актами є: Інструкція про порядок розгляду пропозицій, заяв і скарг на організацію особистого приймання громадян у Держбуді України; Положення про порядок розгляду звернень та організацію особистого прийому громадян в органах Державної контрольно-ревізійної служби; Положення про порядок роботи зі зверненнями громадян і організацію їх особистого прийому у системі МВС України; Інструкція про порядок розгляду звернень та особистого прийому громадян у Міністерстві юстиції України, в установах та організаціях, які належать до сфери його управління; Інструкція з діловодства в органах Державної виконавчої служби; Положення про порядок розгляду звернень громадян в органах державної податкової служби України; Інструкція про порядок приймання, реєстрації, обліку та розгляду в підрозділах податкової міліції заяв, повідомлень та іншої інформації про злочини; Інструкція про порядок розгляду звернень громадян, їх особистого прийому в Міністерстві охорони навколишнього природного середовища; Інструкція про організацію розгляду звернень громадян та проведення особистого прийому громадян у Міністерстві оборони України та Збройних Силах України та багато інших.

Проблема розвитку адміністративно-процедурного законодавства в Україні ускладнюється ще й тим, що, по-перше, деякі з вищезгаданих нормативних актів навіть не були опубліковані у провідних юридичних виданнях. По-друге, наведені нормативні акти містять певні особливості щодо розгляду, реєстрації, зберігання та інших процедур стосовно звернень громадян, які не завжди можна вважати доцільними та обґрунтованими. Так, Положення про порядок розгляду звернень та організацію особистого прийому громадян в органах Державної контрольно-ревізійної служби в Україні дає визначення звернення, яке не збігається з основним визначенням пропозиції (зауваження), заяви (клопотання), скарги за Законом України "Про звернення громадян" від 2 жовтня 1996 р., що є неприпустимим у правозастосуванні.

Пункт 8.8 Положення про порядок роботи зі зверненнями громадян і організації їх особистого прийому в системі МВС України вказує: "В особистому прийомі громадян можуть брати участь їхні представники, повноваження яких оформлені в установленому законом порядку. Особам, які не перебувають у родинних або юридично значущих відносинах з особами, що з'явилися на особистий прийом, забороняється перебувати у приміщенні, де він проводиться."

Пункт 4.7 Інструкції про порядок розгляду звернень та особистого прийому громадян у Міністерстві юстиції України, в установах та організаціях, що належать до сфери його управління, визначає: “Попередній запис на особистий прийом до Міністра юстиції, його перших заступників, заступників здійснюється посадовими особами Управління розгляду звернень та прийому громадян Міністерства юстиції України і *закінчується не пізніше ніж за 5 днів до календарної дати прийому*”.

Вбачається, що причиною такої “самодіяльності” органів виконавчої влади у вимогах щодо розгляду, реєстрації, зберігання звернень громадян є те, що Закон України “Про звернення громадян” від 2 жовтня 1996 р. містить дуже мало процедурних норм. Принциповим недоліком цього Закону є також те, що він залишає поза увагою звернення юридичних осіб, що є цілком логічним, з огляду на його назву. З іншого боку, цей Закон поширює свою дію на розгляд звернень не лише органами державної влади та місцевого самоврядування, а й підприємствами, установами та організаціями різних форм власності, засобами масової інформації. Цей методологічний недолік має спадковий характер, адже в основі Закону лежить ще Указ Президії Верховної Ради СРСР “Про порядок розгляду пропозицій, заяв і скарг громадян” від 12 квітня 1968 року. Але якщо порядок розгляду звернень громадян хоч якось регламентований, то процедура втручання держави в права та законні інтереси приватних осіб майже не регулюються на законодавчому рівні. Ті підзаконні нормативні акти, які існують у цій царині, характеризуються переважно обвинувальним ухилом і не беруть до уваги їх прав.

Зважаючи на викладене, Концепція адміністративної реформи передбачила прийняття законодавчого акту про адміністративну процедуру, – Адміністративно-процедурного кодексу.

Порівняльний аналіз проекту Адміністративно-процедурного кодексу та Закону України “Про звернення громадян” дає можливість зробити висновок про те, що проект Кодексу на відміну від згаданого Закону *значно розширив кола осіб, які мають право на подання звернення*. Адже застосований у ньому термін “особа” (статті 2, 23) включає не лише громадян України, іноземців та осіб без громадянства, які досягли повноліття і не визнані судом недієздатними, а також до досягнення цього віку у справах з приводу публічно-правових відносин, у яких вони відповідно до законодавства можуть брати участь, – але й юридичних осіб, в тому числі іноземних, які є правоздатними та дієздатними згідно з Цивільним кодексом України.

Аналіз правових положень згаданого проекту Кодексу та Закону України “Про звернення громадян” дозволяє зробити висновок також про те, що дані акти мають *різні предмети правового регулювання*. Зокрема, як зазначено у Преамбулі, Закон має на меті забезпечити громадянам України передбачену статтею 38 Конституції України можливість участі в управлінні державними і громадськими справами, впливу на поліпшення роботи органів державної влади і місцевого самоврядування, підприємств, установ і організацій, незалежно від форм власності через надання їм права вносити пропозиції (зауваження), заяви (клопотання) та скарги. Тобто, предметом правового регулювання Закону України “Про звернення громадян” є *процедури розгляду звернень громадян*. Однак, цим процедурам бракує повноти, послідовності і відкритості, не забезпечується ефективний механізм розгляду та прийняття рішень, а звернення громадян розглядаються лише як одна із форм участі громадян в управлінні державою – у вузькому розумінні, з акцентом на пріоритетності захисту громадських інтересів, при ігноруванні особистих інтересів конкретного громадянина. Але ж у ст. 3 Конституції зазначається, що головним обов’язком держави є утвердження і забезпечення прав і свобод людини. Практично це означає, що Закон України “Про звернення громадян”, хоча й приймався після набуття чинності Конституції України, однак не відповідає вимогам Основного Закону.

Предметом правового регулювання проекту Адміністративно-процедурного кодексу є, згідно із статтею 12, адміністративні процедури – визначений законодавством порядок адміністративного провадження по справах, які розглядаються органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами щодо забезпечення реалізації та захисту прав і законних інтересів конкретної фізичної або юридичної особи, а також виконання ними визначених законом обов’язків. Такий підхід дозволить істотно обмежити прояви бюрократизму і адміністративної тяганини зі сторони державних службовців.

Відрізняються проект Адміністративно-процедурного кодексу і Закон “Про звернення громадян” також *сферою їх застосування*. Як вже зазначалось, звернення, згідно із статтею 1 Закону “Про звернення громадян”, можуть подаватися до органів державної влади (законодавчої, виконавчої

та судової), місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, засобів масової інформації, посадових осіб відповідно до їх функціональних обов'язків. Проект Кодексу залишає поза увагою засоби масової інформації, об'єднання громадян, органи законодавчої і судової влади, підприємства, установи і організації колективної та приватної форм власності і поширюються лише на органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування та їх посадових і службових осіб. Дія цього Кодексу поширюється на діяльність інших державних органів, а також підприємств, установ, організацій, їх посадових і службових осіб, інших суб'єктів, які згідно із законом уповноважені здійснювати владні управлінські (виконавчі та розпорядчі) функції, в тому числі на виконання делегованих повноважень, щодо забезпечення реалізації та захисту прав особи, а також виконання нею визначених законом обов'язків.

Що стосується *винятків* із сфери дії Закону “Про звернення громадян” та проекту Кодексу, то обидва вони (ст. 12 Закону, ст. 1.3 проекту Кодексу) *не поширюються* на порядок розгляду заяв і скарг, встановлений кримінально-процесуальним, цивільно-процесуальним, трудовим законодавством і законодавством про захист економічної конкуренції.

На нашу думку, правомірно вести мову ще про два винятки із сфери дії Закону “Про звернення громадян”. І хоча вони чітко не сформульовані у статті 12 цього Закону, опосередковано це викладено у частині II ст. 1 (“Військовослужбовці, працівники органів внутрішніх справ і державної безпеки мають право подавати звернення, які *не стосуються їх службової діяльності*”) та ст. 11 (“одержані об'єднаннями громадян звернення із зауваженнями і пропозиціями *щодо їх діяльності* розглядаються цими об'єднаннями та їх органами відповідно до *статутів об'єднань*”). Власне це означає, що згаданий вище Закон, як і проект Кодексу (ст. 1.3) не поширюється на порядок розгляду звернень, *перше*, громадян, які перебувають із уповноваженим суб'єктом у службових відносинах, урегульованих спеціальними нормативно-правовими актами про дисципліну. Єдине, що вирізняє в цьому плані Закон “Про звернення громадян” і проект Кодексу – це те, що Закон усю різноманітність згаданих вище службових відносин обмежує службовими відносинами, які виникають лише у сфері військової служби, органів внутрішніх справ і державної безпеки. А проект Кодексу веде мову про службові відносини, що виникають у зв'язку із проходженням публічної служби – державної служби, у тому числі дипломатичної і військової, а також служби в органах місцевого самоврядування. *По-друге*, Закон “Про звернення громадян” і проект Кодексу не поширюється на відносини, якими регулюються питання діяльності об'єднань громадян.

Окрім переліченого, дія проекту Кодексу, на відміну від Закону “Про звернення громадян”, не поширюється також на відносини, що виникають під час здійснення органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами діяльності щодо розгляду звернень фізичних та юридичних осіб, що містять пропозиції, поради, рекомендації щодо повноважень та організації діяльності органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб, а також щодо врегулювання суспільних відносин, удосконалення законодавства та не стосуються суб'єктивних прав особи, виконання нею своїх обов'язків; здійснення виконавчого провадження, нотаріальних дій.

Розглядаючи співвідношення проекту Адміністративно-процедурного кодексу і Закону “Про звернення громадян”, варто звернути увагу на застосований у них *понятійний апарат*.

Закон “Про звернення громадян” практично обмежується лише визначенням поняття “звернення громадян” та різновидів звернень – викладених у письмовій чи усній формі пропозицій (зауважень), заяв (клопотань) та скарг (ст. 3).

Понятійний апарат проекту Кодексу має, на нашу думку, більш чітку і логічну структуру, виходячи з наступних міркувань: 1) оскільки фізичні та юридичні особи з метою вирішення фактичних обставин з питань їх життєдіяльності звертаються до органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, то важливого значення набуває, насамперед визначення у Проекті Кодексу понять “адміністративна справа” та “адміністративний орган”; 2) чітко визначені підстави для порушення провадження по адміністративній справі – подання заяви чи скарги, ініціатива уповноваженого суб'єкта; 3) логічно вибудований порядок просування послідовних дій, – “процедурна дія, бездіяльність” – “адміністративна процедура” – “провадження по індивідуальній адміністративній справі”, – спрямованих на досягнення конкретного юридичного результату – прийняття процедурного рішення, адміністративного акту чи рішення за скаргою.

Суттєвою правовою новелою проекту Адміністративно-процедурного кодексу, на відміну від Закону України “Про звернення громадян” є уніфікований виклад у ст. 6-21 основних принципів здійснення адміністративних процедур. Поряд із традиційними принципами адміністративного процесу – законності, гласності, об’єктивності, рівності перед законом, підконтрольності – важливого значення набуває закріплення проектом Кодексу таких нових принципів, як: верховенство права; презумпція правомірності дій та вимог особи звернення; гарантування правового захисту; використання повноважень з належною метою; неупередженість адміністративного органу і його добросовісність, розсудливість; пропорційність; ефективність; гарантування права особи на участь в адміністративному провадженні.

Ще однією правовою новелою у проекті Адміністративно-процедурного кодексу є закріплення поняття адміністративної послуги (ст. 2.6) – прийняття на підставі закону за зверненням конкретної фізичної або юридичної особи адміністративного акту, спрямованого на реалізацію та захист її прав і законних інтересів та/або на виконання особою визначених законом обов’язків (отримання дозволу (ліцензії), сертифікату, посвідчення, інших документів, проведення реєстрації тощо). Таке нововведення пов’язане з тим, що сучасне розуміння демократичної держави полягає у тому, що не громадяни служать державі, а вона є організацією на службі у суспільства. Це означає, що держава не управляє громадянами, а надає їм управлінські послуги, тобто вчиняє різноманітні дії, спрямовані на утворення умов для реалізації громадянами своїх прав та свобод. Ознака “адміністративності”, по-перше, вказує на суб’єкт, який надає такі послуги – адміністрацію, адміністративні органи; по-друге, характеризує владно-публічну природу діяльності щодо надання цих послуг. А у поняття “послуги” вкладається зміст щодо діяльності із задоволення певних потреб особи; здійснюється ця діяльність за ініціативою особи на її прохання.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що прийняття Адміністративно-процедурного кодексу надасть додаткові гарантії захисту прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб.

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ “АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОЦЕС” І “АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРОВАДЖЕННЯ”

3. Кісіль

*Львівський державний університет внутрішніх справ
(Львів, Україна)*

Адміністративний процес належить до однієї з малодосліджених проблем науки адміністративного права, оскільки тривалий час йому не приділялося достатньої уваги. Починаючи з 1960 року роблять спроби розкрити поняття адміністративного процесу та його структури. Це пов'язано з тим, що в спеціальній юридичній літературі дедалі ширше почали використовувати термінологію, яку застосовували переважно лише в працях з кримінального і цивільного процесів. Йдеться передусім про такі поняття як “процес” і “провадження”, точне визначення змісту яких необхідне тому, що є різні думки про їх співвідношення. В адміністративно-правовій літературі відомі два погляди щодо поняття адміністративного процесу: його розглядають у вузькому і широкому розумінні.

Представники вузького розуміння адміністративного процесу, яке дістало назву “юрисдикційної концепції”, розглядають адміністративний процес як юрисдикційну діяльність органів державного управління, що має своїм завданням лише вирішення спорів та застосування у випадку необхідності заходів адміністративного примусу, тобто адміністративний процес трактується аналогічно до судового процесу. Найширше цю концепцію розвинула Н.Г. Саліщева. Спочатку вона була прихильником широкого розуміння адміністративного процесу, проте згодом дійшла висновку, що розширене тлумачення адміністративного процесу не є доцільним, оскільки при цьому організаційна діяльність апарату замінюється адміністративним процесом, що може привести до ототожнення цих двох явищ. Автор визначає адміністративний процес як “регламентовану законом діяльність по вирішенню спорів, що виникають між сторонами адміністративних правовідносин, які не перебувають між собою у відносинах службового підпорядкування, а також у застосуванні заходів адміністративного примусу”. Н.Г. Саліщева розмежовує поняття “адміністративний процес” та “адміністративне провадження”, визначаючи адміністративний процес як вужче поняття порівняно з провадженням, а його зміст прирівнює до понять “цивільний процес” і “кримінальний процес”.

Адміністративне провадження, на думку Н.Г. Саліщевої, охоплює всі сторони діяльності державного апарату, починаючи від підготовки і видання актів управління і закінчуючи матеріально-технічними діями. Воно охоплює широке коло суспільних відносин у сфері державного управління і за своїм змістом може бути поділене на три види: а) провадження, пов'язане із здійсненням завдань внутрішньої організації апарату управління; б) провадження, що опосередковує взаємовідносини даного державного органу з іншими державними органами, установами, підприємствами, які не входять в його систему; в) провадження у справах, пов'язаних з відносинами між громадянами чи громадськими організаціями та виконавчо-розпорядчими органами. Різниця між процесом і провадженням полягає також у тому, що провадження регулюється за допомогою організаційних норм, які становлять певну групу норм матеріального адміністративного права.

Подібних позицій додержуються М.І. Піскотін, В.С. Тадевосян, А.А. Мельніков, А.А. Дьомін. А.Ю. Якімов також розглядає адміністративний процес як юрисдикційну діяльність, однак зазначає, що адміністративно-юрисдикційний процес – це сукупність юридичних дій, що торкаються розгляду і вирішення справ про адміністративні правопорушення, а адміністративно-юрисдикційне провадження – це нормативно встановлений порядок і форми здійснення вказаних дій, а також юридичні форми результатів відповідних процесуальних дій.

Більш правомірною видається думка Г.І. Петрова, С.С. Студенікіна, Ю.М. Козлова, Ц.А. Ямпольської, В.М. Манохіна, А.Є. Лунєва, А.П. Коренєва, В.І. Попової, Д.Н. Бахраха, В.Д. Сорокіна, які розглядають адміністративний процес як державну виконавчо-розпорядчу діяльність у вирішенні будь-яких індивідуальних, а не лише юрисдикційних справ.

Г.І. Петров та В.Д. Сорокін визначають адміністративний процес як урегульований правом порядок вирішення індивідуально-конкретних справ у сфері державного управління виконавчими і розпорядчими органами державної влади, а в передбачених законом випадках та іншими державними й суспільними органами, як діяльність у ході здійснення якої виникають суспільні відносини, що регулюються нормами адміністративно-процесуального права.

На думку А.П. Коренєва, адміністративний процес – це діяльність, що полягає в реалізації повноважень щодо здійснення функцій державного управління і застосуванню норм матеріального адміністративного права, яка проходить в порядку і формах, встановлених законодавством.

Д.Н. Бахрах вважає, що адміністративний процес стоїть в ряду з такими юридичними процесами, як кримінальний, цивільний, законодавчий. З одного боку він є видом юридичного процесу, тому йому притаманні всі його ознаки, проте з іншого – це вид управлінської діяльності з такими властивостями: 1) він являє собою різновид владної діяльності суб'єктів виконавчої влади, у тому числі суддів, коли вони розглядають справи про адміністративні правопорушення, та прокурорів; 2) він спрямований на вирішення певних управлінських справ, досягнення юридичних результатів; 3) він урегульований нормами адміністративного права. Особливість адміністративного права, як галузі, полягає в тому, що в ній співіснують матеріальні і процесуальні норми. Завдяки останнім управлінські процедури, реалізація виконавчої влади набувають більшої визначеності, науковості, стають більш демократичними. Отже, процес регулювання сприяє підвищенню ефективності владної діяльності. Державній адміністрації, за Д.Н. Бахрахом, доводиться використовувати владні повноваження під час вирішення найрізноманітніших справ.

Зведення адміністративного процесу тільки до юрисдикційної діяльності органів держави приводить до заперечення застосування процесуальної форми в діяльності інших органів держави. У поширенні процесуальної форми треба бачити її збагачення за рахунок ширшого охоплення, тобто, зберігаючи свої традиційні властивості, процесуальна форма збагачується і набуває більшої цінності, оскільки використовується не лише в юрисдикційній, але й в інших сферах державно-правової діяльності.

Отже, заслуговує підтримки позиція тих учених, які вважають, що адміністративний процес складається з ряду проваджень. Звідси можна вивести і співвідношення між цими поняттями – процес та провадження співвідносяться як загальне й особливе. Провадження – це частина процесу, а процес – сукупність проваджень. Адміністративний процес – це врегульована адміністративно-процесуальними нормами правоустановча і правозастосовча діяльність органів виконавчої влади, а в передбачених законом випадках інших державних органів та посадових осіб по реалізації норм адміністративного права й вирішенню індивідуально-конкретних справ. Водночас постають питання про структуру адміністративного процесу; види проваджень, які входять до нього; критерії для об'єднання певних справ у провадження.

Вченими висловлені різні думки щодо класифікації адміністративних проваджень. Перша спроба класифікації була зроблена Н.Г. Салішевою, проте вона не мала підтримки, оскільки більшість критиків вважає, що авторка не дотримувалась принципу єдності критерію класифікацій: в одному випадку вид провадження виділено залежно від органу його здійснення, наприклад провадження у нотаріальних органах; в іншому – залежно від характеру справ, зокрема, провадження по податкових справах. Разом з цим ця класифікація стала підґрунтям для подальшого дослідження цієї проблеми. В.Д.Сорокін зробив спробу знайти єдиний критерій для класифікації, який би дав змогу об'єднати різні види справ по групах. Зокрема, він писав: "Критерієм, що дає можливість згрупувати однорідні індивідуально-конкретні справи, які становлять предмет відповідного виду адміністративного провадження, є характер індивідуально-конкретних справ. Під характером слід розуміти комплекс суттєвіших ознак, притаманних даній групі справ, які потребують у зв'язку з цим специфічної процедури вирішення".

На думку В.А. Юсупова, критерієм класифікації адміністративних проваджень доцільно обрати характер функцій управління.

Як бачимо, виявлення критерію диференціації адміністративних проваджень становить певні складнощі. Це пов'язано з тим, що багато теоретичних аспектів цього виду процесуальної діяльності не розроблено. Утруднює вирішення питання й широке коло адміністративно-процесуальної діяльності, яка охоплює всі сфери державного управління, а це, своєю чергою, породжує велику

кількість адміністративних проваджень. Тому використання лише одного критерію для класифікації буде недостатньо, щоб створити оптимальну систему адміністративних проваджень. Повний перелік проваджень практично неможливий, оскільки практика державно-управлінської діяльності спричиняє появу все нових видів проваджень. Тільки останніми роками з'явилися такі підвиди проваджень як одержання громадянами субсидій; по ліцензуванню діяльності підприємств; оформленню спеціальних економічних зон та ін. Кожне з них має специфічні ознаки, які зумовлені характером справи, правовим статусом суб'єктів, що беруть участь у процесі, особливостями правовідносин тощо. Незаперечним є поділ видів адміністративного процесу на три групи: процес адміністративної правотворчості; оперативно-розпорядчий процес та адміністративно-юрисдикційний. До цих груп входять різні види проваджень.

Суттєвим недоліком під час дослідження проблеми адміністративного провадження є те, що не зроблено спроб розкрити зміст поняття “провадження”. На підставі дослідженої мною літератури та окремих думок учених, можна вивести таке визначення адміністративного провадження. Адміністративне провадження – це частина адміністративного процесу, що об'єднує групу однорідних процесуальних правовідносин, які відрізняються предметною характеристикою, для розгляду і вирішення яких встановлена певна процедура, що завершується оформленням отриманих результатів у відповідних документах.

Проблема структури адміністративного процесу на сьогодні є актуальним питанням, оскільки наслідком недостатнього теоретичного дослідження є неврегульованість на законодавчому рівні, а це в свою чергу породжує суперечливі думки і дискусії. Чітке визначення структури адміністративного процесу є необхідною передумовою кодифікації адміністративно-процесуального права.

ZASADY WSPÓŁPRACY JEDNOSTEK SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO Z ORGANIZACJAMI POZARZĄDOWYMI W PRAWIE POLSKIM

Mgr Bartosz Kuś

*Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
(Lublin, Polska)*

Wstęp

W krajach o długiej tradycji demokratycznej, zadania państwa należące do sfery dostarczania obywatelom usług publicznych, administracja publiczna realizuje we współpracy z organizacjami pozarządowymi stanowiącymi trzeci, obok publicznego i prywatnego, sektor społeczeństwa obywatelskiego. Realizacja zadań administracji publicznej, której częścią jest samorząd terytorialny, implikuje konieczność współpracy z organizacjami pozarządowymi w przedmiocie dostarczania obywatelom usług publicznych. Konieczność ta wynika z idei społeczeństwa obywatelskiego, która w odniesieniu do sposobów realizacji zadań publicznych zakłada kierowanie się zasadą pomocniczości. Ważne jest zatem istnienie mechanizmu przekazywania organizacjom pozarządowym zadań publicznych, które organizacje te mogą skutecznie i efektywnie wykonywać, nie pozbawiając władz publicznych odpowiedzialności za ich realizację.

Podstawowym aktem prawnym regulującym współpracę jednostek samorządu terytorialnego z organizacjami pozarządowymi jest ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. 2003, Nr 96, poz. 873 ze zm., określana dalej w skrócie jako: UDPPW). Ustawa nałożyła obowiązek współpracy terytorialnie i przedmiotowo właściwych organów administracji publicznej z organizacjami pozarządowymi, określiła zasady i formy współpracy międzysektorowej (art. 5 ust. 1 i 2), wskazała obszary tej współpracy (art. 4) oraz ujednoliciła sposób przekazywania dotacji na realizację zadań publicznych przez organizacje pozarządowe (art. 5 ust. 4). W ustawie po raz pierwszy w sposób pełny i systemowy uregulowano, kogo należy uznać za organizację pozarządową (art. 3 ust. 2).

Zasada pomocniczości

Zasada pomocniczości, zwana także zasadą subsydiarności, jest naczelną zasadą dotyczącą współpracy samorządu terytorialnego z organizacjami pozarządowymi, dlatego też wskazane wydaje się przedstawienie jej w szerszym kontekście.

Źródła zasady subsydiarności leżą w XIX – wiecznej myśli politycznej oraz społecznej nauce Kościoła katolickiego. Zasada pomocniczości nie ma definicji legalnej. Najwięcej miejsca poświęca jej chrześcijańska nauka społeczna. Dokumenty nauki społecznej Kościoła umieszczają zasadę pomocniczości wśród tzw. zasad ładu społecznego. Zgodnie z tymi dokumentami, zasada pomocniczości oznacza między innymi to, że jednostkom i strukturom społecznym powinno się pozostawiać możliwie jak najwięcej spraw, które mogą one same rozwiązać, a struktury wyższe powinny zajmować się tylko tym, czego nie są w stanie wykonać struktury niższe i jednostki. Zostało to dobitnie stwierdzone przez papieża Piusa XI w encyklice *O odnowieniu ustroju społecznego*, zwanej także od jej pierwszych słów *Quadragesimo anno*, z dnia 15 maja 1931 roku.

Zasada pomocniczości już dawno przestała stanowić istotny element wyłącznie katolickiej nauki społecznej. Przyjmowana w doktrynie prawa publicznego – najwcześniej w latach siedemdziesiątych XX wieku w orzecznictwie niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego w odniesieniu do sfery pomocy społecznej – występuje obecnie jako zasada prawna zarówno w niektórych konstytucjach (np. w konstytucji RFN, Konstytucji RP oraz od 2001 r. w konstytucji Włoch.), jak i w podstawowych aktach Unii Europejskiej, poczynając od Traktatu z Maastricht (Traktatu o Unii Europejskiej) z 1992 r.

Zasada subsydiarności stanowi normatywne uzasadnienie podmiotowości organizacji pozarządowych oraz koncepcji ich współpracy z administracją publiczną.

Można wyróżnić dwa aspekty zasady pomocniczości:

- aspekt negatywny: władza w ogóle, a państwo w szczególności nie powinno przeszkadzać osobom lub grupom społecznym w podejmowaniu ich własnych działań;
- aspekt pozytywny: każda władza powinna pobudzać, podtrzymywać, a ostatecznie w razie potrzeby uzupełniać wysiłki tych podmiotów, które nie są samowystarczalne.

Polski ustrojodawca nie podjął samodzielnej próby zdefiniowania pojęcia „pomocniczości”. Przepisy Konstytucji nie dostarczają natomiast żadnych przesłanek, aby twierdzić, iż omawiana instytucja ma w prawie polskim inne znaczenie niż przypisywane powszechnie w nauce. W rezultacie Konstytucja RP odsyła pośrednio do ustalonego w doktrynie rozumienia omawianej zasady – sformułowanego w społecznym nauczaniu Kościoła katolickiego i przejętego przez niektóre konstytucje oraz dokumenty międzynarodowe, np. wspomniane już fundamentalne dokumenty Unii Europejskiej, czy *Europejska Karta Samorządu Terytorialnego*.

Rozumienie zasady pomocniczości zostało zawarte w uzasadnieniu do projektu ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Znalazły się tam następujące słowa: „W myśl zasady pomocniczości przy suwerenności stron organy administracji publicznej, respektując odrębność i suwerenność zorganizowanych wspólnot obywateli, uznają ich prawo do samodzielnego definiowania i rozwiązywania problemów, w tym należących także do sfery zadań publicznych i w takim zakresie współpracują z tymi organizacjami, a także wspierają ich działalność oraz umożliwiają realizację zadań publicznych na zasadach i w formie określonych w projektowanej ustawie”.

Subsydiarność jest zasadą podziału władzy od dołu do góry. Postuluje ona, że nigdy nie należy powierzać jednostce większej tego, co może zrobić równie wydajnie, jednostka mniejsza. Oznacza to, iż jednostki większe działają wyłącznie w dziedzinach, w których ich wielkość daje im przewagę nad jednostkami mniejszymi w postaci efektywnego działania.

Istotą zasady subsydiarności jest zatem dążenie do jak najbardziej racjonalnego podziału władzy pomiędzy poszczególne szczeble jej struktury, w oparciu o kryterium efektywności.

Z drugiej strony, zasada pomocniczości nakłada na społeczności wyższego rzędu, w tym państwo, obowiązek udzielania wsparcia, wówczas gdy problemy przewyższają kompetencje mniejszych wspólnot. Takie rozumienie zasady pomocniczości pozostaje w konflikcie z koncepcją państwa minimalnego, zgodnie z którą zadania służb publicznych, zwłaszcza w sferze społecznej, zostają ograniczone do minimum.

W odniesieniu do instytucji samorządu terytorialnego zasada subsydiarności oznacza, że właśnie na rzecz tego szczebla powinien być przekazany jak największy zakres zadań publicznych i równocześnie środków odpowiednich do ich efektywnego wykonywania. Zasada subsydiarności sprzyja realizacji podstawowego celu jakim jest dla każdej jednostki samorządu terytorialnego wykonywanie zadań publicznych na rzecz mieszkańców danego obszaru.

Przedstawione uwagi pozwalają na wyciągnięcie wniosku stwierdzającego, że zasada pomocniczości stanowi jedną z zasad określających istotę samorządu terytorialnego. Wyznacza też miejsce i rolę organizacji pozarządowych w państwie. Zgodnie z tą zasadą organizacje pozarządowe powinny być równorzędnym partnerem administracji publicznej w wykonywaniu zadań publicznych.

Pozostałe zasady współpracy

W uzasadnieniu do projektu ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie znalazło się także wyjaśnienie znaczenia pozostałych zasad regulujących współpracę organizacji pozarządowych z organami samorządu terytorialnego. Można odnaleźć tam odniesienia do zasad: suwerenności stron, partnerstwa, efektywności oraz jawności. Ponadto art. 5 ust. 2 UDPPW powołuje się na zasadę uczciwej konkurencji.

Zasada suwerenności stron

Określenie suwerenności stron stanowi element podanego wyżej opisu zasady pomocniczości, zawartego w uzasadnieniu do projektu UDPPW. Suwerenność stron służy bowiem realizacji subsydiarności. Chodzi tu właśnie o owo respektowanie odrębności i suwerenności zorganizowanych wspólnot obywateli przez organy administracji publicznej, a także o uznanie przez te organy prawa do samodzielnego definiowania i rozwiązywania problemów tychże wspólnot, w tym należących także do sfery zadań

publicznych. Suwerenność stron uwidacznia się także we współpracy wspomnianych wspólnot obywateli i organów administracji publicznej, a także wspieraniu przez te organy działalności i umożliwianiu realizacji zadań publicznych przez zorganizowane wspólnoty obywateli, na zasadach i w formie określonej w ustawie.

Zasada partnerstwa

Zgodnie z zasadą partnerstwa organizacje pozarządowe, na zasadach i w formach określonych w UDPPW oraz w trybie określonym w odrębnych przepisach, uczestniczą w identyfikowaniu i definiowaniu problemów, których rozwiązywanie stanowi przedmiot zadań publicznych, w wypracowywaniu sposobów wykonywania zadań publicznych przez właściwy organ administracji publicznej, a także w wykonywaniu tych zadań.

Zasada efektywności

Zasadą efektywności organy administracji publicznej posługują się przy zlecaniu zadań publicznych do realizacji organizacjom pozarządowym. Zasada ta polega na dokonaniu przez organ administracji publicznej wyboru najefektywniejszego sposobu wykorzystania środków publicznych, przy czym dokonujący tego wyboru organ zobowiązany został do przestrzegania zasad uczciwej konkurencji oraz zachowania wymogów określonych w art. 33 i art. 35 ust. 3 ustawy o finansach publicznych (Dz. U. 2005, Nr 249, poz. 2104).

W myśl art. 33 ust. 1 ustawy o finansach publicznych „prawo realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych przysługuje ogółowi podmiotów, chyba że ustawy stanowią inaczej.” Ust. 2 tego samego artykułu stanowi natomiast, iż: „podmiot wnioskujący o przyznanie środków publicznych na realizację wyodrębnionego zadania powinien przedstawić ofertę wykonania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, gwarantującą wykonanie zadania w sposób efektywny, oszczędny i terminowy”.

Według art. 35 ust. 3 te same ustawy wydatki publiczne powinny być dokonywane:

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów;
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Zasada jawności

Biorąc pod uwagę zasadę jawności, organy administracji publicznej udostępniają współpracującym z nimi organizacjom pozarządowym informacje o zamiarach, celach i środkach przeznaczonych na realizację zadań publicznych, w których możliwa jest współpraca z tymi organizacjami oraz o kosztach już realizowanych zadań publicznych w tym zakresie przez jednostki podległe organom administracji publicznej lub nadzorowane przez te organy, wraz z informacją o sposobie obliczania tych kosztów, tak aby możliwe było ich porównanie z kosztami realizacji analogicznych zadań przez inne instytucje i osoby.

Jednym z instrumentów upubliczniania informacji powinien być Biuletyn Informacji Publicznej (BIP), czyli urzędowy publikator teleinformatyczny, składający się z ujednoliconego systemu stron w sieci informatycznej. BIP został stworzony w celu powszechnego udostępniania informacji publicznej. Art. 13 ust. 3 UDPPW stanowi wprost o tym, iż ogłoszenia konkursów adresowanych do organizacji pozarządowych winny być ogłaszane w zależności od rodzaju zadania w BIP oraz w dzienniku o zasięgu ogólnopolskim lub lokalnym, a także w siedzibie organu administracji publicznej w miejscu przeznaczonym na zamieszczanie ogłoszeń.

Zasada uczciwej konkurencji

Zasada uczciwej konkurencji nie została wprost zdefiniowana w UDPPW, ani w powoływanym uzasadnieniu do projektu tej ustawy. Oprócz wymienienia tej zasady w art. 5 ust. 2 UDPPW, pojęciem tym operuje kilka innych aktów prawnych, np. ustawa o swobodzie działalności gospodarczej z dnia 2 lipca 2004 r. (Dz. U. 2004, Nr 173, poz. 1807), której art. 17 stanowi, iż „przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów konsumentów”. Uczciwa konkurencja jest tu wobec tego jedną z zasad działania przedsiębiorcy.

Terminem tym posługuje się również ustawa o finansach publicznych w art. 33 ust. 2. Żaden z tych aktów prawnych nie zawiera natomiast definicji zasady uczciwej konkurencji.

Pomocne w ustaleniu treści tej zasady mogą okazać się przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003, Nr 153, poz. 1503). Art. 3 ust. 1 tej ustawy zawiera bowiem definicję czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z treścią tego przepisu czynem takim jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego artykułu zawiera otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji, a wśród nich takie jak: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną.

A contrario uczciwa konkurencja polega na działaniu zgodnym z prawem lub dobrymi obyczajami, nie zagrażającym lub nie naruszającym interesu innych podmiotów.

Podsumowanie

Podsumowując należy stwierdzić, że istnienie zasad współpracy oraz ich sprecyzowanie w powszechnie obowiązujących aktach prawnych stanowi czynnik sprzyjający współpracy administracji samorządowej z organizacjami pozarządowymi.

Przedstawione wyżej zasady z uwagi na małą precyzyjność mają jednak raczej charakter postulatywny niż obligatoryjny. Podjęcie próby sprecyzowania ich znaczenia może przyczynić się do lepszego ich rozumienia oraz bardziej powszechnego stosowania.

ВІДШКОДУВАННЯ ПОДАТКУ НА ДОДАНУ ВАРТІСТЬ ЯК ЕЛЕМЕНТ УНИКНЕННЯ ПОДВІЙНОГО ОПОДАТКУВАННЯ В ЄВРОПЕЙСЬКІЙ СИСТЕМІ VAT

А. Мазурек

*Канцелярія податкового права «HASIP»
(Люблін, Польща)*

Головною метою європейського законодавства в частині розвитку економічних та фінансових відносин є встановлення спільного ринку на засадах конкуренції. Одним із перших і найважливіших кроків організації ринку, який би був максимально наближеним до ринкових механізмів кожної із держав – його членів, є уніфікація законодавства. При цьому важливо було не спричинити погіршення конкурентних умов, а забезпечити вільне просування товарів та послуг.

Конвенція ЄС містить дві статті, які дають підставу для уніфікації норм податкового права в державах-сторонах цієї конвенції. Стаття 99 і 100 Конвенції дають підстави для видання директив, які мають за мету зближення законодавчих, виконавчих та адміністративних норм права країн-членів ЄС, які мають безпосередній вплив на встановлення та функціонування спільного ринку. Безпосередньою метою таких змін було скасування оподаткування імпорту та звільнення експорту в обороті між країнами-членами ЄС. Відтак Європейська Комісія прийняла рішення про заміну колишніх податків з обороту, які мають характер податків кумулятивних (накопичувальних) багатофазових – одним податком на додану вартість. Такий податок є найбільш нейтральним, охоплює всі стадії виготовлення продукції та продажу, в тому числі продаж у роздріб. Таке розв'язання передбачає найбільш оптимальну схему оподаткування та суми надходжень до бюджету, незалежно від довжини ланцюга продукції та дистрибуції.

Рекомендацію щодо гармонізації норм права Країн-Членів ЄС щодо уніфікації законодавства з приводу встановлення та механізму сплати нового податку, а також основні категорії щодо нього містить Перша Директива Ради (67/227/ЕЕС). Друга Директива Ради (67/228/ЕЕС), яку пізніше замінила Шоста Директива (77/388/ЕЕС), описувала структуру системи VAT (податку на додану вартість) а також його основні елементи, такі як предмет та суб'єкт оподаткування, ставки податку, податкові пільги, порядок відшкодування ПДВ тощо.

Шоста директива від 17 травня 1977 року внесла більш детальні дефініції, в тому числі місце та момент утворення податкового обов'язку, а також особливі процедури оподаткування. Метою регулювання було запобігти таким явищам як уникнення оподаткування, а також усунути подвійне оподаткування, оскільки ці явища суперечать ідеології спільного ринку. Введено також спеціальну засаду оподаткування землеробів.

Наступним важливим етапом розбудови спільного ринку було прийняття Восьмої Директиви Ради від 6 грудня 1979 року (79/1072/ЕЕС), в якій визначено засади відшкодування податку VAT (на додану вартість) платниками податків, що знаходяться/є зареєстровані в іншій країні-члені ЄС ніж країна, в якій здійснено витрати. Необхідність такого нововведення було обумовлено положенням Шостої Директиви, якою передбачалось, що місцем оподаткування могла бути інша країна ніж країна місцезнаходження платника податків, а платником – покупець товару, або послуги.

Подальший розвиток інтеграційних процесів у господарській діяльності відповідних суб'єктів країн-членів ЄС вимагав подолання розбіжностей правового регулювання, що в результаті повинно було забезпечити уникнення подвійного оподаткування або можливостей уникнення оподаткування. Це зокрема передбачало необхідність врегулювання механізму відшкодування ПДВ, визначення суб'єктів які можуть користуватися таким правом а також той перелік операцій на які поширюється вказаний механізм. Згідно законодавства ЄС, право на відшкодування ПДВ має суб'єкт господарювання, який:

- не є зареєстрований та немає постійного місця праці на території даної країни;
- в періоді часу, коли ставиться питання про відшкодування податку не постачав товарів, або послуг, визнаних за доручені в цій країні, крім:

- транспортних та супутніх до них послуг, звільнених на підставі відповідних норм права VI Директиви VAT;
- послуг, щодо яких податок платить виключно користувач послуги.

Послуги, виконання яких дає право на повернення податку, це зокрема:

- перенесення авторських прав на майно, патентів, торгівельних знаків та подібних прав, а також повноваження до користування з цих прав;
- послуги консалтингові, нотаріальні, юридичні, з питань бухгалтерського обліку, переробки даних та постачання інформації;
- рекламні послуги;
- переробка даних та постачання інформації;
- банківські операції, фінансові, страхові (зокрема перестрахування), крім оренди сейфів;
- оренда рухомого майна, за винятком транспортних засобів;
- телекомунікаційні послуги;
- надання радіо та телевізійних програм;
- надання послуг електронним шляхом;
- посередницькі послуги з переліку вище перелічених;
- внутрішні послуги транспорту товарів та суміжні з ними послуги;
- транспортні та суміжні з ними послуги, безпосередньо пов'язані з імпортом товарів, якщо ці послуги враховано в ціну товару;
- послуги у сфері нагляду та контролю повітряного руху, що здійснюються в користь перевізників, а також інших суб'єктів, які виконують рейси на міжнародному транспорті;
- послуги пов'язані із обслуговуванням, стартом, приземленням, паркуванням, пасажирів і вантажу, які виконуються на користь перевізників та інших суб'єктів, що здійснюють рейси в міжнародному транспорті;
- послуги морських рятувальників, нагляду та безпеки судноплавства морського і Середземного, а також послуги, пов'язані з охороною морського середовища і утримання портів акваторій та підхідних рейок;
- послуги із обслуговування морських кораблів, що належать морським судновласникам;
- ремонт, перебудова або консервація кораблів,
- ремонт, перебудова або консервація засобів повітряного транспорту;
- інше.

Виключення та обмеження є подібні до внутрішньодержавних. Це означає, що понесені витрати, які виникли у зв'язку із продажем в країні місцезнаходження платника податку, – дають право на відрахування в країні де здійснювалися витрати. З цього випливає, що підприємець, який провадить виключно діяльність, яка не оподатковується податком на додану вартість не може клопотати про повернення податку сплаченого в ціні набутих товарів та послуг. У випадку, коли підприємець провадить діяльність звільнену і оподатковану, то поверненню податку належить розмір участі продажу оподаткованого у продажі у цілому.

Згідно з директивою заява про відшкодування податку може охоплювати період до одного року. До заяви мають бути додані документи про статус платника податків в країні його місцезнаходження та рахунки-фактури. Норми права кожної з країн містять деякі відмінності щодо мінімальної суми відшкодування (в основному 20 Євро за термін коротший від одного року або 25 Євро за річний термін); способу документації здійснених витрат (в деяких країнах це можуть бути чеки з фіскальної каси при малих сумах видатків – як правило до 100 Євро, в інших – на кожен видаток має бути фактура), відмінною може бути і процедура.

В основному органи державної влади (податкові, фіскальні органи) мають 6 місяців на виконання відшкодування податку. Відшкодування здійснюється на вказаний рахунок, однак країни можуть застерегти за собою право виконання повернення в формі чека або грошового переказу. У випадку відхилення заяви органи влади державної влади зобов'язані повідомити підприємця про

причини відхилення заяви. Апеляція такого рішення відбувається згідно з процедурою даної країни. У випадку, коли відшкодування виконано в результаті шахрайства, відповідні органи мають право розпочати дії з метою повернення виплачених сум та накладення відповідних санкцій. Якщо немає можливості покарання згідно з законодавством даної країни, держава може відмовити відповідному суб'єкту господарювання у праві на відшкодування ПДВ на термін до двох років. Якщо накладене грошове стягнення (пеня) не була сплачена, країна-член ЄС може затримати відшкодування податку до моменту сплати відповідної санкції.

Покарання та інші санкції накладаються згідно з нормами права країни, яка здійснює відшкодування.

Тринадцята Директива Ради від 17 листопада 1986 року (86/560/ЕЕС) запровадила правила повернення податку на додану вартість платникам податків, які не є зареєстровані на території Спільноти.

ТЛУМАЧЕННЯ ДЕФІНІЦІЇ „ПОДАТКОВИЙ ОБЛІК” В ПОДАТКОВОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

М. Мацелик

*Національний університет державної податкової служби України
(Ірпінь, Україна)*

Проблеми податкового права, взагалі, оподаткування і податкового обліку, зокрема, предметно і ґрунтовно цікавило юридичну думку завжди, але особливо актуально воно постало з моменту законодавчого закріплення поняття податкового обліку – у 1997 р.

Розвитку податкового права присвятили серйозну увагу значна кількість науковців, які спирались не тільки на власний досвід, але і на досвід як ближніх, так і далеких сусідів. При цьому наукова школа податкового права нашої держави вирізняється не тільки адекватним розумінням значення податкового права для розвитку держави, але і своїм глибоким сприйняттям юридичної природи оподаткування, сприяючи його становленню і розвитку.

Питанню податкового права і оподаткуванню присвячені роботи Кучерявенко М.П.; Бутинця Ф.Ф., Бех Г.В., Іванова Ю.Б., Голова С.Ф., Костюченко В.М., Бандурка О.О., Редзюк Т.Ю. Гурєєва В.І., Панасюка В.М. та ін.

Не просто інтерес – сплеск активності у дослідженні природи податкового обліку, як економічної, так і юридичної, виник у спеціалістів-теоретиків і у практиків у 1997 році. Це відбулось з формуванням нової концепції оподаткування, яка стосувалась і прямого оподаткування – прибутку, і непрямого – додана вартість.

Такий складний справі, якою є податкове право (законодавство) та оподаткування не обійшлося без помилок і незрозуміlostей. Так, Кучерявенко М.П. зазначає, що українське податкове законодавство використовує не зовсім чітко визначений термін «оподаткування», коли йдеться про принципи оподаткування; А. Ластовецький констатує, що проект податкового кодексу, який повинен сприяти вдосконаленню правового регулювання у сфері оподаткування практично нівельований за деякими параметрами (малий і середній бізнес); а О. Саваріна стверджує, що чинна податкова система не сприяє розвитку економіки, особливо виробничого сектора, при тому, що в умовах демократизації суспільства основна її функція – стимулююча економічний розвиток суспільства.

На жаль законодавець і до сьогодні так і не пояснив юридичну природу поняття «податковий облік». Це стосується не тільки закону про оподаткування прибутку, але і будь-якого іншого закону з податкових питань. При цьому законодавець робить посилання на обов'язковість його ведення. Так, наприклад:

- пп. 5.9. закону про оподаткування прибутку: «Платник податку веде податковий облік приросту (убутку) балансової вартості товарів...»;
- пп. 7.2.2. цього ж закону встановлює: «Страховик здійснює окремий податковий облік операцій...» тощо. За допомогою категорії податкового обліку визначає інші податкові дефініції, наприклад пп. 1.2 закону про ПДВ: «Касовий метод – метод податкового обліку, за яким...».

В працях науковців та дослідників цього питання провідними є два підходи до визначення податкового обліку – перший це підсистема бухгалтерського обліку (Бутинець, Голова, Панасюк та ін.), і другий це самостійна система обліку, яка має свою мету і завдання (Іванов, Редзюк та ін.). Серед спеціалістів існує ще і третє визначення податкового обліку – як обліку платників в податкових органах (Д. Піддубна, Ю. Іванов та ін.). Власне, з таким третім розумінням податкового обліку ми і не згодні.

Таким чином стан справ в обліку, взагалі, і у податкового обліку, зокрема, змінився і основою цих змін стала – податкова «перша подія». На законодавчому рівні, зокрема, в законі про оподаткування прибутку підприємств, відбулось закріплення юридичних правил податкового обліку, основою яких і стала ця подія. Характерним при цьому стало те, що, у названому законі, ст. 11 так і

називається «Правила ведення податкового обліку», при тому, що у законі про ПДВ немає аналогічної назви статті, проте є ст. 7 «Порядок обчислення і сплати податку», і є посилання на податковий облік, наприклад п. 1.11 ст. 1 (касовий метод); ч. 1 п. 7.3.9 ст. 7 (вибір касового методу) тощо. Тобто юридична природа цих двох положень, з різних законів, – ідентична: для визначення податку до сплати, базу об'єктів оподаткування потрібно визначати з врахуванням моментів виникнення ВВ і ВД, ПК і ПЗ, основою яких є «перша подія».

На сьогодні ми маємо такий стан справ, при якому законодавець, уже змужнілий, але все-таки ще часто недбалий використовує поняття податковий облік у двох основних значеннях.

Першим значенням податкового обліку, яке ми, власне, підтримуємо, є його опосередковане юридичне визначення як явища та процедури характерної і обов'язкової для підприємства, за допомогою якої визначаються і обґрунтовуються розміри обов'язкових платежів до відповідних бюджетів. Встановлення обов'язку ведення податкового обліку здійснено в ч. 4 ст. 3 (обов'язковість – є одним із принципів побудови і функціонування системи оподаткування) та ст. 9 (обов'язки платників) закону про систему оподаткування.

Аналогічне визначення податкового обліку, хоч і також опосередковане, дано і в інших законах, зокрема,

- в законі про податок з доходів фізичних осіб – п. 1.15 ст. 1; п. 9.51. ст. 9;
- в законі про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами – п. 4.3.1 ст. 4; п.п. 3 п. 4.4.2 ст. 4 тощо.

Керуючись цим державна податкова адміністрація України (далі – ДПАУ) дає пояснення порядку ведення податкового обліку окремих господарських операцій, наприклад, в листах від 23.01.98 № 663/11/15-0416 «Про податковий облік», від 05.11.02 № 7449/6/15-2116 «Податковий облік операцій з основними фондами» тощо.

Другим значенням у якому використовується поняття податкового обліку, є його визначення як функції податкових органів, встановлену у ч. 5 ст. 8 закону „Про державну податкову службу”.

Ми вважаємо, що таке поняття податкового обліку є історичною традицією, звичаєм, яка з'явилась з виникненням податкової служби. Адже в основному „правовстановлюючому” законі про податкову систему, словосполучення податковий облік взагалі не вживається і не вживалось у всіх редакціях. Будь-які інші похідні варіанти від слова податок (податкова, податкових, податком тощо) є, а слова податковий немає. Слово облік в цьому законі з'явилося при викладенні закону в новій редакції законом від 02.02.94 № 3904-XII. Воно вживається і завжди вживалось у значеннях, яке, саме і стосується обліку платників та рахунків в органах податкової служби. В законі про податкову службу поняття податкового обліку також конкретно не визначається. В контексті обліку використовується словосполучення:

- забезпечують облік платників податків, інших платежів, – п. 3 ч. 1 ст. 10;
- обліком платників податків, інших платежів – 3 абз. п. 1 ч. 1 ст. 8 тощо.

Навіть в частині прав та обов'язків органів податкової служби не встановлено обов'язок щодо контролю за податковим обліком, що звичайно є логічним продовженням принципу свободи підприємницької діяльності встановленої в п. 2 ч. 1 ст. 2 Господарського кодексу України.

Ідентифікація обліку платників в органах податкової служби у якості податкового обліку, окрім зазначеного Порядку обліку платників податків, зборів (обов'язкових платежів), присутня і в ч. 3 Інструкції про порядок ведення органами державної податкової служби оперативного обліку платежів до бюджету, контроль за справлянням яких здійснюється органами державної податкової служби України. Зокрема у ній зазначено, що „Особові рахунки платників відкриваються органом державної податкової служби щорічно за платниками, які: перебувають на податковому обліку – ...; узяті на податковий облік протягом поточного року – ... тощо”. І аналогічно, як і в «Порядку обліку платників податків, зборів (обов'язкових платежів)», п. 6.5 «Інструкції про порядок ведення органами державної податкової служби оперативного обліку платежів до бюджету, контроль за справлянням яких здійснюється органами державної податкової служби України» свідчить про повне і адекватне розуміння відмінності між податковим обліком і обліком у податкових органах. Про це свідчать мовні звороти із зазначеного п. 6.5:

- при переведенні платника на облік до іншого податкового органу...;
- за попереднім місцем обліку платника...;
- за новим місцем обліку платника... тощо.

Необхідність чіткого визначення поняття податкового обліку обумовлює і той факт, що ст. 1631 КУпАП недвозначно вказує на те, що «...відсутність податкового обліку, порушення керівниками та іншими посадовими особами підприємств, установ, організацій встановленого законом порядку ведення податкового обліку, у тому числі неподання або несвоєчасне подання аудиторських висновків, подання яких передбачено законами України...» – тягне за собою адміністративну відповідальність у вигляді штрафу».

Відсутність законодавчого визначення поняття податкового обліку є недоліком законодавства, що виявляється в – прогалині закону, яку, звичайно, потрібно заповнити.

На наш погляд, за аналогією з бухгалтерським обліком, податковий облік можна визначити, як – процес виявлення, вимірювання, реєстрації, накопичення, узагальнення, зберігання та передачі інформації платниками податків, що стосується об'єктів та баз оподаткування підприємства, зовнішнім користувачам для контролю за сплатою податків. При цьому зовнішніми користувачами є перш за все державні контролюючі органи визначені законодавством. Головним завданням податкового обліку – є формування повної та достовірної інформації про те, як враховані для цілей оподаткування господарські операції.

Подібне визначення податкового обліку, з можливим визначенням його реєстрів, в майбутньому Податковому кодексі, на нашу думку, зробить можливим уникнути частину непорозумінь у відносинах дихотомії податкові органи – платники.

ПРАВОВА КУЛЬТУРА ПОДАТКІВЦЯ: НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Ф. Медвідь, Я. Медвідь

*Національний університет державної податкової служби України
(Ірпінь, Україна)*

Формування української правової культури в умовах становлення ринкової економіки, як складової частини загальної культури суспільства, характеризує рівень правосвідомості, досконалості законодавства, організації роботи з його дотримання, стан законності і правопорядку.

У спеціальній літературі під поняттям „культура” розуміють рівень розвитку суспільства, виражений у способах організації життя та діяльності людей, систему організованих за допомогою цінностей, що закріпилися в громадській практиці, форм діяльності. Виходячи із цього, можна говорити про правову культуру як окремий „вид культури”, оскільки вона відображає особливості і специфіку професійної діяльності людей.

Так, російський вчений А. Венгеров вважає, що правова культура характеризує рівень правосвідомості і включає ступінь знання права, інтенсивність переконань щодо цінності права. На думку С. Алексєєва є суттєві відмінності між категоріями „юридична культура” і „правова культура”. Відомий львівський філософ права С. Сливка говорить про „професійну культуру юриста”.

Правова культура, на наш погляд, це знання і розуміння права, високосвідоме виконання його вимог як усвідомленої необхідності і внутрішньої переконаності. Основними показниками рівня правової культури вважають: а) право, що відповідає вимогам справедливості та свободи, б) рівень правосвідомості громадян та посадових осіб, їх діяльність відповідно до вимог правових приписів; в) рівень правотворчої та правореалізуючої культури; г) рівень якості роботи правоохоронних і правозастосовчих органів та посадових осіб; д) якість системи законодавства, певний рівень законності і правопорядку.

Правова культура включає правові знання, що охоплюють знання конкретних норм права; дані про державний устрій, призначення держави, політичну систему суспільства; престиж юридичної професії, авторитет і ступінь розвитку юридичної науки; участь громадян в управлінні державою, стан законності і правопорядку; форми і методи правового регулювання, якість роботи правоохоронних органів.

Правова культура особи обумовлена правовою культурою суспільства і виступає властивістю, що характеризує позитивне ставлення, повагу особи до права, достатнім знанням змісту його норм і вмінням їх додержувати, а також активною правомірною поведінкою в усіх життєвих ситуаціях.

Для сучасної України є характерним феномен нігілізму, зокрема, національного, що має свої історичні причини, пов'язані з історичним буттям українського народу як колонізованого етносу.

Характер правової культури суспільства обумовлює правову культуру чи правовий нігілізм особи, зокрема, особи платника податків чи сучасного податківця. Нігілізм (від лат. *nihil* – ніщо, нічого) – заперечення загальноприйнятих цінностей; ідеалів, моральних норм, культури, традицій. Правовий нігілізм виступає напрямом політико-правової думки, яка відкидає соціальну цінність права і культивує негативне ставлення до нього. Він належить до стійких і поширених виявів деформації правосвідомості населення. Правовий нігілізм може бути поширений як у прямій, та і у прихованій формі: від скептичного ставлення до права до повної зневіри у його реальних та потенційних можливостях. Причинами правового нігілізму виступають, як правило, історичні передумови, пов'язані з безправ'ям людини, авторитаризмом, беззаконням, репресіями тощо; низька загальна і правова культура населення; незадовільна якість законодавства, його декларативність; стан всездозволеності в суспільстві і державі тощо.

Правовому нігілізму в Україні сприяли також низька ефективність інститутів влади та відчуження суспільства від влади, громіздкість та неузгодженість податкового законодавства України, відсутність податкового кодексу.

Так, основи та принципи формування системи оподаткування в Україні, перелік загальнодержавних та місцевих податків і зборів, а також права та обов'язки платників податків визначаються в Законі України від 25 червня 1991 року „Про систему оподаткування”, в Законі України від 18 лютого 1997 року „Про внесення змін до Закону України „Про систему оподаткування””, який сьогодні іншими словами можна назвати „Податковою Конституцією України”. Законом України від 18 вересня 1991 року „Про джерела фінансування дорожнього господарства України” і попереднім законом закріплено вичерпний перелік існуючих в Україні податків, зборів та обов'язкових платежів.

Податок являє собою з одного боку філософську й економічну категорію, а з іншого – одночасно виступає конкретною формою правових взаємовідносин, що закріплюються законодавством при наповненні доходами бюджетної системи. Звідси, податок – це встановлений законом для досягнення загальнодержавних або місцевого значення цілей обов'язковий індивідуально безвідплатний грошовий платіж, який вноситься юридичними та фізичними особами до державного чи місцевого бюджету за наявності матеріальних передумов (доходу, прибутку чи майна) у чітко визначені строки та у передбачених законодавством розмірах і не призначений для конкретних витрат. Податок як конкретна форма примусового вилучення частини сукупного доходу суспільства до казни держави відображає всі позитивні та негативні риси даного економічного простору і даної системи державного устрою та державного правління. Залежно від стану податкових відносин у державі можна робити висновки про характер її розвитку.

Станом на 2001 р. лише з податку на прибуток підприємств діє 179 нормативно-правових актів, до яких належать закони, постанови, укази, розпорядження, інструкції, положення. З податку на додану вартість діє 192, з акцизного збору – 165, з плати за землю – 47, з податку на доходи громадян – 48, з питань щодо примусового стягнення податкової заборгованості – 116, з держмита – 30 тощо. Всього ж з питань оподаткування сьогодні діє понад 1030 нормативно-правових актів. Така громіздкість та неузгодженість податкового законодавства призводить до численних порушень.

Виконання платниками податків та іншими суб'єктами податкового обов'язку об'єктивно не може спиратися лише на високий рівень їх правової культури та усвідомлення суспільної значущості передбаченої нормами податкового права належної поведінки. У сучасних умовах для забезпечення необхідного рівня податкових надходжень, на думку фахівців, вирішального значення набуває застосування заходів державного примусу в податковій сфері. В силу цього відповідальність за порушення податкового законодавства як комплексна категорія включає адміністративну, фінансову та кримінальну відповідальність.

Вирішувати проблему сплати податків необхідно, на наш погляд, не тільки адміністративно-командними методами, а підходити до цього потрібно комплексно:

1. Змінити податкову політику держави: завоювати довіру суспільства та платників податків; переконати громадян в тому, що сплата податків – конституційний та громадянський обов'язок, турбота про пенсіонерів та наступні покоління, ознака цивілізованості суспільства; створити високопрофесійну автоматизовану податкову службу; досягнути вдосконалення і прийняття прозорих та зрозумілих нормативно-правових актів і процедур податкового адміністрування; запровадити механізм поетапного скорочення податкового тягаря; підвищити податкову культуру платників податків, податкових органів; вдосконалити кадрову політику та систему оплати праці працівників податкових органів; автоматизувати всі процеси адміністрування податків; створити єдину високопрофесійну етичну команду.

2. Модернізувати податкову службу: зменшити адміністрування податків; головним повинен бути принцип – не платник податків для податкової служби, а навпаки, співпраця, а не примусове стягнення податків.

Отже, правовий нігілізм сучасного податківця, як і платників податків базується як на існуванні великої кількості несистематизованих нормативно-правових актів та роз'яснень, що значно ускладнює

саму можливість ознайомлення з ними, так і полягає у складності для розуміння викладів норм податкового права, що виступає однією з причин досить великої свободи їх тлумачення. Низький рівень правової культури суспільства та його правовий нігілізм приводять до навмисних порушень податкового законодавства, що завдає величезної матеріальної і моральної шкоди суспільству та негативно впливає на міжнародний імідж молодшої Української держави.

Разом з тим основними шляхами подолання правового нігілізму та формування правової культури може бути, на наш погляд, підвищення загальної правової культури як податківців, так і платників податків та зміцнення дисципліни, законності й правопорядку, значне поліпшення якості чинного законодавства та послідовне впровадження принципу відповідальності до всіх правопорушників.

ASPEKTY ADMINISTRACYJNOPRAWNE POMOCY PUBLICZNEJ DLA PRZEDSIĘBIORSTW

Dr Kazimierz Ostaszewski

*Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
(Lublin, Polska)*

Konkurencyjność gospodarki, regionów, przedsiębiorstw oraz produktów i usług jest współczesnym wyzwaniem przed którym stoi polska gospodarka w dobie pogłębiającego się procesu internacjonalizacji i globalizacji. Konkurencyjność przedsiębiorstw jest wymogiem gospodarki rynkowej, warunkuje jego efektywność, wzrost gospodarczy, rozwój eksportu i realizację celów ogólnospołecznych.

Współczesne przedsiębiorstwo charakteryzuje się wysoką elastycznością polegającą na umiejętności dostosowania się do zmieniającego się otoczenia. Oddziałują na nie wiele czynników mających wpływ na konkurencyjność rozumianą jako właściwość, która określa zdolność przedsiębiorstwa do ciągłego kreowania tendencji rozwojowej, tj. wzrostu produktywności, rozwijania rynków zbytu, oferowania nowych, lepszych i tańszych produktów i usług od konkurentów. Wśród czynników kształtujących konkurencyjność przedsiębiorstw należy zwrócić uwagę na regulacje prawne dotyczące udzielania pomocy publicznej dla przedsiębiorców. Problematyka ta stanowi przedmiot niniejszego artykułu.

W doktrynie ekonomicznej stosunek do pomocy publicznej utożsamianej z interwencjonizmem ma zarówno swoich zwolenników jak i przeciwników. Pierwsi uzasadniają celowość jej stosowania niedoskonałościami rynku, drudzy uważają, że tego typu interwencja godzi w mechanizm gospodarki rynkowej, tj. narusza podstawową zasadę, zgodnie z którą korzyści jakie osiąga przedsiębiorstwo powinno być wynikiem jego rynkowej użyteczności, stale potwierdzanej przez kontrahentów i weryfikowanej przez konkurencję. Taki pogląd znajduje potwierdzenie w art. 87 Traktatu Wspólnot Europejskich, który zawiera generalny zakaz udzielania pomocy, jeżeli zakłóca ona konkurencję lub grozi jej zakłóceniem. Jednocześnie ten sam artykuł w ustępie 2 przewiduje wyjątki, kiedy pomoc może być uznana za zgodną z regułami wspólnego rynku. Trzeba w tym miejscu podkreślić, iż wyjątki przekształciły się w powszechnie stosowaną normę. Państwa tzw. Starej Unii intensywnie wspierały obiecujące dziedziny gospodarki i podtrzymywały sektory schyłkowe. Obwarowane to było rozległą regulacją unijną.

Jednakże nawet najbardziej zagorzali zwolennicy wolnego rynku dopuszczali pomoc publiczną dla sektora MSP, podkreślając jego rolę w gospodarce, generalnie gorsze warunki działania w porównaniu z dużymi przedsiębiorstwami oraz niewielkim zagrożeniem dla konkurencji. Znalazło to odzwierciedlenie w Strategii Lizbońskiej (2000), zakładającej rozwój przedsiębiorczości na terenie Unii Europejskiej poprzez podjęcie działań polegających na ułatwieniach w zakładaniu i prowadzeniu działalności gospodarczej. Polityka wspierania sektora MSP ma na celu stworzenie sprzyjających warunków do rozwoju na terenie Unii oraz poprawę konkurencyjności przedsiębiorstw na rynku wewnętrznym. Jest to realizowane przez tworzenie ram ekonomiczno-prawnych w poszczególnych krajach członkowskich, a także bezpośrednie wspieranie rozwoju przedsiębiorstw poprzez udział w unijnych programach wspierania sektora MSP.

W Polsce aktami regulującymi problematykę pomocy publicznej dla przedsiębiorców są: ustawa z 27 lipca 2002 r. o warunkach dopuszczalności i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców (Dz. U. Nr 141, poz. 1177); ustawa z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (Dz. U. Nr 123, poz. 1291) oraz akty wykonawcze, m.in. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie szczegółowego sposobu obliczania wartości pomocy publicznej udzielanej w różnych formach (Dz. U. Nr 194, poz. 1983).

Ustawa o pomocy publicznej z 2002 r. jako akt harmonizujący polskie prawo z prawem Unii Europejskiej przyjęło identyczną z art. 87 TWE konstrukcję ogólnego zakazu udzielania pomocy oraz licznych wyjątków od tej reguły. Zakaz udzielania pomocy podyktowany jest negatywnym oddziaływaniem na konkurencję. Każda pomoc publiczna, ze względu na jej selektywny charakter negatywnie oddziałuje na

szanse konkurencyjne przedsiębiorstw będących konkurentami beneficjentów. Konstrukcja zakazu w polskiej ustawie gwarantuje, podobnie jak w prawie wspólnotowym, że wykładnia odstępstw od niego zawsze jest zawężona, a jednocześnie dyscyplinuje organ nadzorujący udzielenia pomocy do rozszerzenia zakresu wyjątków i przeciwdziała liberalizacji orzecznictwa w sprawach pomocy publicznej. W procesie ustalania zasad dopuszczalności pomocy publicznej oprócz regulacji traktatowych szczególną rolę odgrywają również umowy międzynarodowe, – umowa EFTA (art. 19), umowa CEFTA (art. 23), które generalnie zakazują wszelkiej pomocy ze strony Państwa, jeśli miało by to faworyzować niektórych przedsiębiorców i negatywnie wpływały by na stosunki handlowe z państwami członkowskimi.

Pomoc publiczna uprzywilejowując beneficjentów w stosunku do konkurentów oddziałuje negatywnie w stosunku do konkurencji już istniejącej, stwarzając korzystniejsze warunki funkcjonowania na rynku bądź w stosunku do konkurencji potencjalnej, podnosząc bariery wejścia na rynek innym niż beneficjanci przedsiębiorców. Zakazem nie jest objęta każda pomoc naruszająca lub grożąca naruszeniem konkurencji, lecz jedynie taka, która zniekształca ją w stopniu istotnym. Kryterium zakazu – istotność naruszenia – jest jak podkreśla doktryna kryterium nieostrym, utrudniającym jego stosowanie. Nakazuje ono organom udzielającym pomocy jak również organom nadzorującym ocenić potencjalnie skutki udzielonej pomocy w sposób indywidualny. Ocena ta uwzględniać powinna nie tylko bezpośrednie skutki pomocy udzielonej jak również pomocy z jakiej dany przedsiębiorca skorzystał uprzednio. Na jego sytuację konkurencyjną oddziałuje bowiem nie tylko dana, analizowana pomoc, lecz łączna pomoc przyznana mu przez różne organy udzielające pomocy z różnych źródeł, na różne cele. Wielokrotne udzielenie jednemu przedsiębiorcy niewielkiej co do wartości pomocy w relatywnie krótkim czasie wywiera również negatywny skutek dla konkurencji co, jednorazowe udzielenie znaczącej pomocy. Stwarza to beneficjentowi poważną premię konkurencyjną w stosunku do innych uczestników rynku, pozwala mu bowiem rozwiązywać różnorodne problemy bez potrzeby angażowania w pełnym zakresie własnych środków.

Definicja pomocy publicznej posiada kluczowe znaczenie dla określenia zakresu stosowania przepisów ustawy o pomocy publicznej. Precyzyjne i niebudzące wątpliwości interpretacyjnych zdefiniowanie tego pojęcia jest szczególnie ważne, zapewnia bowiem pewność co do prawa zarówno organom udzielającym przedsiębiorcom pomocy jak i samym zainteresowanym – przedsiębiorcom- beneficjentom, a jednocześnie zapewnia im bezpieczeństwo ekonomiczne związane z minimalizowaniem ryzyka powstania obowiązku zwrotu pomocy otrzymanej z naruszeniem ustawowych warunków.

Według art. 2 ust.1 ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o warunkach dopuszczalności i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców: „pomoc stanowi przysporzenie korzyści finansowych określonego przedsiębiorcy w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Przysporzenie takie stanowi pomoc jeżeli:

1/ jest realizowana bezpośrednio z krajowych środków publicznych przekazanych innym podmiotom albo pomniejsza lub może pomniejszyć te środki;

2/ narusza lub grozi naruszeniem konkurencji przez uprzywilejowanie niektórych przedsiębiorców lub produkcji niektórych towarów.” Udzielenie wsparcia może być uznane za pomoc publiczną, jeżeli kumulatywnie spełnione zostaną następujące warunki: musi nastąpić przysporzenie korzyści, korzyści te muszą mieć charakter finansowy, przysporzenie musi być realizowane z krajowych środków publicznych, przysporzenie to musi naruszać lub grozić naruszeniem konkurencji przez uprzywilejowanie niektórych przedsiębiorców lub produkcji niektórych towarów, adresatem przysporzenia może być wyłącznie przedsiębiorca w zakresie prowadzonej przez niego działalności. Ponadto uznanie niektórych form wsparcia za pomoc publiczną w rozumieniu ustawy uzależnia się od spełnienia dodatkowych kryteriów, określonych w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 12 listopada 2002 r. w sprawie szczegółowych kryteriów uznania za pomoc publiczną niektórych przysporzeń na rzecz przedsiębiorcy (Dz. U. Nr 196, poz. 1653) i dotyczy następujących form pomocy: dokapitalizowania przedsiębiorcy, umorzenia zaległości wobec sektora finansów publicznych, udzielenia gwarancji i poręczeń oraz udzielenia kredytu lub pożyczki.

Ustawa o pomocy publicznej wprowadza regułę de minimis (art. 8 ust. 2), stanowiącą podstawę ograniczonego zastosowania jej przepisów do udzielania ze środków publicznych pomocy. Zgodnie z art. 8 ust. 2 zakazane jest udzielanie pomocy, która może wyeliminować albo istotnie ograniczyć lub naruszyć konkurencję bądź uniemożliwić lub istotnie utrudnić jej powstanie. Reguła de minimis wprowadza formalne

kryterium o charakterze wartościowym, pozwalające na zidentyfikowanie pomocy bagatelnej, która ex lege nie podlega przepisom ustawy ze względu na ograniczoną skalę jej oddziaływania na otoczenie konkurencyjne. W odróżnieniu od kryteriów jakościowych odwołujących się rzeczywistego wpływu pomocy na konkurencję, kryterium wartościowe (wielkości pomocy), jest pewnym uproszczeniem metodologicznym, bazującym na parametrach łatwo weryfikowalnych zarówno przez organy udzielające pomocy, organ nadzorujący jak i beneficjentów. Zaletą kryterium wartościowego jest to, że ułatwia ona kwalifikowanie pomocy jako podlegającej lub niepodlegającej przepisom ustawy i dlatego stwarza przedsiębiorcom większą pewność co do regul gry rządzących udzielaniem pomocy, o którą się ubiegają i uwzględniają w swoim planowaniu biznesowym. Jednocześnie obowiązujące kryterium wartościowe wyłącza spod działania ustawy pomoc niewielką co do wielkości, lecz mogącą w istotnym stopniu zniekształcić konkurencję na rynkach lokalnych, na których działać mogą przedsiębiorcy o relatywnie małym potencjale ekonomicznym, których szanse konkurencyjne istotnie zmniejszać może nawet niewielka pomoc uzyskana przez konkurentów.

Pomoc uzyskana zgodnie z regułą de minimis może mieć różną formę i służyć różnym celom z wyjątkiem eksportu oraz tzw. sektorów wrażliwych. Przyjmuje się, że pomoc udzielona przedsiębiorcy w ciągu 3 kolejnych lat w wysokości 100 tys. Euro nie wpływa na wymianę handlową między krajami członkowskimi UE, nie zniekształca i nie grozi zniekształceniem konkurencji, nie podlega więc obowiązkowi notyfikacji.

Ustawa o pomocy publicznej określa w jakim celu może być udzielana pomoc. Art. 9 ust 1 dopuszcza pomoc udzieloną w celu naprawienia szkód wyrządzonych przez klęski żywiołowe. Dopuszczalna jest również pomoc udzielana w celu zapobieżenia lub likwidacji poważnych i mających charakter ponadsektorowy zakłóceń gospodarki, wsparcia krajowych przedsiębiorców działających w ramach przedsięwzięcia gospodarczego podejmowanego w interesie europejskim, promowania kultury i oświaty oraz ochrony dziedzictwa kulturowego. Dopuszczalna jest również pomoc stanowiąca rekompensatę dla przedsiębiorcy z tytułu jego udziału w realizacji zadań publicznych oraz pomoc wspierająca rozwój eksportu, tj. przeznaczona na pokrycie kosztów udziału w targach, badań i usług doradczych niezbędnych dla wprowadzenia nowego produktu na nowy rynek lub niezakłócająca konkurencji z przedsiębiorstwami z państw członkowskich Wspólnot Europejskich.

Art. 10 wskazuje na przesłanki dopuszczalności udzielenia pomocy. Pomoc może być udzielona, jeżeli równocześnie:

- 1/ stanowi w przypadkach inwestowania lub tworzenia nowych miejsc pracy, uzupełnienie środków innych niż środki publiczne, angażowanych przez przedsiębiorców;
- 2/ jej wielkość, czas trwania oraz zakres są proporcjonalne do rangi rozwiązywanego problemu oraz o ile nie pozostaje w sprzeczności z zasadą (pkt 4), jest udzielana w częściach;
- 3/ przynosi korzyści społeczne, po uwzględnieniu kosztów związanych z jej udzieleniem, większe niż korzyści możliwe do osiągnięcia bez jej udzielenia, przy uwzględnieniu związanych z tym kosztów;
- 4/ służy wspieraniu projektów w stopniu niezbędnym i wystarczającym do osiągnięcia celu pomocy;
- 5/ charakteryzuje się przejrzystością ułatwiającą jej nadzorowanie

Podstawowym celem ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o warunkach dopuszczalności i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców jest zapobiegawcza ochrona konkurencji. Przejawia się to zwłaszcza w nadzorowaniu pomocy publicznej. Nadzorowaniem pomocy zajmuje się Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Urząd ponadto monitoruje pomoc, opracowuje i przedstawia Radzie Ministrów sprawozdania o wynikach nadzoru, ocenia skuteczność oraz efektywność pomocy. W razie gdy w wyniku przeprowadzonej kontroli zostanie stwierdzone, że pomoc została wykorzystana niezgodnie z przeznaczeniem, organ udzielający pomocy z urzędu lub na wniosek prezesa UOKiK stwierdzi wygaśnięcie w całości lub części decyzji dotyczącej przyznania pomocy. Decyzja taka może być uchylona, jeśli pomoc została udzielona w oparciu o nieprawdziwe dane przekazane przez przedsiębiorcę korzystającego z pomocy. Uprawomocnienie się decyzji stwierdzającej wygaśnięcie lub uchylenie decyzji jest przyczyną powstania obowiązku zwrotu kwoty pomocy wraz z odsetkami. W razie gdy przedsiębiorca nie zwróci danej kwoty, to jej przymusowe ściągnięcie nastąpi w drodze egzekucji administracyjnej lub sądowej. Na przedsiębiorcy korzystającym z pomocy ciąży obowiązek udzielenia, na żądanie organu udzielającego pomocy informacji, które pozwalają na dokonanie oceny skuteczności i efektywności udzielonej pomocy, a także przedstawienia okresowych

sprawozdań dotyczących przyznanej pomocy. Konsekwencją nieudzielania niezbędnych informacji, wyjaśnień lub udzielenia informacji niezgodnych ze stanem faktycznym jest możliwość nałożenia na takiego przedsiębiorcę kary pieniężnej w wysokości do 20 tys. zł. Taka karę może nałożyć organ nadzorujący.

Dla konkurencji przedsiębiorców pewne znaczenie ma również ogłoszenie informacji o pomocy publicznej. Ułatwia konkurującym przedsiębiorcom włączenie się w proces kontrolowania pomocy publicznej. Procedurę informacyjną uruchamia organ nadzorujący po uzyskaniu informacji o pomocy publicznej. Następuje to w wyniku ogłoszenia w monitorze Sądowym i Gospodarczym informacji o projekcie decyzji lub umowy dotyczącej udzielenia pomocy publicznej. Przedsiębiorcy jako adresaci pomocy publicznej i ich konkurenci mają prawo wglądu w dokumenty zebrane w toku postępowania dotyczącego wydania opinii projektu lub umowy. Mogą oni sporządzać notatki, odpisy i zgłaszać zastrzeżenia w sprawie zamierzonego udzielenia pomocy publicznej. Niektóre dane o przedsiębiorcach są objęte klauzulą poufności lub stanowią tajemnicę. Istnieje prawny obowiązek ochrony tajemnic przedsiębiorców. Naruszenie tego obowiązku stanowi jeden z najważniejszych czynów nieuczciwej konkurencji. Naruszenie tajemnicy przedsiębiorców jest czynnikiem osłabiającym ich konkurencyjność.

Reasumując, należy stwierdzić, że ustawa o pomocy publicznej ustanawia liczne instrumenty prawne i procedury służące ochronie uczciwej konkurencji. Ustawa stawia sobie za cel eliminację szkodliwej dla konkurencji pomocy publicznej. Uczciwi przedsiębiorcy mają szansę wzmocnienia swojej pozycji konkurencyjnej na rynku.

ПРОБЛЕМИ СУДОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВ І СВОБОД ГРОМАДЯН У ПУБЛІЧНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИНАХ

Ю. Педько

*Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України
(Київ, Україна)*

З набранням 1.09.2005 р. чинності Кодексом адміністративного судочинства України (далі КАСУ) актуалізувалися питання удосконалення механізму судового захисту прав і свобод громадян України у сфері, яка до цього часу фактично була позбавлена спеціалізованого впливу з боку судової влади. Це сфера публічно-правових відносин, в яких однією із сторін виступає інституціоналізований публічно-владний суб'єкт або його представник (суб'єкт владних повноважень).

Без сумнівів КАСУ став прогресивним кроком щодо удосконалення правового механізму забезпечення поширення інституту судового захисту, а, відповідно, і юрисдикції судової влади, на всі правовідносини у державі. Разом з тим недостатність теоретичного обґрунтування сутності та призначення інституту адміністративної юстиції, його функціональна невизначеність у законодавстві України, слабка теорія публічно-правових відносин призвели до неадекватного сприйняття законодавцем першочергового завдання, яке стоїть перед адміністративним судочинством та його відображенням у положеннях КАСУ.

Указані недоліки теорії та законодавчого забезпечення функціонування адміністративної юстиції в Україні зобов'язують дослідників до більш глибоко осмислення проблем судового захисту прав і свобод громадян як суб'єктів публічно-правових відносин з владним елементом.

Однією із проблем забезпечення захисту прав і свобод громадян у вказаній сфері є невизначеність (нечітка окресленість) самої публічно-правової сфери, яка повинна піддаватися юрисдикційному впливу з боку адміністративних судів, зокрема залишається відкритим питання визначення основних критеріїв публічно-правових відносин як сфери виникнення справ адміністративної юрисдикції.

Тому звернемо увагу на окремі ознаки публічно-правових відносин, які дозволяють, на нашу думку, більш-менш чітко окреслити сферу правозахисного впливу адміністративних судів, а, отже, і сферу виникнення спорів, пов'язаних з порушеннями суб'єктами владних повноважень прав і свобод громадян, підвідомчих адміністративному суду.

На нашу думку, до ознак, які так чи інакше виокремлюють публічно-правові відносини як сферу правозахисного впливу адміністративної юстиції слід віднести:

– **публічна владність**, яка передбачає, що в подібних правовідносинах суб'єкти права мають на меті: а) реалізувати надані їм законодавством публічно-владні повноваження; б) забезпечити виконання рішень, які були прийняті у результаті здійснення публічно-владних повноважень; в) створити організаційний базис (апарат) державного управління або місцевого самоврядування; г) реалізувати безпосереднє право на участь в управлінні державними справами або місцевими справами, в тому числі, через форми безпосередньої демократії (наприклад, вибори);

– **специфічне суб'єктивно-цільове навантаження**, що обумовлює головні цілі, з якими суб'єкти права вступають до публічно-правових відносин, серед яких можна виділити: сприяння забезпеченню та безпосередня участь у реалізації безпосереднього і представницького народовладдя; впорядкування діяльності органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування; створення юридичних передумов дотримання та захисту прав і свобод суб'єктів даних відносин; забезпечення взаємодії органів публічної влади, з урахуванням реалізації принципу поділу влади; сприяння забезпеченню захисту конституційного ладу і режиму законності у сферах державного управління та місцевого самоврядування; вирішення публічно-правових спорів тощо;

– наявність подвійної системи охорони та захисту, яка передбачає, що окрім судового механізму захисту прав і свобод громадян у даних правовідносинах, мають місце і адміністративні інструменти охорони та захисту (наприклад, адміністративне оскарження);

– особливості структури публічно-правових відносин, яка передбачає об'єктну специфіку (наявність первинних та другорядних об'єктів; змістовна особливість публічно-правових відносин у сферах виконавчої влади та місцевого самоврядування – для суб'єктів більшості таких правовідносин суб'єктивні права одночасно є і юридичними обов'язками (перш за все це стосується публічно-владних суб'єктів);

– специфіка суб'єктивних публічних прав і свобод громадян, реалізація яких здійснюється у таких правовідносинах і пов'язана з обов'язковим правозабезпечувальним впливом з боку суб'єктів владних повноважень;

– первинна нерівноправність їх суб'єктів, коли одна сторона знаходиться у підпорядкуванні або підлеглості до іншої, при цьому така підлеглість не носить характер трудових або службових правовідносин, а носить характер підвладного підпорядкування.

КАСУ є законодавчим актом, в якому вперше у законодавстві України було надане особливе значення розмежуванню принципів верховенства права та законності, що є, на нашу думку, дуже важливим з точки зору повноцінного судового захисту прав і свобод громадян України у будь-якій сфері. Особливо це стосується публічно-владної сфери (сфери підзаконної нормотворчості), де дуже часто під прикриттям дотримання норм законодавства, актів вищої юридичної сили ігнорується конституційний принцип пріоритету прав і свобод громадян, який знайшов свій прояв і у КАСУ (ст. 8).

Разом з тим, процесуальне забезпечення реалізації принципу верховенства права залишає бажати кращого. Зокрема, даний принцип передбачає можливість застосування адміністративним судом аналогії закону та аналогії права, при цьому жодних умов та обмежень для використання даного права адміністративним суддею у законодавстві України не встановлено, що може призвести до ігнорування використання, у необхідних випадках, даного права (у публічно-правовій сфері рівень неурегульованості суспільних відносин на жаль не є низьким, а адміністративним судам заборонено відмова в розгляді та вирішенні адміністративної справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини) або в неадекватному застосуванні даного принципу.

На особливу увагу заслуговує принцип офіційного з'ясування обставин справи, який дозволяє адміністративному суду виходити за межі позовних вимог в разі, якщо це необхідно для повного захисту прав, свобод та інтересів сторін чи третіх осіб, про захист яких вони просять. На нашу думку, необхідно було б чіткіше визначити умови, за яких адміністративний суд (ст. 11 КАСУ) може вирішувати справу, відхиляючись від того, що вимагається у позовній заяві, оскільки таке відхилення може мати негативні наслідки для позивачів або третіх осіб.

Наприклад, до таких умов, на нашу думку, можна віднести наступні:

- по-перше, якщо адміністративний акт, який оскаржується частково, є протиправним чи/і незаконним в цілому, він повинен бути скасований повністю;
- по-друге, якщо адміністративний акт був прийнятий некомпетентним органом, він повинен бути скасований повністю незалежно від того, що вимагає позивач.

Водночас необхідно було б зазначити, що відхід адміністративного суду від вимог скарги не повинен створювати негативних наслідків для невідного суб'єкта, які можуть полягати у погіршенні такого правового становища позивача, яке мало місце до подання ним позову до адміністративного суду.

Разом з указаними недоліками, які необхідно подолати у законодавстві про адміністративне судочинство, слід указати і на необхідність посилення окремих правозахисних положень КАСУ. Зокрема, на нашу думку, з метою ефективізації правозахисного впливу адміністративного суду під час здійснення адміністративного судочинства, вважаємо за доцільне внести зміни до ст. 166 КАС, де передбачити, що адміністративний суд, виявивши під час розгляду справи порушення закону, не може, а зобов'язаний постановити окрему ухвалу і направити її відповідним суб'єктам владних

повноважень для вжиття заходів щодо усунення причин та умов, що сприяли порушенню закону або порушенню прав, свобод чи законних інтересів невіддільних суб'єктів публічно-правових відносин.

Нарешті, наголошуємо на жорсткій необхідності мінімізації можливості карального впливу з боку адміністративних судів на невіддільних суб'єктів публічно-правових відносин і, в першу чергу, громадян. Оскільки подібна практика суперечить суто правозахисним завданням, які поставлені перед адміністративним судочинством в ст. 2 КАСУ.

Необхідно зазначити, що ефективність реалізації принципів у діяльності адміністративної юстиції в Україні залежить від багатьох факторів, у тому числі від системних змін в адміністративному законодавстві, яке регулює діяльність органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування. Зокрема від якості законодавства про органи виконавчої влади, прийняття законодавства про нормативні акти органів виконавчої влади, Адміністративного процедурного кодексу, нового Кодексу про адміністративні правопорушення, кодексу про поведінку державного службовця тощо. Однією із нагальних проблем ефективізації судового захисту прав і свобод громадян у публічно-правових відносинах є підготовка професійних кадрів зі загнаннями державно-правових дисциплін, в першу чергу адміністративного права.

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ОСНОВИ СУЧАСНОГО РОЗУМІННЯ СИСТЕМИ ІНФОРМАЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА І ПРАВА

А. Письменницький

*Харківський національний університет імені В.Н. Каразіна,
(Харків, Україна)*

Новітні реалії у економічному та соціальному житті сучасної епохи приводять до того, що починають складатися, як висловлюється академік С.С. Алексєєв, нові “пласти соціальності”, що дають поштовх до формування цілих галузей права покликаних стати основою для вирішення складних економічних та соціальних проблем. Іншими словами вони мають опосередкувати ці нові “пласти соціальності”. Такими галузями права є екологічне право, інформаційне право, підприємницьке право.

Рівень демократії у нашій країні потребує більшого захисту та упорядкованого руху інформації. Ми є свідками процесу швидкого створення правового простору в інформаційній діяльності, регулювання національними нормативно-правовими актами відносин як у самих засобах масової інформації та інших інформаційних структурах і установах, так і поза їх межами – з іншими юридичними та фізичними особами.

Значне накопичення нормативно-правового масиву у цій сфері, формування самостійних правових інститутів і норм, принципів інформаційного права та наявність інших ознак дало підстави висловлювати сьогодні думку про формування цього законодавства в окрему галузь – інформаційне право. Хоч ця думка не є загально підтриманою, вона є реалією сучасного розуміння системи юридичних спеціальностей та відгуком на бурхливий законотворчий процес в Україні. До доцільності такого підходу і такого наукового бачення цієї проблеми схилиються такі відомі українські науковці-юристи як Медведчук В.В., Онуфрійчук М.Я., Гончаренко В.Г., Яценко С.С., Святоцький О.Д., Цвік М.В. та інші. Подібною думки дотримуються і деякі російські вчені юристи: Алексєєв С.С., Тихоміров Ю.П., Батурін Ю.М., Венгеров О.Б., М.М. Рассолов, В.А. Копилов та інші.

Спектр питань, що постають перед дослідниками на сучасному етапі визначення ролі і місця інформаційного права в юриспруденції та в системі національного законодавства – це питання, що можна розташувати у такій послідовності:

1. Співвідношення понять “система інформаційного права” і “система інформаційного законодавства”. Місце інформаційного права у системі юридичних наук.
2. Галузева форма структури інформаційного права.
3. Система інформаційного законодавства України.
4. Структура дисципліни “Інформаційне право України”.

Характеризуючи співвідношення понять “система інформаційного права” і “система інформаційного законодавства” можна визначити, що процеси галузевізації у сучасному національному законодавстві та праві обумовлені не тільки розширенням кола суспільних відносин за часи незалежності України. Формування цілої низки громадських зв'язків під впливом розвитку сучасних технологій, зростання ролі плюралізму економіки та політики в суспільстві – це реалії сьогодення, які обумовлюють та актуалізують розвиток не тільки галузевих наукових досліджень юриспруденції, але й фундаментальних досліджень правової науки.

Визначення внутрішнього змісту категорій «система інформаційного законодавства» і «система інформаційного права» припускають аналіз не тільки сучасного нормативно-правового регулювання в сфері відносин із приводу права на інформацію, але і самого поняття «система» у застосуванні до права і законодавства.

Принципові питання, що виникають у цьому зв'язку укладаються в таку схему:

1. Визначення категорії система інформаційного законодавства України і його структури.
2. Встановлення ознак структури і категорії «інформаційне право України» і його внутрішньої системи.

3. Визначення напрямків у системі (структурі) дисципліни інформаційне право України.

Система – це внутрішньо організована на основі того або іншого принципу цілісність, у якій всі елементи настільки тісно пов'язані один з одним, що виступають стосовно навколишніх умов і інших систем як щось єдине.

Така єдність у системі законодавства, як правило, обумовлено спільністю об'єкта правовідносин норм даного законодавства, що формуються на її основі. У аналізованих відношеннях цей об'єкт являють собою інформаційні відношення або відношення між суб'єктами права з приводу права на інформацію, що розуміється як право на пошук і одержання, використання і збереження, поширення і захист інформації.

Система права виражає внутрішню диференціацію позитивного права, його розподіл на галузі й інститути. Система інформаційного права відповідно означеному підходу може формуватися як логічно взаємопов'язана сукупність інформаційних норм та інформаційно-правових інститутів. Серед інститутів інформаційного права можна виділити:

Інститут державної таємниці як сукупність норм інформаційного законодавства, що регулюють відносини, пов'язані з режимом оперування інформацією, що є державною таємницею. (Авторське визначення).

Інститут надання інформації є сукупністю норм, що регулюють відносини з приводу необхідності надання громадянам державою інформації про їхній правовий статус і об'єктивне право, про стан природного навколишнього середовища, про суспільно-політичні, економічні, культурні і інші явища і процеси, що відбуваються у країні і світі. (Авторське визначення).

Інститут інформації з обмеженим доступом як сукупність норм, що регулюють відносини з приводу здійснення режимних, технічних, криптографічних та правових мір обмеження в доступі до інформації, що не підлягає широкому поширенню. (Авторське визначення).

Інститут рекламного права як сукупність відносно відокремлених юридичних норм, що регулюють відношення з приводу особливого виду поширення інформації, пов'язаного з активною формою впливу її розповсюджувача на споживачів з метою одержання прибутку чи в соціально-ідеологічних цілях. (Авторське визначення).

Так під **інститутом комп'ютерного права** доцільно розуміти сукупність юридичних норм, що регулюють відносно відокремлену групу однорідних соціальних відносин з приводу обороту інформації в електронних автоматизованих мережах, інформаційних системах та банках даних. (Авторське визначення).

Інститут правового інформування – сукупність норм, що регулюють систему заходів, які здійснюються засобами масової інформації щодо поширення інформації про правову дійсність у державі, змістом якої є нормативно-правові та ненормативно-правові дані про діюче законодавство і право, правову ідеологію, правові форми діяльності держави. (Авторське визначення).

Галузь права – це головний підрозділ системи права, що відрізняється специфічним режимом юридичного регулювання й охоплюючий цілий ряд однорідних суспільних відносин. Відповідно до такого розуміння *інформаційне право як галузь – це відносно відокремлена в системі права сукупність юридичних норм та інститутів права, що регулюють суспільні відносини логічно об'єднані в сферу суспільного обороту інформації, тобто відносини з приводу реалізації суб'єктами свого права на інформацію як права на пошук і отримання, виготовлення, використання і зберігання, поширення і захист інформації у будь який спосіб і не залежно від державних кордонів.* (Авторське визначення).

Слід відрізняти систему права від системи законодавства.

Законодавство – це вся сукупність законів, що діють у країні. Система законодавства – це упорядкована множина всіх чинних нормативно-правових актів даної держави.

Структура системи законодавства – це внутрішній підрозділ законодавства на певні відособлені групи нормативно-правових актів.

Необхідно, проте, мати на увазі, що в деяких формулюваннях нормативних актів під терміном «законодавство» розуміються не тільки закони, але й інші нормативні документи, що містять первинні правові норми (наприклад, нормативні укази Президента, нормативні постанови Уряду).

Тому система інформаційного законодавства у системі законодавства держави – ця вся сукупність нормативно-правових актів держави, що стосується питань обороту інформації у соціумі, інформаційної діяльності та реалізації суб'єктами свого права на інформацію.

Відповідно до статті 4 Закону України “Про інформацію”, що має назву “Законодавство про інформацію” – Законодавство України про інформацію складають Конституція України, цей Закон, законодавчі акти про окремі галузі, види, форми і засоби інформації, міжнародні договори та угоди ратифіковані Україною, та принципи і норми міжнародного права.

Таке формулювання дає можливість визначити певні рівні у структурі інформаційного законодавства.

Перший рівень – найвищий за юридичною силою складають Конституція України, міжнародні договори й угоди з приводу обороту інформації, інформаційної діяльності, права на інформацію, що ратифіковані Україною (Чорноморська конвенція Про співробітництво у галузі культури, освіти, науки та інформації; Європейська угода про захист телерадіомовлення та ін.), Закон України “Про інформацію”.

Другий рівень – видове національне інформаційне законодавство, що формується з окремих законів направлених на встановлення загальних норм в окремих сферах інформаційного соціального обороту (Закони України: “Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні”, “Про телебачення і радіомовлення”, “Про видавничу справу”, “Про Національний архівний фонд і архівні установи”, “Про бібліотеки і бібліотечну справу”, “Про державну статистику”, “Про науково-технічну інформацію”, “Про захист інформації в автоматизованих системах”, “Про державну таємницю” та ін.)

Третій рівень – підзаконні нормативно-правові акти загально-державного значення (Укази Президента України, Постанови Кабінету міністрів України, накази міністерств). Приклад: Постанова Кабінету Міністрів України “Про перелік відомостей, що не становлять комерційної таємниці”.

Четвертий рівень – підзаконні нормативні акти локального територіального значення. Наприклад, Постанова Харківської обласної ради народних депутатів “Про порядок надання громадянам інформації відносно роботи відділів та посадових осіб виконавчого комітету Харківської обласної ради народних депутатів”.

За територіальною ознакою можливо також виділити окремий п’ятий рівень законодавства, що відображатиме сукупність нормативно-правових підзаконних актів корпоративного значення, що наприклад, стосуються встановлення правил захисту інформації в межах окремого підприємства, установи, організації у вигляді наказів адміністрації.

Окрему взаємопов’язану структуру і елемент системи інформаційного права становить система дисципліни “Інформаційне право України”. За галузевою традицією структура цієї дисципліни формується з двох розділів: 1. Загальна частина та 2. Особлива частина. Вони охоплюють 13 базових тем курсу.

Загальна частина присвячена дослідженню предмету та методології інформаційного права, історії формування його як самостійного галузевого напрямку законодавства і права, особливостям розуміння системи інформаційного права і законодавства; змісту, об’єкту і суб’єктам інформаційно-правових відносин та обставинам їх виникнення і динаміки; негативним проявам у сфері інформаційно правових відносин та шляхам їх подолання; проблемам статусу інформаційних структур у суспільстві та державі.

Особлива частина охоплює спектр питань, що стосуються різноманітних сфер інформаційного обороту, що регулюються окремими нормативно-правовими засобами. До таких у розділі відносяться: конституційне і загальне інформаційно-правове регулювання; правове регулювання в сфері засобів масової інформації; правове регулювання в архівній, статистичній і бібліотечній сферах інформаційних відносин; правове регулювання в сфері технічної інформації й автоматизованих систем; правове регулювання відносин з приводу інформації обмеженого доступу; міжнародно-правове регулювання в сфері інформаційних відносин.

Активно здійснюються в Україні й наукові спроби систематизації нормативно-правового матеріалу у інформаційній сфері. Так перший інкорпоративний збірник інформаційного законодавства був підготовлений у березні 1996 р. Пізніше, у 1997 та 1999 роках таку спробу здійснив комітет Верховної Ради України з питань свободи слова і інформації. Аналогічна спроба була здійснена у 1998 році у бюлетені законодавства і юридичної практики. Вже у 2001 Державним комітетом інформаційної політики, телебачення і радіомовлення України здійснена більш ретельна систематизація нормативних актів, що регулюють інформаційну діяльність в Україні. Сьогодні цей процес виходить на стадію проектів кодексів інформаційного законодавства.

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВОЗАХИСНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ МІСЦЕВОЇ МІЛІЦІЇ В УКРАЇНІ

Н. Пронюк, А. Камінський

*Київський національний університет внутрішніх справ
(Київ, Україна)*

Серед тенденцій реформування органів влади України в сучасних умовах виділяються спрямування їх діяльності на захист прав та інтересів людини, правопорядку, створення механізмів їх забезпечення і захисту; підвищення соціальної спрямованості їх діяльності тощо. Процеси зміцнення народовладдя вимагають реалізації універсальної концепції побудови нових структур влади, за якою влада наділялася б повноваженнями, які вона здатна ефективно в інтересах свого населення здійснювати. Розбудова громадянського суспільства передбачає децентралізацію влади, розширення повноважень органів самоврядування, створення нових демократичних інститутів. Одним з таких, на нашу думку, має стати місцева міліція в системі місцевого самоврядування.

Існує певна правова база організації та діяльності місцевої міліції, але вона не реалізована у життя, що пояснюється невизначеністю законодавства і конкретної моделі обслуговування населення на місцевому рівні, невирішеними питання розмежування компетенції місцевих рад та МВС з організації і діяльності місцевої міліції, контролю за забезпеченням нею громадського порядку, статусу її працівників, невідповідності суспільства до змін у правоохоронній системі, відсутністю фінансування тощо.

На сьогодні згідно з чинними нормативними актами України місцева міліція є складовою частиною міліції України, органом виконавчої влади, який фінансується з місцевою бюджету та комплектується органами місцевого самоврядування за спільним поданням місцевих держадміністрацій та виконавчих органів сільських, селищних, міських рад, погодженим з МВС України, для забезпечення охорони прав і свобод громадян та громадського порядку на території села, селища, міста.

Загалом місцева міліція (в системі місцевого самоврядування) і місцевобюджетна міліція (в системі МВС) не тотожні поняття і світовий досвід свідчить про домінування та ефективність першої моделі. Тому, на нашу думку, доцільним є організація місцевої міліції як виконавчого органу представницького органу місцевого самоврядування, що утримується за рахунок коштів місцевого бюджету і створюється для здійснення правоохоронних функцій на території села, селища, міста. Її завдання орієнтовані на забезпечення громадського порядку і безпеки, охорони прав і свобод людини, боротьбу з торгівлею у невстановлених місцях, порушеннями порядку обігу наркотичних засобів та психотропних речовин, неправильним паркуванням автомобілів, безквитковим проїздом у громадському транспорті, самовільним захопленням земельних ділянок, бродяжництвом, дитячою безпритульністю, попередження протиправних діянь тощо.

Як відомо, Конституція України визначає зміст і принципи діяльності владних органів та установ, покликаних здійснювати охорону прав і свобод людини, їх забезпечення (законність забезпечення охорони правопорядку, прав і свобод громадян); закріплює основні (загальні та юридичні) гарантії здійснення прав людини.

Відповідно до Закону України "Про місцеве самоврядування в Україні" місцеві ради та інші органи системи місцевого самоврядування наділені повноваженнями щодо забезпечення прав і свобод людини і громадянина. Особі відводиться роль "учасника" самоврядування в основному через колективні інститут місцевої демократії (вибори, місцевий референдум, збори громадян тощо). Водночас, громадянин, житель населеного пункту, не просто бере участь у самоврядуванні, а разом з іншими жителями здійснює його, реалізуючи свої права і свободи. Тому інститут місцевого самоврядування і всю його організаційну структуру, як і структуру громадянського суспільства в цілому, необхідно розглядати в органічній єдності з інститутом прав і свобод людини, з правовим статусом особи як суб'єкта самоврядних відносин за місцем проживання.

Закон “Про міліцію” визначає пріоритет прав людини у внутрішній політиці України, що передбачає належну модель взаємовідносин міліції і громадян, забезпечує баланс між обов’язками і правами міліції, правами і свободами громадянина. У відомчих актах МВС України закріплено порядок забезпечення реалізації чинних правових норм, регламентуються та встановлюються конкретні межі діяльності підрозділів та посадових осіб міліції щодо забезпечення виконання покладених на неї завдань і обов’язків, а саме: створення умов згідно з міжнародно-правовими принципами для реалізації політичних прав і свобод громадян; використання працівниками міліції наданих законом прав. Зокрема, Кодекс честі працівника ОВС України визначає моральні та професійні якості працівника міліції, установлює основні правила поведінки з громадянами.

Відповідні положення обов’язково повинні бути відображені у нормативних актах про організацію і діяльність місцевої міліції в системі самоврядування.

Потреба в охороні і захисті прав і свобод людини і громадянина виникає, як правило, у разі їх порушення, виникнення певних перешкод на шляху до їх використання, конфліктних ситуацій при їх вирішенні та ін. В юридичній літературі часто розмежовують ці поняття: охорона прав людини охоплює заходи профілактики, що застосовуються при порушенні прав, а їх захист – це решта всіх правових заходів після правопорушення. Тобто охорона і захист прав та свобод людини є єдиним механізмом їх реалізації зі спеціальними цілями та завданнями, які здійснюються примусовими заходами. Такий підхід має позитивний характер, оскільки спрямований на відокремлення профілактичних заходів від власне охоронних.

У свою чергу, механізм забезпечення прав і свобод можна визначити як самостійне явище правової системи, що є комплексом взаємопов’язаних і взаємодіючих передумов, засобів та умов, що створюють належні юридичні і фактичні можливості для повноцінного здійснення кожним своїх прав і свобод.

Відповідно, правозахисна діяльність місцевої міліції повинна бути багатоаспектною, включаючи як відновлення і забезпечення прав та свобод людини, їх охорону і захист, так і їх повагу та дотримання. Захист прав та свобод людини об’єктивно зумовлює підвищену відповідальність міліції, посадових осіб, всіх її працівників перед державою, суспільством у цілому. Характерна особливість діяльності міліції у цій сфері полягає у тому, що у відносинах з окремою особою вона представляє все суспільство, а при захисті інтересів цієї особи нерідко змушена в межах, встановлених законом, вдаватися до обмеження її прав та свобод. Це впливає виключно з визнання поваги прав і свобод інших осіб, додержання вимог моралі, суспільного порядку, загального благополуччя.

Запровадження самостійного інституту в системі місцевого самоврядування з широкими повноваженнями зумовлює виведення передбачених відповідних підрозділів з підпорядкування МВС і передачу територіальним громадам, їх самоврядним органам, перерозподіл функцій і повноважень кримінальної міліції, міліції громадської безпеки, ін. органів з охорони громадського порядку і забезпечення громадської безпеки, захисту прав і свобод людини, боротьби і попередження злочинності.

Зростання ролі місцевої міліції у боротьбі і попередженні злочинності, охороні прав людини сприятиме взаємодія і взаємозалежність її працівників і населення (безпосередньо через прямі вибори керівників місцевої міліції, через органи місцевого самоврядування (дільничні працівники), їх регулярна звітність перед громадськістю, органами самоврядування, зустрічі з членами територіальних громад, змі, а також співробітництво із загальнодержавною міліцією, іншими органами влади. Контроль за діяльністю місцевої міліції дозволять уникнути корупції та зловживань, попередити дублювання функцій, виникнення конфліктів в системі самоврядування.

Серед важливих заходів на шляху забезпечення належної правозахисної діяльності місцевої міліції можна запропонувати наступні:

- завершення адміністративної реформи, реформи адміністративно-територіального устрою, реформи місцевого самоврядування в Україні зі створенням місцевих органів влади, наближених до населення;
- розробка і прийняття стратегії правоохоронної і правозахисної діяльності у країні;
- прийняття комплексного закону про місцеву міліцію в системі місцевого самоврядування, узгодження з ним існуючих нормативно-правових актів України;

- забезпечення системності та послідовності функціонування місцевої міліції;
- створення організаційних, матеріально-фінансових та інших можливостей для забезпечення прав і свобод людини і громадянина;
- підвищення авторитету органів місцевого самоврядування, міліції в суспільстві;
- належний рівень підготовки і перепідготовки відповідних кадрів з урахуванням сучасних реалій;
- підвищення правової культури і правової свідомості населення і посадових осіб;
- створення механізмів контролю за діяльністю місцевої міліції, у тому числі з боку інститутів громадянського суспільства;
- взаємодія з іншими органами влади, громадськими організаціями і населенням у сфері захисту прав і свобод людини і громадянина;
- забезпечення конституційної законності у країні, разом з тим створення громадянам умов для забезпечення їх прав і свобод.

Ліквідація правових та інших перешкод, які існують в Україні, принципове розширення повноважень органів місцевого самоврядування у правозахисній сфері сприятиме утвердженню демократичних принципів у реальному житті суспільства. Належна діяльність місцевої міліції щодо охорони, захисту й забезпечення прав і свобод людини свідчитиме не лише про її гуманізацію та демократизацію, а й про вдосконалення публічної влади, методів і форм її функціонування. Загалом вона повинна бути неупередженою, відповідати закону, потребам та інтересам людини й суспільства.

ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНУ ЗА АНАЛОГІЄЮ ЯК ПРИЙОМ ТЛУМАЧЕННЯ НОРМ ПОДАТКОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА

І. Самсін

Верховний Суд України

Аналогія закону знайшла нормативне закріплення в новому Цивільному процесуальному кодексі України (далі – ЦПК) та Кодексі адміністративного судочинства України (далі – КАС), що дає підстави вважати даний прийом судового тлумачення можливим у справах, які розглядаються за правилами відповідно цивільного та адміністративного судочинства. Серед останніх потрібно виділити групу податкових спорів, в яких правозастосовна проблема є особливо гострою та нагальною, оскільки податкові закони мають специфічну структуру і техніку складання, що неодмінно позначається на розумінні їхнього значення некримінальним чином.

З вказаних підстав видається вкрай актуальним здійснити комплексне наукове дослідження проблеми застосування аналогії закону до податкових правовідносин. Під комплексним дослідження окресленої проблематики ми розуміємо не тільки висвітлення ознак аналогії закону, а й визначення допустимих меж застосування аналогії закону при вирішенні податкових спорів.

Положення про застосування закону за аналогією увійшли до всіх підручників з теорії права, проте, на наш погляд, на сьогодні відсутні ґрунтовні розробки даного питання, які засновані на сучасному законодавстві і можуть бути використані в практичній діяльності правозастосовних органів.

Разом з тим, ми відзначаємо значний внесок в дослідження в прикладному сенсі цієї проблематики таких цивілістів-класиків, як Мейєр Д.І., Покровський І.О., Шершеневич Г.Ф.

Аналіз вітчизняних та російських доктринальних джерел приводить до висновку, що проблема застосування закону за аналогією до податкових правовідносин у конструктивному аспекті не розглядалась.

Показовою в цьому плані є позиція відомого в Європі німецького правознавця Райнгольда Циппеліуса, який справедливо вважає неможливим змінювати, а тим більше застосовувати за аналогією юридичні склади проступків, що випливають з оподаткування, і з посиланням на одне із рішень Федерального конституційного суду Німеччини відзначає, що податкове право загалом існує „під диктовку законодавця”. Звичайно, в питаннях юридичної відповідальності, зокрема, в сфері оподаткування, застосування закону за аналогією вступає в суперечність із уявленням про склад правопорушення як підставу настання для особи негативних наслідків, передбачених законодавчо.

Разом з тим, йдеться не про створення нових положень шляхом аналогії закону, а про аналогію як прийом тлумачення, який дозволяє встановити дійсний зміст норми. Саме в такому ракурсі необхідно розглядати можливість застосування аналогії закону як прийому тлумачення податкових законів.

У сфері дії цивільного права категорії аналогії закону надається і матеріально-правовий, і процесуально-правовий зміст. У ст. 8 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) аналогія закону розуміється як регулювання цивільних відносин, не врегульованих актами цивільного законодавства, тими нормами цивільного права, які регулюють подібні за змістом цивільні відносин. Цивільно-процесуальний аспект аналогії закону відображений у ст. 4 ЦПК.

Натомість стосовно регулювання за аналогією податкових відносин матеріально-правового припису немає. Але, на наш погляд, для практичних потреб достатньо і положення про застосування закону за аналогією, закріпленого в ч. 7 ст. 9 КАС, із якого непрямо випливає відповідний матеріально-правовий припис, що стосується регулювання податкових відносин.

Відповідно до ч. 7 ст. 9 КАС застосуванню закону за аналогією підлягають закони. Вважаємо, що в цитованій нормі слово „закон” вжито у власному, тобто у вузькому значенні. Натомість є необґрунтованим посилання на необхідність широкого тлумачення терміну „закон”, що вживається у ч. 7 ст. 9 КАС, з метою подолання правової невизначеності, яка суперечить принципу верховенства

права, що знайшов нормативне відображення в частині першій ст. 8 Конституції. Законодавець сам дав указівку щодо способу дій у разі неврегульованості суспільних відносин та неможливості заповнити виявлену прогалину в праві шляхом застосування закону за аналогією: в таких випадках застосовується аналогія права.

З іншого боку, величезна кількість законодавчих положень свідчить про те, що під терміном „закон” (що підлягає застосуванню за аналогією) слід розуміти будь-який нормативно-правовий акт, що прийнятий Верховною Радою та має силу закону (кодекс, основи законодавства).

Потреба в застосуванні закону за аналогією є очевидною з огляду на недостатню опрацьованість податкового законодавства. Так, при прийнятті Закону України „Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами” не було передбачено, що після введення в дію цього Закону втрачають чинність раніше прийняті нормативно-правові акти у сфері відповідальності за порушення порядку сплати окремих податкових платежів. Тому зберіг чинність і Закон України „Про плату за землю”, ст. 18 якого передбачає, що платники земельного податку, яких своєчасно не було залучено до сплати цього податку, сплачують податок не більш як за два попередніх роки. Але порядок обчислення цього строку Законом України „Про плату за землю” не встановлено. Тому для вирішення питання про день, з якого належить обчислювати згаданий дворічний строк, застосовується за аналогією підпункт 15.1.1 пункту 15.1 ст. 15 Закону України „Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами”, який встановлює відліковувати строк давності (1095 днів) для самостійного визначення податковим органом суми податкового зобов'язання платника податків з дня, наступного за останнім днем граничного строку подання податкової декларації, а в разі, коли податкова декларація була подана пізніше, – за днем її фактичного подання.

Розглянемо приклади, коли застосування закону за аналогією до податкових правовідносин є недопустимим.

Відповідно до пп. 15.2.1 п. 15.2 ст. 15 Закону України „Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами” у разі, коли податкове зобов'язання було нараховане податковим органом до закінчення строку давності [...] податковий борг, що виник у зв'язку з відмовою у самостійному погашенні податкового зобов'язання, може бути стягнутий протягом наступних 1095 календарних днів від дня узгодження податкового зобов'язання. Виникає питання про можливість застосування наведеного законодавчого положення за аналогією до випадків самостійного визначення податкового зобов'язання платником податків. Це питання має вирішуватись у наступний спосіб: із пп. 15.2.1 п. 15.2 ст. 15 названого Закону непрямо впливає і при тлумаченні висновком від протилежного виявляється правовий припис, відповідно до якого це законодавче положення не може застосовуватись до випадків, коли податкове зобов'язання самостійно визначене платником податків. З урахуванням цього правового припису слід визнати, що підстави для застосування закону за аналогією у цьому випадку немає, бо такою підставою є відсутність закону, „що регулює відповідні правовідносини” (ч. 7 ст. 9 КАС), а в даному випадку відносини врегульовані: ніякого строку давності для стягнення податкового боргу, що виник у результаті самостійного визначення платником податків податкового зобов'язання, не існує. У зв'язку із вказаним можна сформулювати таке правило: податкові закони можуть застосовуватись за аналогією у випадках, коли висновок від протилежного, зроблений із положення закону, яке передбачається застосувати за аналогією, не усуває потреби у застосуванні закону за аналогією.

Зроблений висновок підтверджується при дослідженні можливості застосування за аналогією положень ЦК про безпідставне набуття або збереження майна без достатньої правової підстави до відносин щодо повернення надміру сплачених податків. Із пп. 15.3.1 п. 15.3 ст. 15 Закону України „Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами” (заяви на повернення надміру сплачених податків, зборів (обов'язкових платежів) або на їх відшкодування у випадках, передбачених податковими законами, можуть бути подані не пізніше 1095 дня, наступного за днем здійснення такої переплати або отримання права на таке відшкодування) непрямо впливає і висновком від протилежного виявляється правовий припис, відповідно до якого у випадках, не передбачених податковими законами, відшкодування надміру сплачених податків взагалі не здійснюється. Це виключає застосування до відносин щодо повернення надміру сплачених податків

(у разі, коли їх повернення не передбачене податковими законами) за аналогією положень Цивільного кодексу щодо безпідставного набуття або збереження майна.

Ще одним підтвердженням зробленого вище висновку є абз. „а” пп. 7.7.2 п. 7.7 ст. 7 Закону України „Про податок на додану вартість” (бюджетному відшкодуванню підлягає частина такого від’ємного значення, яка дорівнює сумі податку, фактично сплаченій отримувачем товарів (послуг) у попередньому податковому періоді постачальникам таких товарів (послуг). Із цього законодавчого положення непрямо випливає і висновком від протилежного виявляється правовий припис, відповідно до якого при визначенні суми податку на додану вартість, що підлягає бюджетному відшкодуванню, не враховується податок на додану вартість, сплачений митному органу для наступного перерахування до бюджету при імпорті товарів. Цей правовий припис перешкоджає застосуванню абз. „а” пп. 7.7.2 п. 7.7 ст. 7 Закону України „Про податок на додану вартість” до випадків сплати податку на додану вартість митному органу.

Застосуванню законів за аналогією перешкоджають і правові приписи, які непрямо впливають із актів податкового законодавства і виявляються при тлумаченні висновком від попереднього правового явища до наступного і навпаки. Так, податкові закони прямо не визначають дня, у який податок вважається сплаченим. Але це питання прямо і чітко вирішується Законом „Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування” стосовно сплати страхових внесків на загальнообов’язкове державне пенсійне страхування. Таким днем відповідно до ч. 9 ст. 20 названого Закону є „день списання установою банку, установою Державного казначейства України суми платежу з банківського (спеціального реєстраційного) рахунку страхувальника незалежно від часу її зарахування на банківський рахунок органу Пенсійного фонду”. Виникає думка застосувати це законодавче положення до податкових правовідносин за аналогією, але це є неможливим з огляду на врегульованість відповідних відносин. Так, підпункт 16.5.1 пункту 16.5 ст. 16 Закону „Про порядок погашення зобов’язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами” встановлює: „За порушення строків перерахування податків, зборів (обов’язкових платежів) до бюджетів або державних цільових фондів, встановлених Законом України “Про платіжні системи та переказ грошей в Україні” банк сплачує пеню за кожний день прострочення, включаючи день сплати, у розмірах, встановлених підпунктом 16.4.1 пункту 16.4 статті 16, та штрафні санкції, встановлені підпунктом 17.1.7 пункту 17.1 статті 17 цього Закону, а також несе іншу відповідальність, встановлену цим Законом, за порушення порядку своєчасного та повного внесення податку, збору (обов’язкового платежу) до бюджету або державного цільового фонду”. А із іншого положення цього ж пункту („при цьому платник податків, зборів (обов’язкових платежів) звільняється від відповідальності за несвоєчасне або неповне зарахування таких платежів до бюджетів та державних цільових фондів, включаючи нараховану пеню або штрафні санкції”) непрямо впливає і висновком від наступного правового явища (звільнення платника податку від відповідальності) до попереднього (обов’язку сплатити податок) виявляється правовий припис, відповідно до якого у таких випадках обов’язок щодо сплати суми податку несе банк. Отже, сума податку вважається сплаченою, якщо кошти з рахунку платника податків були списані банком на підставі платіжного доручення платника податків. При цьому слід враховувати, що „днем подання до установ банків платіжного доручення за всіма видами податкових платежів вважається день його реєстрації у цих установах” (пп. 16.5.2 п. 16.5 ст. 16 Закону України „Про порядок погашення зобов’язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами”), а „платіжні документи клієнтів приймаються банками до виконання виключно за наявності достатнього залишку власних коштів на рахунках таких клієнтів. У разі недостатності коштів на рахунках клієнтів платіжні документи повертаються їх виписувачам без виконання” (пп. 19.3.2. 19.3 ст. 19 того ж Закону), і „банк зобов’язаний виконати доручення клієнта, що міститься в розрахунковому документі, який надійшов протягом операційного часу банку, в день його надходження” (абзац перший ч. 8.1 ст. 8 Закону України „Про платіжні системи і переказ грошей в Україні”).

Зроблений висновок підтверджується і п. 16.3.1 ч. 16.3 ст. 16 Закону „Про порядок погашення зобов’язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами”, який передбачає, що у разі несвоєчасного погашення узгодженого податкового зобов’язання на суму податкового боргу нараховується пеня, нарахування якої припиняється у день прийняття банком платіжного доручення на сплату податкового боргу (раз припиняється нарахування пені, то

законодавець вважає припиненням той обов'язок, прострочення виконання якого було підставою нарахування пені).

Отже, ч. 9 ст. 20 Закону „Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування” не може застосовуватись за аналогією до податкових правовідносин з метою визначення дня погашення податкового зобов'язання, що сплачується шляхом переказу грошей через банк.

Для належного розуміння проблеми застосування закону за аналогією до податкових відносин важливо також відмежовувати таке застосування від застосування положень, включених до податкового законодавства, які мають цивільно-правове походження і тягнуть за собою застосування цивільних актів законодавства.

Йдеться, зокрема про наступне. Пунктом 8.8. ст. 8 Закону „Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами” передбачена можливість укладення договорів податкової поруки. Цей договір укладається між податковим органом і банком-поручителем з метою забезпечення погашення податкового зобов'язання або податкового боргу платника податків. Зрозуміло, що банк-поручитель у таких правовідносинах не перебуває в підпорядкуванні податкового органу, а тому останній у названих правовідносинах не виступає як суб'єкт владних повноважень, що виконує управлінські функції. Остання обставина виключає можливість кваліфікації договору податкової поруки як адміністративного договору. Правовідносини, що виникають на підставі такого договору, є за своєю юридичною природою цивільно-правовими. Але ж положення Цивільного кодексу щодо поруки відповідно до ст. 546, 553 ЦК прямо застосовуються тільки стосовно поруки, якою забезпечується виконання цивільно-правових зобов'язань. До податкової поруки ці положення застосовуються за аналогією на підставі ст. 8 ЦК, а не на підставі ч. 7 ст. 9 КАС.

Таким чином, застосування за аналогією закону обґрунтовується необхідністю заповнення прогалин в правовому регулюванні податкових правовідносин. При цьому даний прийом тлумачення може використовуватись у випадках, коли висновок від протилежного, зроблений із положення закону, яке передбачається застосувати за аналогією, не усуває потреби у застосуванні закону за аналогією. Не підлягають застосуванню за аналогією до податкових відносин закони, якщо цьому перешкоджають правові приписи, які непрямо впливають із актів податкового законодавства і виявляються при тлумаченні висновком від попереднього правового явища до наступного і навпаки.

ЗАКОНОПРОЕКТ ПРО ЗАГАЛЬНООБОВ'ЯЗКОВЕ ДЕРЖАВНЕ МЕДИЧНЕ СТРАХУВАННЯ ТА РЕФОРМА В СИСТЕМІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я

В. Стеценко

*Українська академія бізнесу та підприємництва
(Київ, Україна)*

21 березня 2007 року Комітет з питань соціальної політики та праці Верховної Ради України запропонував прийняти за основу Закону України про загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування проект, внесений народними депутатами України Сухим Я.М., Денисовою Л.Л. та іншими. Йшлося також про відповідне доручення доопрацювати і внести його на розгляд Верховної Ради України у другому читанні з урахуванням окремих положень іншого законопроекту (в частини джерел формування коштів загальнообов'язкового державного соціального медичного страхування, порядку їх надходження та використання), а також зауважень і пропозицій суб'єктів права законодавчої ініціативи.

Згідно проекту, прийнятому за основу майбутнього Закону України про загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування, об'єднуються два види загальнообов'язкового державного соціального страхування: у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими народженням та похованням і медичного страхування. У зв'язку з цим планується перетворити Фонд соціального страхування з тимчасової втрати працездатності у Фонд загальнообов'язкового державного соціального медичного страхування України.

Законопроект розроблено з урахуванням того, що Фонд загальнообов'язкового державного соціального медичного страхування не буде виконувати функції, пов'язані із збором внесків від роботодавців та застрахованих осіб, які збиратимуться одним органом для усіх видів соціального страхування у складі єдиного соціального внеску. Для окремих категорій застрахованих осіб та дітей страхові внески сплачуватимуть місцеві органи виконавчої влади та відповідні фонди загальнообов'язкового державного соціального страхування України (Пенсійний фонд України, Фонд соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань України, Фонд загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття).

Фонд загальнообов'язкового державного соціального медичного страхування повинен буде здійснювати керівництво та управління загальнообов'язковим державним соціальним медичним страхуванням, проводити акумуляцію страхових внесків та інших коштів, призначених для фінансування медичної допомоги, матеріального забезпечення та соціальних послуг, та забезпечувати їх надання, а також здійснювати контроль за використанням цих коштів. Управління Фондом медичного страхування здійснюватиме правління та виконавча дирекція Фонду. Робочими органами Виконавчої дирекції Фонду є її головні управління в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві і Севастополі та страхові каси головних управлінь виконавчої дирекції Фонду.

Таким чином, Фонд акумулює страхові внески і потім здійснює фінансування медичної допомоги, матеріального забезпечення та соціальних послуг.

Отже, що нам дасть дана модель медичного страхування? Чи вплине якимось введенням такого страхування на реформу охорони здоров'я в цілому, і на підвищення якості медичної допомоги зокрема?

Що таке страхування? Страхування – це перш за все, ризик. Ризик для страховика, тому він прагне не допустити ризикових ситуацій. Тому він розробляє для застрахованих програми, що зменшують цей ризик (так скажемо, профілактичні). Це нормально і вигідно всім: і застрахованим, і страховику. Що стосується запропонованої моделі страхування, то це, по суті, соціальний захист населення, здійснюваний у формі страхування. Істотним фактом тут є відсутність всякого ризику у

страхувальника (скільки внесків зібрали – майже стільки ж і заплатили). Зрозуміло, що в таких умовах Фонд не зацікавлений у виборі ефективніших варіантів організації надання медичної допомоги застрахованим, йому не цікаво покращувати умови праці застрахованих, створювати програми, спрямовані на стимулювання збереження здоров'я, профілактику захворювань, розвиток системи медичного забезпечення в цілому.

Серед повноважень виконавчої дирекції Фонду зазначається, що вона має право здійснювати, у особі страхових експертів, контроль за якістю, обґрунтованістю та адекватністю медичної допомоги, у відповідності до характеру хвороби, стану здоров'я та зумовлених цим медичними потребами застрахованих осіб. Але, тут також не зрозуміло, що буде стимулювати Фонд до якісного та об'єктивного ведення даного контролю. Крім того, здійснення вищезазначеного контролю, в даний час, ускладнюється як відсутністю нормативної бази подібного контролю (зокрема, відсутність медичних стандартів – протоколів ведення хворих по амбулаторній допомозі, по стаціонарній допомозі і т.і.), так і відсутністю кваліфікованих експертів, підготовлених за всіма основними спеціальностями.

Чи з'явиться конкуренція серед медичних закладів, і, як наслідок цього, їх бажання підвищувати якість медичного обслуговування в результаті введення даної моделі медичного страхування?

Як відомо, основним економічним стимулом належного виконання своїх обов'язків є гроші, тобто заробітна плата медичних працівників. Але, для бюджетних установ, швидше за все залишиться колишній порядок фінансування через єдину бюджетну тарифікацію, що буде обмежувати заробіток медиків і ніяк не пов'язувати його з кількістю і якістю проведеної роботи, і не дозволять використовувати економічні стимули у роботі.

Стаття 29 Законопроекту передбачає, що «у разі порушення постачальником медичної допомоги умов договору про медичну допомогу, Фонд може відмовити в його укладанні на новий строк». Ймовірно укладачі законопроекту припускали, що це буде певним стимулом для належного виконання медичними закладами умов договору, у тому числі і відносно належного обсягу та якості медичної допомоги. Але, як це можна реалізувати на практиці? А якщо це поліклініка, обслуговуюча населення за місцем проживання, або стаціонар, що є єдиним в даному районі (місті), або спеціалізована лікарня, що має певний ступінь монополії за своїм профілем? В таких випадках Фонд все одно зобов'язаний буде укладати договір про надання медичної допомоги з таким медичним закладом у силу простої відсутності у нього вибору.

Таким чином, навряд чи введення даної моделі державного обов'язкового медичного страхування буде сприяти значному підвищенню якості медичної допомоги, що надається державними та комунальними закладами охорони здоров'я, введенню ними більш ефективних і економічних методів господарювання.

Надалі, як запровадження такого Закону про медичне страхування може вплинути на здоров'я населення країни? Згідно даному законопроекту ні стан здоров'я працівників, ні виробничі чинники, що обумовлюють його (умови праці, екологічна ситуація і т.д.) ніяк не впливають на розмір внесків страхувальників до Фонду обов'язкового медичного страхування. Тому дана система медичного страхування не буде стимулювати охорону здоров'я працівників. Навіщо підприємство буде вкладати гроші в підвищення якості умов праці, поліпшення здоров'я працівників, якщо за працівника який хворіє один раз і менш на рік страховий внесок такий же, як за працівника, що хворує три і більш разів на рік? Тому охорона, збереження і підвищення здоров'я працівників будуть залишатися неважливими для роботодавців.

Не з'явиться економічних стимулів стежити за своїм здоров'ям і у самого населення. Більш того, людям буде навіть вигідно хворіти – адже вони не тільки нічого не платять за лікування, але і отримують виплати по лікарняних листах.

На наш погляд, в рамках обов'язкового медичного страхування необхідно створити механізм стимулювання активності громадян у сфері охорони і збереження власного здоров'я. Громадянин повинен піклуватися про своє здоров'я. І якщо він не робить це за власною ініціативою, його необхідно стимулювати до цього. Наприклад, законодавством Німеччини встановлено, що оплата стоматологічних послуг за рахунок коштів медичного страхування здійснюється лише в тому випадку,

якщо громадянин дотримується зазначених в полісі термінів відвідин стоматолога. У разі пропуску цих строків розмір страхового забезпечення зменшується або воно зовсім не використовується, тому що громадянин не проявив солідарності з рештою застрахованих, не подбав про збереження свого здоров'я, тим самим не тільки піддаючи надмірному ризику себе, але і завищуючи рівень необхідного страхового забезпечення.

В нашій країні також існують певні орієнтовні терміни, в які рекомендується відвідувати того чи іншого лікаря. Проте, людей, які дотримуються цих рекомендацій і проявляють турботу про своє здоров'я, незрівнянно менше, ніж тих, хто вважає, що чим рідше він ходить до лікарів, тим здоровіше буде. Надіятись на те, що люди самі пособі почнуть піклуватися про своє здоров'я, не доводиться. В той час, як у випадку стимулювання їх до цього, за прикладом Німеччини, можна добитися дуже високих результатів.

Таким чином, сучасна система охорони здоров'я безумовно має потребу в реформуванні. Право громадян на кваліфіковану безоплатну медичну допомогу, закріплене Конституцією, залишається в даний час декларативною нормою. На сьогоднішній день більшість людей не може отримувати не тільки безоплатну, але і якісну медичну допомогу. Можливо даний законопроект є першим кроком до виходу сфери охорони здоров'я з глибокої кризи, в якій вона знаходиться. Але, ясно і те, що запровадження даної моделі державного обов'язкового медичного страхування не зможе вирішити усі існуючі в даний час питання в системі охорони здоров'я. І, що найважливіше, не зможе вирішити проблему профілактики захворюваності. В той час як саме профілактика повинна бути найсильнішою стороною в системі охорони здоров'я, і бути головною складовою збереження здоров'я населення країни.

ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ УСМОТРЕНИЯ В ГОСУДАРСТВЕННОЙ СЛУЖЕБНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

О. Чуприс

*Белорусский государственный университет
(Минск, Беларусь)*

Усмотрение в государственной служебной деятельности применяется в отдельных случаях, когда имеется либо пробел в правовом регулировании, либо есть необходимость в творческом применении правовых норм или государственным служащим предоставлена возможность самостоятельного регулирования отношений. Его общим условием выступает отсутствие прямых предписаний.

Однако в силу наличия своеобразного диспозитивного регулирования, исходящего из комплексно-системного характера метода правового регулирования отношений государственной службы, усмотрение зачастую носит либо ограниченный, либо, напротив, обязательный характер.

Так, усмотрение может быть ограничено императивными рамками (ограниченная диспозитивность) в соответствии с предписаниями, установленными Законом Республики Беларусь «О государственной службе» (далее – «Закон»). Ст. 11 Закона установлено, что государственным служащим присваиваются классы, но с учетом занимаемой должности (пределы нумерации классов ограничены наименованием и статусом должности, а также видом государственного органа); а в соответствии с абз. 3 ч. 1 ст. 13 Закона дополнительными условиями ограничены возможности руководителя по присвоению более высокого класса по сравнению с предусмотренным по должности.

Применение обязательной диспозитивности связано с понуждением к усмотрению, когда правовыми нормами предписывается обязательность принятия решения, совершения действий по своему усмотрению при соблюдении предписанных принципов. Так, Директивой Президента Республики Беларусь № 2 от 27.12.2006 г. «О мерах по дальнейшей де бюрократизации государственного аппарата» установлено, что «в случае неясности или нечеткости предписаний правового акта решения должны приниматься исходя из максимального учета интересов граждан». Это означает, что при обращении гражданина к государственному служащему для решения затрагивающего его интересы вопроса, и в случае наличия пробела в праве, государственный служащий не вправе отказать ему в принятии решения, основываясь на усмотрении, а обязан его принять, причем, применив такие правовые нормы, которые бы позволили максимально учесть интересы обратившегося гражданина. Толкование данных норм дает основание утверждать, что государственному служащему необходимо применять любые не противоречащие закону средства как правовые, так и организационные, чтобы в полной мере создать условия для реализации и защиты прав граждан (организаций). Установление подобных правил не случайно. Ибо чиновнику гораздо выгоднее, используя императивность, либо буквально применить правовую норму, либо не применять ее вовсе, обосновывая нечеткостью, неясностью правового регулирования или отсутствием правового регулирования данных отношений, чем, проявляя инициативу, «создавать» новое право, порождать неспецифические отношения. Поэтому в подобных случаях роль государства видится в том, чтобы заставить чиновников применять усмотрение, в интересах населения. В этой связи целесообразно в законодательстве установить правило о том, что никто не может не получить полного и объективного ответа на свой вопрос и по своей проблеме при обращении в государственные органы. Это правило вытекает также из анализа целевого назначения Директивы Президента Республики Беларусь № 1 от 11 марта 2004 г. «О мерах по укреплению общественной безопасности и дисциплины», а также ст.ст. 6, 8, 9, 11, 12, 15 Закона Республики Беларусь «Об обращениях граждан». С помощью обязательной диспозитивности (усмотрения) государство не регулирует конкретные отношения, а устанавливает тенденции их регулирования, занимая позицию наблюдателя за целесообразностью и законностью действий государственных служащих при осуществлении ими работы с гражданами.

Этот вид диспозитивности, используемый при усмотрении, основан на методах конституционного права, дополненных административным правовым регулированием. Но применение обязательной диспозитивности, усиленной императивным способом, должно носить узкоограниченный характер: применяться в крайне редких случаях, чтобы избежать дисбаланса методов правового регулирования в пользу императивности. Применение императивного способа в дополнение к диспозитивному должно быть ограничено критерием ситуационности. Императивное стимулирование диспозитивного метода при усмотрении следует применять для достижения наиболее значимых целей в государстве, для решения приоритетных задач. В современных условиях в соответствии со ст. 2 Конституции Республики Беларусь это – человек, его права, свободы и гарантии их реализации. Широкое применение обязательной диспозитивности за счет ограниченной или собственно диспозитивности может привести к напряженной обстановке в государственной служебной деятельности, резкому снижению творческого компонента, «зарегулированности» отношений и в конечном итоге – снижению эффективности государственной службы.

Поэтому в государственной службе используется и собственно усмотрение без дополнительных предписывающих норм, когда принятие решений связывается с инициативой государственных служащих, основывается на их внутренних убеждениях, исходящих из субъективного анализа обстоятельств, событий, личности и т.д., без внешнего воздействия, но в рамках правового регулирования (например, применение руководителем в пределах предоставленных полномочий любой формы и вида стимулирования деятельности государственных служащих (поощрение, ответственность) исходя из их конкретных заслуг или нарушений, с учетом личности служащего, обстоятельств и т.д.).

Применение собственно усмотрения в государственной службе быть расширено. Оно видится в предоставлении руководителям более широких возможностей для самостоятельного разрешения конкретных отношений, возникающих внутри организации. Так, в частности, применительно к установлению доплат за ученые степени и звания государственным служащим, регулируемых императивным путем ч.16 ст. 48 Закона и в развитие точки зрения Кеник К.И. о необходимости равного подхода к государственным служащим и лицам, работающим в научных и учебных заведениях, следует предложить следующее решение. О равенстве можно говорить лишь в том случае, когда государственный служащий действительно в процессе своей работы вносит конкретный научный вклад, который имеет конкретный результат и отличается по своему характеру от аналогичных результатов высокой степенью научности, инновации, несет практическую значимость. Установление доплат за прошлые заслуги нецелесообразно. В связи с этим, отходя от принципа императивного регулирования данных отношений, заложенного в действующем законе (установление фиксированных надбавок, рассчитанных в процентном отношении к расчетному должностному окладу), целесообразно предоставить руководителю право устанавливать надбавки персонально с учетом личного научного вклада государственного служащего в пределах размеров, предусмотренных нормативными актами. При этом нужно иметь ввиду, что в отдельных государственных органах деятельность непосредственно связана с проведением научных исследований (например, Конституционный Суд). Соответственно, надбавки в них следует устанавливать всем государственным служащим, имеющим ученые степени. Размер же их будет определяться руководителем.

Таким образом, применение различных видов усмотрения в государственной служебной деятельности связывается с многовариантностью форм диспозитивности в ней, усиленных императивными средствами, разнообразные примеры правового закрепления которых можно обнаружить в законодательстве различных государств. Конечная цель подобного регулирования применения усмотрения – эффективность государственной службы.

ТЛУМАЧЕННЯ НОРМ ПРО ПРАВА СПОЖИВАЧА

О. Зверєва

*Донецький університет економіки та права
(Донецьк, Україна)*

Сьогодні Закон України «Про захист прав споживачів» (далі Закон) виділяє два види недоліків у придбаному товарі: “недолік” та “істотний недолік”. Недолік – це “будь-яка невідповідність товару вимогам нормативно-правових актів і нормативних документів, умовам договорів або вимогам, що пред’являються до нього, а також інформації про товар, наданої виробником (виконавцем, продавцем)”.

Під істотним недоліком товару (роботи, послуги) Закон розуміє такий недолік, що: унеможливорює або робить неприпустимим використання товару відповідно за його цільовим призначенням; не може бути усунутий; виявляється знову після усунення; вимагає великих витрат для усунення; у значній мірі позбавляє споживача того, на що він вправі був розраховувати при укладанні договору.

Таким чином, якщо товар має хоча б один з перерахованих вище ознак, якість товару варто вважати неналежною, а товар таким, що має істотний недолік. При цьому факт неможливості усунення недоліку може бути встановлений тільки експертним дослідженням. Однак, зроблений нами висновок піддається сумніву практикою. Так, МПП «СИНТЭЛ» салон-магазин побутової техніки «Новий вітер» звертається в Головне Донецьке обласне управління у справах захисту прав споживачів з листом за № 41 від 23.04.07 р. із проханням дати роз’яснення як варто розуміти термін істотний недолік – недолік, що унеможливорює або робить неприпустимим використання товару за призначенням **ТА** виник з вини виробника (продавця, виконавця) **ТА** після його усунення виявляється знову (**тобто обов’язково повинний бути як мінімум не першим ремонтом**) **ТА** наділений хоча б одним з ознак: 1) він узагалі не може бути усунутий; 2) його усунення вимагає більше 14 днів; 3) робить товар істотно іншим ніж передбачено договором.

Тобто факт невиконання ремонту сервісним центром протягом 14 днів не є однозначною ознакою істотного недоліку, а повинні бути ще інші ознаки істотного недоліку: неможливість використання **ТА** вина виробника **ТА** повторний ремонт. При цьому, до запиту була додана Процедура повернення і компенсації вартості товару, ремонт якого неможливий або від якого відмовився споживач на підставі Закону, що був введений у дію Samsung electronics з 10.01.2005 р. Саме зазначена Процедура трактує поняття істотного недоліку в такий спосіб як це сформульовано в запиті МПП «СИНТЭЛ».

Отже, споживач, якому проданий товар неналежної якості, якщо це не було обговорено продавцем, має визначені права, установлені Законом, спрямовані на забезпечення реалізації споживачем його права на одержання товару належної якості. Однак, права споживачів регламентуються не тільки Законом, але і Цивільним кодексом України (далі ЦКУ). І тут із правами споживача при придбанні товару неналежної якості починається повна плутанина. Відповідно до положень Статті 708 параграфу 2 глави 54 ЦКУ, у випадку виявлення покупцем протягом гарантійних або інших термінів, встановлених обов’язковими для сторін правилами або договором, недоліків, не обговорених продавцем, або фальсифікації товару покупець має право за своїм вибором: 1) жадати від продавця або виготовлювача безоплатного усунення недоліків товару або відшкодування витрат, понесених покупцем або третьою особою, на їхнє виправлення; 2) жадати від продавця або виготовлювача заміни товару на аналогічний товар належної якості або на аналогічний товар іншої моделі з відповідним перерахунком у випадку розходження в ціні; 3) жадати від продавця або виготовлювача відповідного зменшення ціни; 4) відмовитися від договору і вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми.

Як бачимо, ЦКУ практично зберіг положення старої редакції Закону, що діяла до 01.12.2005 р. Представляється, що подібна редакція в значно більшій мірі захищає інтереси споживача, у той час як положення діючої редакції ст. 8 Закону скоріше спрямовані на захист інтересів виробника і продавця, ніж на захист прав споживача.

Отже виникає питання: так які ж права є в споживача при придбанні товару неналежної якості? Тобто на практиці треба вирішувати проблему тлумачення правової норми. Як відомо, проблемою співвідношення «загального» і «спеціального» законів правознавці займалися протягом багатьох сторіч та у своїх роботах застосовували принцип «спеціальний закон має пріоритет над загальним законом». Здавалося б, що існуючі розробки в юридичній науці дозволяють вирішити виникле протиріччя. Так, якщо порівнювати ЦКУ і Закон безперечно, ЦКУ – загальний нормативний акт, що ж стосується Закону – це спеціальний нормативний акт, що регламентує винятково відносини за участю споживача з приводу придбання товарів, робіт, послуг для особистого споживання не зв'язаного із здійсненням підприємницької діяльності. Отже при виникненні яких-небудь колізій варто керуватися Законом.

Але чи допомагає дане правило для вирішення конкретної колізії, що виникла в законодавстві з приводу прав споживача у випадку придбання товару неналежної якості? Параграф 2 глави 54 ЦКУ, так само як і Закон регламентує винятково відносини із споживачами з приводу придбання товарів робіт послуг для особистого споживання не зв'язаного з підприємницькою діяльністю. Більш того, ст. 8 Закону і ст. 708 ЦКУ навіть називаються практично однаково «Права споживача у випадку придбання товару неналежної якості». І в той же час ст. 8 Закону, але вже не за назвою, а за змістом повторює ст. 678 ЦКУ «Правові наслідки передачі товару неналежної якості», що регламентує відносини, які виникають за межами роздрібної купівлі-продажу.

У такій ситуації виникає питання: так яка ж норма права в даному випадку є спеціальною? Якою ж нормою права необхідно керуватися споживачеві у випадку придбання товару неналежної якості? Якою нормою права необхідно керуватися продавцеві у випадку звертання до нього споживача з приводу придбання товару неналежної якості?

Відповідь на наше питання дає аналіз положень розділу 54 ЦКУ. По-перше, глава 54 ЦКУ містить загальні положення про купівлю-продаж (параграф 1) і норми про роздрібну купівлю-продаж (параграф 2). П. 4 ст. 678 ЦКУ встановлює: Положення цієї статті застосовуються, якщо інше не встановлене цим Кодексом або іншим законом. Отже, пріоритет віддається спеціальним нормам. По-друге, п. 3 ст. 698 ЦКУ встановлює: До відносин за договором роздрібної купівлі-продажу за участю покупця – фізичної особи, не урегульованих цим Кодексом, застосовується законодавство про захист прав споживачів. Таким чином, простежується наступна ієрархія застосування норм про роздрібну купівлю-продаж: спеціальні норми ЦКУ, загальні положення про купівлю-продаж, законодавство про захист прав споживачів. До такого ж висновку приходять Парцій Я.Е. у коментарі до ст. 18 Закону Російської Федерації «Про захист прав споживачів» (далі Закон РФ) з посиланням на п.3 ст. 492 Цивільного кодексу РФ, що містить норму, аналогічну п. 3 ст. 698 ЦКУ. Отже, на даний час у випадку виявлення покупцем недоліків у придбаному товарі, він повинний керуватися положеннями ст. 708 ЦКУ, і вимагати на свій розсуд ремонту товару, його заміни, або відмовитися від договору, і вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми.

Якщо ми вирішили дану проблему на теоретичному рівні, і споживач захищений належним чином з урахуванням положень ЦКУ виникає наступне питання: по якому шляху йде практика застосування законодавства про захист прав споживачів? Якими ж правами користується споживач у випадку придбання товару неналежної якості на практиці? Не викликає сумніву той факт, що при звертанні споживача до продавця йому вкажуть на положення Закону і повідомлять про його право тільки на ремонт товару, відшкодування вартості ремонту або зменшення покупної ціни.

У відповіді на вищезгаданий запит МПП «СИНТЕЛ» Головне Донецьке обласне управління у справах захисту прав споживачів дало роз'яснення за № 02.16-4523 від 08.05.2007 р. у якому вказало, що згідно ч. 3 п. 9 ст. 8 Закону, у випадку повторного ремонту понад 14 днів недолік визнається «істотним» і споживач має право за своїм вибором пред'явити продавцеві (виробникові) інші вимоги, передбачені ч. 1 ст. 8 Закону. Даючи ж роз'яснення з приводу «істотного недоліку» Держспоживстандарт України листом № 4701-77/18 від 07.06.2007 р. повідомив, що ст. 8 Закону містить істотні протиріччя які можна усунути тільки після внесення відповідних змін у Закон.

Представляється, що в регламентації відносин за участю рядового громадянина (у даному випадку – споживача) законодавцеві слід більш виважено, продумано і чітко відноситися до формулювань діючого законодавства, адже невірне тлумачення правових норм на практиці може призвести (та приводить) до порушення прав споживачів.

ПРАВОВЕ СТАНОВИЩЕ ТА ЕКОНОМІЧНІ ІНТЕРЕСИ ЧЛЕНІВ СПОЖИВЧИХ ТОВАРИСТВ

М. Мацько

*Львівська комерційна академія
(Львів, Україна)*

Будь-який кооператив засновується в результаті об'єднання громадян, що стають його членами і мають на меті задовольняти в першу чергу свої економічні інтереси. Згідно зі статтею 6 Закону України „Про кооперацію” від 10 липня 2003 р. кооператив є первинною ланкою системи кооперації і створюється внаслідок об'єднання фізичних та / або юридичних осіб на основі членства для спільної господарської та іншої діяльності з метою поліпшення свого економічного стану.

Предметом нашого дослідження є членство в споживчій кооперації як однієї з типів кооперації. Споживча кооперація відповідно до ст. 1 Закону України „Про споживчу кооперацію” від 10 квітня 1992 р. є добровільне об'єднання громадян для спільного ведення господарської діяльності з метою поліпшення свого економічного та соціального стану. Закон встановлює, що членство у споживчому товаристві може бути індивідуальним і колективним. Нами аналізується членство індивідуальне. Індивідуальними членами споживчих товариств можуть бути громадяни, які досягли 16-річного віку і виявили бажання брати участь у здійсненні цілей і завдань споживчого товариства.

Члени споживчих товариств, як громадяни нашої держави, наділені Конституцією України повнотою основних прав і свобод. Крім конституційних прав і свобод, вони мають ще додаткові права, що зумовлюються їх членством у кооперативі.

Закон „Про споживчу кооперацію” і Примірний статут споживчого товариства, що його затверджено ХУІІІ (позачерговим) з'їздом споживчої кооперації України 19 грудня 2000 р. (з наступними змінами і доповненнями) для членів споживчих товариств передбачають такі права:

а) брати участь у діяльності споживчого товариства, обирати і бути обраним до його органів управління і контролю, вносити пропозиції щодо поліпшення діяльності споживчого товариства та усунення недоліків у роботі його органів та посадових осіб;

б) одержувати кооперативні виплати та виплати на пай з доходу (прибутку), що розподіляється за результатами господарсько-фінансової діяльності за рік між членами споживчого товариства, відповідно до їх пайових внесків та права на пай (частку) у майні споживчого товариства, а також виплати за участь у спільному господарюванні;

в) використовувати можливості гарантованого збуту на договірних засадах продукції особистого господарства та промислу через заготівельні й торговельні підприємства споживчої кооперації;

г) здавати кооперативним підприємствам у першочерговому порядку сільськогосподарську продукцію та сировину для переробки на давальницьких умовах;

д) бути прийнятим у першочерговому порядку на роботу в споживче товариство, відповідно до освіти, професійної підготовки та з урахуванням потреби в кадрах;

е) здобувати освіту в навчальних закладах споживчої кооперації за цільовими направленнями.

Загальні збори (збори уповноважених) можуть встановлювати для членів споживчого товариства й інші переваги, а також пільгові умови користування послугами кооперативних підприємств та установ.

Статутним правам членів споживчих товариств кореспондують такі їх обов'язки:

а) виконувати вимоги статуту споживчого товариства, рішення загальних зборів (зборів уповноважених) членів кооперативу, виборних органів управління і контролю;

б) виконувати свої зобов'язання перед споживчим кооперативом, пов'язані з участю в його діяльності;

в) берегти об'єкти права власності споживчого товариства, не допускати безгосподарного та недбайливого користування кооперативним майном.

Переліченими правами й обов'язками в основному визначається правовий статус членів споживчих товариств.

Стосовно економічних інтересів членів споживчих товариств підставно буде зазначити, що вони не є суб'єктами права власності споживчої кооперації, як про це зазначено в п.6 статті 9 Закону України «Про споживчу кооперацію». Відповідно до п. 5 статті 111 Господарського кодексу України власність (у розумінні об'єктів права власності) споживчої кооперації складається з власності споживчих товариств, спілок (об'єднань) та їх спільної власності і є однією з форм колективної власності. Кожний член споживчого товариства має свою частку в його майні.

Між споживчим товариством та його членами відбуваються засновані на членстві зобов'язальні відносини. Члени кооперативу відповідають в межах внесеного паю. Пай кожного члена кооперативу формується за рахунок разового внеску або часток протягом певного періоду. Його розмір, таким чином, залежить від фактичного внеску коштів до пайового фонду. У разі вибуття з кооперативу його член має право на одержання своєї загальної частки натурою, грошми або (за бажанням) цінними паперами, відповідно до їх вартості на момент вибуття. Розмір виплати на паї конкретизується в пункті 1.3.12. “Положення про організацію пайового господарства споживчої кооперації України”, що його затверджено постановою четвертих зборів Ради Укоопспілки дев'ятого скликання 24 січня 2007 р. Ним визначено, що розмір виплат на паї встановлюється рішенням загальних зборів членів споживчого товариства після відрахувань обов'язкових коштів на формування і поповнення його фондів. Загальна сума виплат на паї не може перевищувати 20 відсотків доходу, передбаченого для розподілу.

Крім виплати на паї члени споживчого товариства мають право ще й на інші виплати, а саме: на кооперативні виплати. Кооперативні виплати, відповідно до пункту 1.3.12. названого Положення являють собою частину доходу споживчого товариства, що розподіляється між членами споживчого товариства пропорційно до їх участі в господарській діяльності кооперативу, у порядку, визначеному рішенням його вищого органу управління. Участь члена товариства в його діяльності полягає зокрема: а) у придбанні товарів в об'єктах роздрібної торгівлі та харчування споживчого товариства; б) у формуванні фінансових ресурсів товариства.

Кооперативні виплати виплачуються членам товариства в 45-денний термін після закінчення звітного кварталу, а за четвертий квартал виплачуються до 30 березня наступного за звітним року.

На відродження члена споживчого товариства, як реального господаря, посилення його участі в діяльності споживчого товариства, подальше зміцнення демократичних засад споживчої кооперації, розвиток нових форм спільного господарювання на принципах добровільності і взаємодопомоги та забезпечення на цій основі захисту соціальних і економічних інтересів членів споживчих товариств спрямована “Програма завершення розмежування і закріплення власності в споживчій кооперації України (Укоопспілки)”, що її затверджено постановою XVIII (позачергового) з'їзду споживчої кооперації України 19 грудня 2000 р. (з наступними змінами і доповненнями). Серед нових важливих положень цієї Програми є таке: за згодою власника (власників) будь-якого підприємства споживспілки член споживчого товариства може стати співвласником підприємства, за винятком підприємств, з іноземними інвестиціями, пенсійних фондів, навчальних, лікувально-оздоровчих закладів та деяких інших об'єктів.

Предметом обговорення п'ятих зборів Ради Укоопспілки дев'ятого скликання, що відбулися 21 листопада 2007 р., було питання “Про посилення стимулювання участі пайовиків у господарсько-фінансовій діяльності споживчих товариств та їх спілок”. В ухваленій постанові “Про господарсько-фінансову діяльність у 2007 році та основні напрями економічного і соціального розвитку споживчої кооперації України у 2008 році” накреслено завдання нарощувати оборотні кошти за рахунок прибутку, пайових внесків членів споживчих товариств, прискорення оборотності товарів. Разом з тим намічено в усіх ланках системи укомплектувати посади спеціалістів-організаторів з кооперативної роботи, які працюватимуть над удосконаленням форм, методів організаційно-кооперативної роботи, зміцненням зв'язків органів кооперативного управління і контролю з членами споживчих товариств, підвищенням їхньої заінтересованості в діяльності господарюючих суб'єктів системи.

Як позитивне в системі споживчої кооперації в останній період варто відзначити підвищення рівня ефективності господарювання. За 10 місяців 2007 р. отримано понад 83 млн. грн. прибутку, або у два рази більше, ніж за відповідний період 2006 р. Майже 94% суб'єктів господарювання забезпечують беззбиткову діяльність. Однак у системі продовжується скорочення чисельності працівників, особливо у Львівській та деяких інших облспоживспілках. У більшості облспоживспілок темпи зростання праці значно відстають від темпів зростання заробітної плати. Тому невідкладною є проблема стабільності кадрів, а отже, зменшення відпливу працівників з організацій і підприємств системи споживчої кооперації. У нерозривному зв'язку з давньою проблемою захисту прав та інтересів членів споживчих товариств перебуває проблема підвищення рівня захищеності інтересів і прав споживчої кооперації. Якщо права й інтереси членів споживчих товариств значною мірою захищають органи управління споживчих товариств та їх спілок і, звичайно, суди, то захисту прав та інтересів споживчої кооперації України більшу увагу повинна приділяти держава з огляду на важливість соціальної функції, яку ця кооперація виконує.

Питання про державну підтримку споживчої кооперації, про її право власності, про захист прав і задоволення потреб споживчих товариств повинні бути вирішені в законі України "Про внесення змін до Закону України "Про споживчу кооперацію", проект якого вже обговорювався в Українському парламенті, але до цього часу Закон не ухвалено.

ТЛУМАЧЕННЯ ЗМІСТУ Ч. 1 СТ. 413 ЦК УКРАЇНИ ЩОДО ПІДСТАВ ВИНИКНЕННЯ СУПЕРФІЦІАРНОГО ПРАВА

О. Михайленко

*Запорізький національний університет
(Запоріжжя, Україна)*

Глава 34 ЦК України регламентує новий для вітчизняного цивільного законодавства інститут права користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіції). „Superficies” буквально означає все те, що щільно пов’язане з поверхнею землі, а у юридичному сенсі цей термін вживається для визначення права особи на користування чужою земельною ділянкою шляхом її забудови промисловими, побутовими, соціально-культурними, житловими та іншими спорудами і будівлями. Крім визначення суперфіції, частина 1 ст. 413 ЦК України містить регламентацію підстав його виникнення – договір та заповіт.

За договором про встановлення суперфіцію власник земельної ділянки, відведеної під забудову (або розташування об’єктів промисловості), на певний (або на невизначений) строк передає землекористувачеві (суперфіціарію) право володіння та цільового користування цією земельною ділянкою (її частиною) для будівництва та експлуатації побутових, соціально-культурних, житлових (або промислових) споруд і будівель за плату (або безоплатно), залишаючи за собою право власності на дану земельну ділянку.

Відповідно до запропонованого визначення сторонами договору про встановлення суперфіцію, є власник земельної ділянки (її частини) та особа, яка виявила бажання користуватися нею (землекористувач, суперфіціарій). Право на надання земельної ділянки у користування на умовах суперфіцію є виключним – належить лише власнику (співвласникам) та не поширюється на її законного володільця, оскільки встановлення суперфіцію спричиняє суттєве обмеження права власності. Під забудову або розміщення об’єктів промисловості можуть бути відведені землі з приватного, комунального або державного земельного фонду (глава 6 та ч. 2 ст. 66 ЗК України), тому на боці власника при укладанні договору про встановлення суперфіцію може виступати фізична особа (громадянин України, а відповідно до ч.ч. 2 та 3 ст. 81 ЗК України також і іноземець, особа без громадянства), юридична особа національного права (ч. 1 ст. 82 ЗК України) чи іноземна (ч. 2 ст. 82 ЗК України) незалежно від її організаційно-правової форми, територіальна громада (ст. 83 ЗК України), держава (ст. 84 ЗК України), які діють в особі уповноважених ними органів.

Іншою стороною договору є особа, яка виявила бажання користуватися земельною ділянкою з метою будівництва та експлуатації будівель і споруд (землекористувач, суперфіціарій). Ним може бути фізична особа (громадянин України, іноземець, особа без громадянства), юридична особа приватного чи публічного права, незалежно від її організаційно-правової форми чи територіальна громада. Землекористувачем може виявитися й іноземна держава (за аналогією до ст. 85 ЗК України), а також держава Україна. Хоча ч. 2 ст. 2 ЦК України визнає державу рівним учасником цивільних відносин, в т.ч. і речово-правових, але при виникненні у держави потреби отримання земельної ділянки під будівництво, наприклад, будівель та споруд для органів державної влади, правовий механізм суперфіцію, напевне, не застосовуватиметься, а наявна потреба задовольнятиметься шляхом викупу земельної ділянки у фізичної або юридичної особи для суспільних потреб (ст. 146 ЗК) або шляхом передання відповідної земельної ділянки з комунальної до державної власності.

Об’єктом суперфіцію є право користування земельною ділянкою, яка відповідно до ст. 19 ЗК України належить до категорії земель житлової та громадської забудови або промисловості, та на праві власності належить будь-якому суб’єктові цивільного права (фізичній, юридичній особі, територіальній громаді, державі). В суперфіції може передаватися й частина такої ділянки, про що повинно бути прямо зазначено в договорі, до якого невід’ємною частиною повинна додаватися схема ділянки з визначенням на ній тієї частини, яка передається у користування на умовах суперфіцію.

При встановленні суперфіцію важливе значення має категорія земельної ділянки. Якщо емфітевзис може встановлюватися лише щодо ділянки сільськогосподарського призначення, то суперфіцій – стосовно ділянки, яка віднесена до земель житлової та громадської забудови або промисловості. До земель житлової та громадської забудови належать земельні ділянки в межах населених пунктів, які використовуються для розміщення житлової забудови, громадських будівель і споруд, інших об'єктів загального користування (ст. 38 ЗК України). Громадянами земельні ділянки даної категорії земель можуть використовуватися для будівництва і обслуговування жилого будинку, господарських будівель та гаражного будівництва. Юридичними особами, насамперед, житлово-будівельними (житловими), гаражними кооперативами, – для житлового, гаражного будівництва, управління багатоквартирними жилими будинками.

Крім земель житлової та громадської забудови, у населених пунктах мають місце земельні ділянки іншого призначення, в т.ч. і промисловості. До земель промисловості належать землі, надані для розміщення та експлуатації основних, підсобних і допоміжних будівель та споруд промислових, гірничодобувних, транспортних та інших підприємств, їх під'їзних шляхів, інженерних мереж, адміністративно-побутових будівель, інших споруд (ч. 1 ст. 66 ЗК України). Місцезнаходження земельної ділянки не має значення, вона може бути розташована в межах населених пунктів як міського (міст республіканського, обласного, районного підпорядкування й селищ міського типу), так і сільського типу (сіл і селищ).

Предметом договору про встановлення суперфіцію є надання землекористувачеві права володіння та користування чужою земельною ділянкою для її забудови (або розміщення об'єктів промисловості) та подальшої експлуатації зведених будівель і споруд. Право власності на земельну ділянку за даним договором не переходить. Але землекористувач набуває право власності на будівлі (споруди), споруджені на земельній ділянці, переданій йому для забудови (ч. 2 ст. 415 ЦК України).

Даний договір є консенсуальним, відплатним (безвідплатним), строковим (безстроковим), каузальним. Істотним умовами даного договору є умови про предмет, ціну, строк дії (якщо договір не встановлений на невизначений строк), інші права та обов'язки сторін, в т.ч. ті, які виникають при припиненні права користування та форма договору.

Мета договору про встановлення суперфіцію полягає у використанні чужої земельної ділянки для забудови побутовими, соціально-культурними, житловими, іншими спорудами й будівлями або для розміщення об'єктів промисловості та їх експлуатації. Житловою забудовою є земельна ділянка, у межах якої розміщується житловий фонд. Громадською забудовою є земельна ділянка, на якій розташовані будинки та споруди громадського призначення (будинки дитячих дошкільних закладів, будинки навчальних закладів, будинки та споруди для охорони здоров'я та відпочинку, фізкультурно-оздоровчі та спортивні будинки, будинки підприємств торгівлі та громадського харчування, побутового обслуговування населення тощо). Розміщенням об'єктів промисловості, виходячи зі змісту ч. 1 ст. 66 ЗК України, є розташування основних, підсобних та допоміжних будівель і споруд підприємств, їх під'їзних шляхів, інженерних мереж, адміністративно-побутових будівель, інших споруд з метою їх експлуатації. Вид та призначення будівлі, споруди мають бути прямо визначені в договорі про встановлення суперфіцію. Землекористувач набуває право власності на будівлі, споруди, споруджені на земельній ділянці, переданій йому під забудову (ч. 2 ст. 415 ЦК України).

Однією з істотних умов даного договору є його форма. Договір має укладатися у письмовій формі (ч. 1 ст. 206 ЦК України), згідно п. „г” ч. 1 ст. 4 Закону України „Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обмежень” від 01.07.2004 р., суперфіціарне право підлягає обов'язковій державній реєстрації.

Підставою виникнення суперфіцію може бути і заповіт. Установити право користування у заповіті може лише фізична особа (громадянин України, іноземець, особа без громадянства), яка є власником земельної ділянки. Спадкоємцями ж можуть бути фізичні та юридичні особи, територіальна громада, а також держава. Але факту наявності заповіту для виникнення емфітевтичного права не достатньо, спадкоємцеві належить укласти односторонній правочин – прийняти спадщину у строки та в порядку, передбаченому законодавством, та здійснити державну реєстрацію встановленого на його користь права. Отже, для виникнення суперфіцію на підставі заповіту необхідна сукупність юридичних фактів: існування в заповідача права власності на земельну

ділянку, яка належить до категорії земель житлової, громадської забудови чи промисловості; наявність заповіту, який відповідає вимогам закону (щодо особи заповідача, форми, змісту, порядку посвідчення); зазначення у змісті заповіту усіх відомостей, необхідних для виникнення суперфіцію (об'єкт, мета, строк тощо); прийняття спадщини спадкоємцем в порядку та строки, передбачені законом; державна реєстрація виникнення суперфіціарного права органом державної реєстрації прав, де зареєстровано право власності на земельну ділянку на підставі подання спадкоємцем свідоцтва про право на спадщину та інших документів, передбачених Законом України „Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обмежень” та внесення відповідних відомостей до державного реєстру.

Як справедливо зазначив О.А. Підпригора, суперфіціарне право може бути також встановлене законом, зокрема, в суспільних інтересах, або рішенням суду за позовом заінтересованої особи про надання їй права користування чужою земельною ділянкою для забудови за наявності підстав, необхідних для задоволення такого позову, хоча такі підстави його виникнення прямо і не зазначені у ч. 1 ст. 413 ЦК України.

ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ МОМЕНТА ВОЗНИКНОВЕНИЯ РОДИТЕЛЬСКОГО ПРАВООТНОШЕНИЯ

П. Рагойша

*Национальный центр законопроектной деятельности при Президенте Республики Беларусь
(Минск, Беларусь)*

Право быть родителем, либо право на материнство или отцовство, относится к числу личных неимущественных прав и является естественным правом, присущим каждому. С юридической точки зрения данное право возникает с момента возникновения субъекта права, то есть момента рождения, и является неотъемлемым, возможность же его реализации обусловлена достижением индивидом физиологического состояния, обеспечивающего способность к воспроизводству: уровнем его половой зрелости и состоянием репродуктивного здоровья. В силу изложенного право на материнство (отцовство) не зависит от дееспособности лиц, его осуществление не может быть ограничено формальными (достижение определенного возраста) или неформальными условиями.

Международное и белорусское право наделяют ребенка правосубъектностью с момента рождения. Поскольку родительские правоотношения не могут существовать в отсутствие объекта права, право на материнство (отцовство) можно рассматривать как единство двух составляющих: права стать родителем (репродуктивные права) и права быть родителем (родительские права). При этом родительские права вытекают из репродуктивных прав и обусловлены их реализацией.

Родительским правам и обязанностям в рамках общих семейно-правовых исследований, а также работ в области гражданского, гражданского процессуального и конституционного права уделялось внимание видными белорусскими учеными-правоведами (Н.Г. Юркевич, В.Ф. Чигир, В.Г. Тихиня, Г.В. Василевич, В.Г. Голованов, В.В. Подгруша, С.П. Кацубо, Т.Е. Чумакова, В.Н. Яцкевич, Г.В. Яковлева и др.). Вместе с тем, в Беларуси отсутствуют монографические исследования, посвященные теории родительских прав и обязанностей, а имеющиеся публикации в юридической печати носят преимущественно прикладной и популярный характер.

В рамках анализа содержания родительских прав и обязанностей по отношению к ребенку актуальной является проблема дефиниции момента их возникновения. Ранее действовавшее законодательство не позволяло однозначно установить, какой момент является отправной точкой материнства (отцовства), в силу чего этот вопрос в семейно-правовых исследованиях детально не рассматривался.

Согласно части первой ст. 50 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье (далее – КоБС) «Основания возникновения прав и обязанностей родителей и детей», взаимные права и обязанности родителей и детей основываются на происхождении детей, удостоверенном в установленном законом порядке. Это положение было дословно воспринято из одноименной ст. 50 Кодекса о браке и семье Республики Беларусь от 13 июня 1969 г., в свою очередь воспроизводившего положения ст. 16 Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье от 1 октября 1968 г.

Наряду с такой общей формулировкой брачно-семейное законодательство не содержало иных положений, регламентирующих сроки возникновения родительских правоотношений. Такая лаконичность законодателя приводит некоторых исследователей к выводу, что исключительно регистрация рождения ребенка в органах загса порождает для лиц правовые последствия, т.е. права и обязанности родителей. Отмечается, что происхождение детей от родителей имеет юридическое значение лишь при условии оформления этого факта в надлежащем порядке, и только после регистрации рождения ребенка возникают взаимные права и обязанности между ним и его родителями.

Иной точки зрения придерживается А.М. Нечаева, утверждающая, что рождение ребенка непосредственно порождает права и обязанности родителей «при одном существенном условии – если они состоят в браке».

С указанными утверждениями вряд ли можно согласиться. Известно, что права и обязанности родителей и детей являются взаимными. В частности, родительским правам и обязанностям корреспондируют права ребенка, предусмотренные как национальным законодательством, так и международными обязательствами государства. Как отмечал С.С. Алексеев, «связь между правом и обязанностью в правоотношении носит характер объективной закономерности... Субъективное право и юридическая обязанность вне единства (правоотношения) существовать как правовые явления не могут».

Согласно п. 1 ст. 7 Конвенции о правах ребенка от 30 ноября 1989 г., ребенок регистрируется сразу же после рождения и с момента рождения имеет право на имя и на приобретение гражданства, а также, насколько это возможно, право знать своих родителей и право на их заботу. Таким образом, если праву ребенка на гражданство корреспондирует обязанность государства признать его гражданином и наделить его совокупностью гражданских прав, правам ребенка на имя, на родителей и их заботу корреспондируют соответствующие права и обязанности родителей дать ребенку имя, воспитывать ребенка и заботиться о нем. При этом моментом возникновения соответствующих правоотношений, то есть прав и обязанностей родителей, является момент рождения ребенка. Регистрация рождения ребенка лишь подтверждает документально, фиксирует сложившиеся правоотношения и служит средством формальной защиты родительских прав и прав ребенка во взаимоотношениях с третьими лицами.

Определение момента возникновения родительских прав и обязанностей моментом регистрации рождения ребенка недопустимо в силу того, что сама регистрация рождения ребенка осуществляется, согласно ст. 205 КоБС, по заявлению родителей, и только если родители по каким-либо причинам не могут сделать заявление самостоятельно, регистрация рождения ребенка возможна по заявлению других лиц. Таким образом, возникновение родительских прав и обязанностей ставилось бы в зависимость не от объективной реальности – факта рождения ребенка от определенных родителей, а от субъективного желания родителей принять либо не принять на себя соответствующие права и обязанности. Учитывая то, что белорусским законодательством не предусмотрена мера ответственности за уклонение родителей от регистрации рождения ребенка, реализация прав ребенка, предусмотренных Конвенцией о правах ребенка, была бы в таком случае невозможной.

В настоящее время реализация принципа равенства всех детей, в том числе независимо от того, рожден ребенок в браке или вне брака, минимизировала значение брака как правоустанавливающего факта для ребенка. Единственное отличие заключается в том, что возникновение права отцовства в случае брака между отцом и матерью ребенка обусловлено его рождением, а в случае внебрачного рождения правоустанавливающим фактом является не рождение, а установление отцовства. Однако действовавшее до недавнего времени законодательство не позволяло дать четкий ответ на вопрос, с какого момента возникают родительские права и обязанности отца при установлении отцовства.

В ст. 57 КоБС 1969 г. было установлено, что при установлении отцовства (как добровольном, так и в судебном порядке) дети имеют те же права и обязанности по отношению к родителям и их родственникам, что и дети, родившиеся от лиц, состоявших между собой в браке. Эта норма толковалась доктриной как признание того, что взаимные права и обязанности между детьми и отцом, детьми и родственниками отца возникают с момента рождения ребенка, а не с того времени, когда отцовство было установлено. Поскольку содержание ст. 57 КоБС 1969 г. было дословно воспроизведено в ст. 57 КоБС 1999 г., некоторые исследователи, комментируя указанное законоположение, продолжают придерживаться той же точки зрения.

В то же время, в КоБС 1999 г. была введена новелла, содержащая императивное определение момента возникновения прав и обязанностей отца в случае установления отцовства в судебном порядке. Согласно части третьей ст. 76 КоБС, в случае установления отцовства в судебном порядке отец приобретает права и обязанности с момента вступления решения суда в законную силу, за исключением обязанности по содержанию, которая может быть возложена с момента предъявления иска об установлении отцовства.

В целях устранения коллизий и обеспечения единообразного толкования норм КоБС, при подготовке Закона от 20 июня 2006 г. «О внесении изменений и дополнений в Кодекс Республики

Беларусь о браке и семье» автором, являвшимся руководителем рабочей группы по его разработке, было инициировано дополнение статьи 50 КоБС положениями, определяющими момент возникновения родительских прав и обязанностей.

В соответствии с частями второй-пятой статьи 50 КоБС в редакции указанного Закона, взаимные права и обязанности между матерью и ребенком возникают с момента рождения ребенка независимо от того, рожден ребенок в браке или вне брака. Взаимные права и обязанности между отцом и ребенком возникают с момента рождения ребенка, если отец и мать ребенка состоят в браке или ребенок рожден в течение десяти месяцев со дня прекращения брака или признания его недействительным. Взаимные права и обязанности между отцом и ребенком, если отец и мать ребенка не состоят в браке, возникают с момента внесения в установленном порядке сведений о нем как отце в запись акта о рождении ребенка либо с момента вступления в законную силу решения суда об установлении отцовства, если иное не предусмотрено КоБС.

Таким образом, введение легальной дефиниции момента возникновения прав и обязанностей родителей и детей обеспечивает должное правовое регулирование родительских правоотношений и служит интересам родителей, детей и общества в целом, поскольку устраняет неопределенность и совершенствует нормативно-правовой инструментарий реализации и защиты личных прав и свобод.

ТЛУМАЧЕННЯ ПРАВОВИХ НОРМ ЩОДО ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ЗДІЙСНЕННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО СУДОЧИНСТВА

В. Сердюк

Верховний Суд України

Відповідно до розділу XII² ГПК України на Верховний Суд України покладені повноваження з перегляду судових актів Вищого господарського суду України: 1) постанов, прийнятих за наслідками перегляду у касаційному порядку рішень місцевих господарських судів, що набрали законної сили, постанов апеляційних господарських судів; 2) ухвал про повернення касаційної скарги. Підстави оскарження до Верховного Суду України постанов і ухвал Вищого господарського суду України передбачені ст. 111¹⁵ ГПК України. Із аналізу положень розділу XII² ГПК України вбачається, що законодавець надає досить широкі можливості сторонам і Генеральному прокурору України щодо оскарження рішень Вищого господарського суду України в порядку повторної касації. На наше переконання, з цього приводу слушною є думка А.Й. Осетинського про те, що досвід побудови та функціонування судових систем більшості країн світу доводить, що рішення, ухвалені вищим судовим органом галузевої юрисдикції, внаслідок перегляду судового акта в касаційному або ревізійному порядку, є остаточним. Цим автором, а також М.В. Оніщуком відстоюється позиція про можливість перегляду таких рішень, але в екстраординарному для судової системи порядку.

Разом із тим, негативними наслідками тривалого безсистемного реформування судової влади стало звужено-примітивне визначення її змісту, неадекватність між структурою судових органів господарської юрисдикції, що пов'язано з помилковим тлумаченням відповідних норм Конституції України. Внаслідок цього, ефективність повторної касації у господарському процесі мінімізована, а Вищий господарський суд України працює з перевантаженням.

За змістом п. 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України державою забезпечується апеляційне і касаційне оскарження рішення суду, крім випадків, встановлених законом. Основний Закон визначає вищими судовими органами спеціалізованих судів відповідні вищі суди. У підсистемі спеціалізованих господарських судів як складовій системи судів загальної юрисдикції таким судом є Вищий господарський суд України. Відповідно до ст. 108 ГПК України цей суд переглядає за касаційною скаргою (поданням) рішення місцевих господарських судів та постанови апеляційного господарських судів, тобто здійснює функції касаційної інстанції в господарському судочинстві.

Визначення Вищого господарського суду України касаційною інстанцією має своє історичне коріння. На початку здійснення "малої судової реформи" 2001 р. законодавця можна зрозуміти – у зв'язку з реорганізацією, зокрема, господарської юрисдикції не надати касаційні повноваження єдиному діючому вищому суду вбачалося не виправданим кроком. Результатом цього могло б бути порушення усталеної ієрархічно побудованої системи арбітражних (господарських) судів та неможливість оскарження рішення згідно з вимогами Основного Закону. Така позиція законотворців була витримана і продовжена в положеннях Закону України "Про судоустрій України" від 7 лютого 2002 р., які регламентують організацію діяльності вищих спеціалізованих судів господарської та адміністративної юрисдикції.

Однак норми Конституції України не визначають будь-який із вищих спеціалізованих судів судом касаційної інстанції, як не передбачають і здійснення касаційних повноважень Верховним Судом України. Але частина 2 статті 125 Конституції України встановлює найвищий статус Верховного Суду України в системі судів загальної юрисдикції і не містить ніяких посилань на необхідність законодавчого утвердження цього статусу. Застосування доктринального тлумачення положень п. 8 ч. 3 ст. 129, частин 2 і 4 статті 125 Основного Закону (щодо законодавчого визначення функціонування місцевих та апеляційних судів) підтверджує, що касаційні повноваження у господарському судочинстві, як судовий орган, що має найвищий статус у системі судів загальної юрисдикції, повинен здійснювати саме Верховний Суд України шляхом здійснення правосуддя у відповідній судовій палаті.

Недосконалість окремих процесуальних норм щодо вирішення господарських спорів фактично змушує Верховний Суд України шляхом застосування казуального тлумачення створювати свою практику з метою подолання колізій закону. Так, ст. 111¹⁸ ГПК України визначено повноваження Верховного Суду України при перегляді у касаційному порядку постанов чи ухвал Вищого господарського суду України. Доволі часто виникають питання, коли постанова Вищого господарського суду України, якою скасовувалися або змінювалися рішення нижчих інстанцій, не відповідає вимогам закону, а Верховний Суд України зобов'язаний згідно із приписами ст. 111¹⁸ ГПК України скасовувати всі постановлені судові рішення з направленням справи на новий розгляд. Наслідком цього є невинуватене затягування вирішення спору, що, звичайно, іде не на користь оперативності господарського процесу.

Але саме казуальне тлумачення доводить, що передбачений у ст. 111¹⁸ ГПК України перелік наслідків розгляду касаційної скарги не вважається правовою перешкодою для прийняття такого рішення. Це твердження можливо обґрунтувати тим, що в силу положень ст.ст. 6, 8 Конституції України направлення справи на новий розгляд суперечить положенням ст. 125 Основного Закону і ст.ст. 2, 39 Закону України “Про судоустрій України” в частині визначення статусу Верховного Суду України та його завдання забезпечити законність у здійсненні правосуддя і може викликати конституційно недопустиму необхідність скасування законних рішень судів першої і апеляційної інстанцій.

З приводу такої практики Верховного Суду України Європейський Суд з прав людини, розглядаючи справу за заявами Сокурєнка М.І. і Стригуна А.М., у рішенні вказав на те, що в разі скасування судового рішення в касаційному порядку згідно з положеннями статті 111¹⁸ ГПК України та залишення в силі одного з раніше прийнятих рішень судів нижчих інстанцій, Верховний Суд України перевищує свою компетенцію, межі якої визначені в нормах ГПК України, тому не може вважатися “судом, створеним відповідно до закону” в розумінні § 1 ст. 6 Конвенції. Однак з приводу вказаного рішення двоє суддів палати висловили спільну окрему думку, зазначивши, що Верховний Суд України, погодившись із рішенням суду першої інстанції, підтриманим апеляційним судом, діючи відповідно до своєї усталеної практики казуального тлумачення, не повернув справу на новий розгляд, а підтримав рішення суду першої інстанції. Судді звернули увагу на те, що навіть припускаючи незаконність такої практики за національним законодавством, Верховний Суд України не може позбавлятися статусу “створеного відповідно до закону” в сенсі § 1 ст. 6 Конвенції.

Таким чином недосконалість окремих норм ГПК України призводить до сумнівів Європейського Суду з прав людини щодо статусу Верховного Суду України та його спроможності здійснювати казуальне тлумачення процесуальних правових норм у процесі вирішення справ господарської юрисдикції.

EUROPEJSKI FUNDUSZ SPOŁECZNY JAKO INSTRUMENT REALIZACJI STRATEGII LIZBOŃSKIEJ W POLSCE

Mgr Iwona Szewczak

*Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
(Lublin, Polska)*

Głównym zadaniem Europejskiego Funduszu Społecznego jest poprawa polityki zatrudnienia i rozwój zasobów ludzkich. Działania w tym zakresie zorientowane są na najbardziej niekorzystne regiony Wspólnoty Europejskiej. W ramach Funduszu finansowane są między innymi: aktywizacja zawodowa bezrobotnych i zagrożonych bezrobociem, przeciwdziałanie wykluczeniu społecznemu, kształcenie ustawiczne, doskonalenie kadr gospodarki i rozwój przedsiębiorczości oraz aktywizacja zawodowa kobiet. Działania te wpisują się w Strategię Lizbońską, która ma na celu wzmocnienie europejskiego wymiaru edukacji poprzez programy wspólnotowe i zmodernizować gospodarkę europejską, aby stała się najbardziej konkurencyjną i dynamiczną gospodarką na świecie, opartą na wiedzy, zdolną do trwałego rozwoju, tworzącą miejsca pracy oraz charakteryzującą się większą spójnością społeczną.

W latach 2007-2013 środki Europejskiego Funduszu Społecznego zostaną przekazane Polsce w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki (PO KL). PO KL realizuje założenia odnowionej Strategii Lizbońskiej, zgodnie z którą Europa ma stać się atrakcyjnym miejscem do inwestowania i podejmowania pracy. Dla osiągnięcia tych założeń niezbędny jest wszechstronny rozwój nauki, innowacyjność oraz tworzenie większej liczby trwałych miejsc pracy. Założenia Strategii Lizbońskiej oraz cele polityki spójności krajów UE sprzyjają rozwojowi kapitału ludzkiego i społecznego, co przyczynia się do wzrostu konkurencyjności gospodarki.

Głównym celem Programu PO KL jest wzrost poziomu zatrudnienia i spójności społecznej. Działania ukierunkowane na realizację tego celu będą koncentrowały się na obszarach dotyczących m.in. zatrudnienia, edukacji, integracji społecznej, wprowadzaniu ułatwień w dostosowaniu się pracowników i przedsiębiorstw do zmian zachodzących w gospodarce. Bardzo ważne są zagadnienia związane z rozwojem zasobów ludzkich na terenach wiejskich oraz budowa sprawnej i skutecznej administracji publicznej wszystkich szczebli, a także promocja zdrowia. Osiągnięciu tego celu ma służyć realizacja zadań szczegółowych, takich jak: podniesienie poziomu aktywności zawodowej oraz zdolności do zatrudnienia osób bezrobotnych i biernych zawodowo, zmniejszenie obszarów wykluczenia społecznego, poprawa zdolności adaptacyjnych pracowników i przedsiębiorstw do zmian zachodzących w gospodarce, upowszechnienie edukacji społeczeństwa na każdym etapie kształcenia przy równoczesnym zwiększeniu jakości usług edukacyjnych i ich silniejszym powiązaniu z potrzebami gospodarki opartej na wiedzy, zwiększenie potencjału administracji publicznej w zakresie opracowywania polityk i świadczenia usług wysokiej jakości oraz wzmocnienie mechanizmów partnerstwa i wzrost spójności terytorialnej.

PO KL składa się z dziesięciu priorytetów, realizowanych zarówno na poziomie centralnym, jak i regionalnym. Dynamika przemian społeczno-demograficznych, a także utrzymujący się wysoki poziom bezrobocia i rozwarstwienia ekonomicznego społeczeństwa stawiają nowe wyzwania przed instytucjami rynku pracy, pomocy i integracji społecznej. Tych obszarów dotyczy I priorytet: Zatrudnienie i integracja społeczna. W ramach II priorytetu działania koncentrują się na rozwoju zasobów ludzkich i potencjału adaptacyjnego przedsiębiorstw oraz poprawy stanu zdrowia osób pracujących. Wzrost gospodarczy oraz poprawa zatrudnienia nie są możliwe bez zwiększenia skali inwestycji w system oświaty oraz podniesienia efektywności kształcenia. Coraz ściślejsze powiązanie gospodarki i systemu kształcenia narzuca coraz większą potrzebę modernizowania instytucji oświatowych i programów kształcenia, których realizacja mieści się w priorytecie III. Ujednoliceniu jakości kształcenia na poziomie wyższym, rozwój kierunków ścisłych oraz przyspieszenie tempa wzrostu liczebności kadry akademickiej w stosunku do gwałtownego przyrostu

liczy studentów ma służyć priorytet IV. W ramach kolejnego priorytetu Dobre zarządzanie przewidziano wsparcie ukierunkowane na podniesienie potencjału administracji. Priorytet VI ma służyć aktywizacji zawodowej osób bezrobotnych i biernych zawodowo poprzez między innymi lepszą możliwość rozpoznania specyficznych problemów związanych z zatrudnieniem występujących w wymiarze lokalnym i regionalnym. Priorytet VII skierowany jest przede wszystkim na grupy zagrożone wykluczeniem społecznym oraz ubóstwem i ma służyć promocji integracji społecznej. Zwiększenie kompetencji kadr przedsiębiorstw w zarządzaniu zmianami organizacyjnymi oraz przechodzenia przez procesy zmian poprzez rozwój zasobów ludzkich są głównymi zadaniami wpisującymi się w priorytet VIII Regionalne kadry gospodarki. Dwa ostatnie priorytety odnoszą się do rozwoju wykształcenia i kompetencji w regionach oraz pomocy technicznej, która ma zapewnić wsparcie procesów zarządzania i efektywne wykorzystanie zasobów UE i krajowych, zgodnie z prawem i polityką Wspólnoty.

W ramach komponentu centralnego środki zostaną przeznaczone przede wszystkim na wsparcie funkcjonowania struktur i systemów instytucjonalnych, natomiast środki komponentu regionalnego zostaną przeznaczone w głównej mierze na wsparcie dla osób i grup społecznych. Za zarządzanie i wdrażanie Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki odpowiedzialna jest Instytucja Zarządzająca (IZ), której rolę pełni Ministerstwo Rozwoju Regionalnego. Instytucja Zarządzająca deleguje zarządzanie poszczególnymi priorytetami do Instytucji Pośredniczących (IP), które za realizację tych zadań bezpośrednio odpowiadają przed Instytucją Zarządzającą PO KL. Jako przykład niech posłuży województwo lubelskie, gdzie Instytucją Pośredniczącą jest Samorząd Województwa Lubelskiego. W jego imieniu funkcję tę pełni w Urzędzie Marszałkowskim Departament Europejskiego Funduszu Społecznego, który będzie również bezpośrednio odpowiedzialny za wdrażanie i monitorowanie Priorytetów VIII (Regionalne kadry gospodarki) i IX (Rozwój wykształcenia i kompetencji w regionach). Dla potrzeb wdrażania Priorytetów VI (Rynek pracy otwarty dla wszystkich) i VII (Promocja integracji społecznej) powołano Instytucję Pośredniczącą drugiego stopnia (IP 2), której rolę pełni Wojewódzki Urząd Pracy w Lublinie.

Do głównych kompetencji Instytucji Zarządzającej należy: przygotowanie szczegółowego opisu priorytetów programu operacyjnego, przygotowanie i przekazanie Komitetowi Monitorującemu do zatwierdzenia propozycji kryteriów wyboru projektów oraz wybór projektów, które będą dofinansowane w ramach programu operacyjnego. Instytucja Zarządzająca będzie też zawierać z beneficjentami umowy o dofinansowanie projektu, określać kryteria kwalifikowalności wydatków objętych dofinansowaniem w ramach programu operacyjnego oraz określać poziom dofinansowania projektu. Do zadań Instytucji Zarządzającej należy również określenie systemu realizacji projektu, zarządzanie środkami finansowymi przeznaczonymi na realizację programu operacyjnego pochodzącymi z budżetu państwa, budżetu województwa lub ze źródeł zagranicznych, dokonywanie płatności ze środków programu operacyjnego na rzecz beneficjentów, a także monitorowanie postępów w realizacji, ewaluacja programu operacyjnego oraz stopnia osiągania jego celów. W razie potrzeby IZ zajmie się opracowaniem propozycji zmian programu, będzie również kontrolować realizację programu i odzyskiwać kwoty nienależnie wypłacone beneficjentom. Instytucja ta ma też zapewnić właściwą informację i promocję programu.

Nadzór nad prawidłowością poniesionych wydatków w ramach Programu sprawować będzie Instytucja certyfikująca, którą jest Departament Instytucji Certyfikującej w Ministerstwie Rozwoju Regionalnego. Do zadań Instytucji Certyfikującej należeć będzie: opracowanie i przedłożenie Komisji poświadczonych deklaracji wydatków i wniosków o płatność, poświadczanie, że deklaracja wydatków jest dokładna, wynika z wiarygodnych systemów księgowych oraz jest oparta na weryfikowalnej dokumentacji uzupełniającej, poświadczanie, że zadeklarowane wydatki są zgodne z mającymi zastosowanie zasadami wspólnotowymi i krajowymi oraz zostały poniesione w związku z operacjami wybranymi do finansowania zgodnie z kryteriami mającymi zastosowanie do programu i spełniają zasady wspólnotowe i krajowe, zapewnienie do celów poświadczania, że otrzymała od instytucji zarządzającej odpowiednie informacje na temat procedur i weryfikacji prowadzonych w związku z wydatkami zawartymi w deklaracjach wydatków. Instytucja certyfikująca ma również uwzględniać do celów poświadczania wyników wszystkich audytów przeprowadzanych przez instytucję audytową lub na jej odpowiedzialność, utrzymywać w formie elektronicznej zapisy księgowych dotyczących wydatków zadeklarowanych Komisji, prowadzić ewidencję kont, podlegających procedurze odzyskiwania i kwot wycofanych po anulowaniu całości lub części wkładu dla operacji, a także weryfikować i zatwierdzać podręczniki regionalnych pośredniczących instytucji certyfikujących.

Program Operacyjny Kapitał Ludzki finansowany będzie w 85% ze środków Unii Europejskiej (EFS) oraz w 15% ze środków krajowych. Całość kwoty, jaką przewidziano na realizację Programu w latach 2007-2013, wynosi prawie 11,5 mld euro, w tym wkład finansowy EFS to ponad 9,7 mld euro. Kwota przyznana dla województwa lubelskiego wynosi ponad 511 mln euro.

Program Operacyjny Kapitał Ludzki bezpośrednio odnosi się do wytycznych unijnych dotyczących realizacji Strategii Lizbońskiej. W ramach Programu udział wydatków przeznaczonych na realizację założeń Strategii wynosi 83% łącznej alokacji środków. Do osiągnięcia założeń Strategii przyczynią się między innymi poprawa dostępu do zatrudnienia, wspieranie i promowanie samozatrudnienia, przeciwdziałanie dyskryminacji w pracy ze względu na płeć, a także wzmacnianie procesu edukacji poprzez współpracę sieciową między uczelniami oraz ośrodkami badawczymi.

Wsparcie przewidziane w Programie jest komplementarne z innymi programami pomocowymi takimi jak: Innowacyjna Gospodarka, Rozwój Polski Wschodniej, czy z regionalnymi programami operacyjnymi. Na obszarze współpracy ponadnarodowej Program wiąże się z niektórymi działaniami z Programu ERASMUS.

W ramach PO KL przewiduje się możliwość realizacji projektów w dwóch głównych trybach: systemowym i konkursowym. W trybie systemowym projekty są realizowane przez beneficjentów imiennie wskazanych w Programie lub dodatkowych dokumentach stanowiących jego uszczegółowienie. Natomiast w trybie konkursowym projekty będą mogły realizować wszystkie podmioty, między innymi instytucje rynku pracy, instytucje szkoleniowe, jednostki administracji rządowej i samorządowej, przedsiębiorcy, instytucje otoczenia biznesu, organizacje pozarządowe, instytucje systemu oświaty i szkolnictwa wyższego, a także inne podmioty.

Ze względu na fakt, iż okres finansowy 2007-2013 jest jedną z największych szans dla regionów słabo rozwiniętych na podniesienie poziomu rozwoju społecznego, a zarazem gospodarczego, rola Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki w tym okresie finansowania jest ogromna. Dzięki funduszom przeznaczonym na cele priorytetowe będzie możliwa realizacja polityki edukacyjnej Unii Europejskiej zgodnie z założeniami Strategii Lizbońskiej. Dzięki temu realna staje się szansa utworzenia z obszaru Wspólnoty, a zwłaszcza krajów nowo przystępujących do Unii, obszaru najbardziej konkurencyjnego na świecie. Europejski Fundusz Społeczny jest instrumentem w realizacji polityki edukacyjnej Unii Europejskiej i odgrywa znaczącą rolę w tym systemie. Wszelkie efekty realizacji omawianych założeń widoczne będą dopiero za kilka lat, jednak już teraz można stwierdzić, iż szansa Polski, a zwłaszcza regionów słabo rozwiniętych (tj. wschodnich) na podniesienie swojego potencjału naukowo-społecznego jest ogromna.

EUROPEJSKA WSPÓŁPRACA TERYTORIALNA 2007-2013 CZYNNIKAMI ROZWOJU GOSPODARCZEGO REJONÓW PRZYGRANICZNYCH POLSKI I UKRAINY

Dr Marcin Szewczak

*Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
(Lublin, Polska)*

W latach 2007-2013 współpraca w wymiarze transgranicznym, transnarodowym i międzyregionalnym będzie realizowana w ramach odrębnego celu polityki spójności Unii Europejskiej – Europejska Współpraca Terytorialna (EWT). Wyodrębnienie współpracy terytorialnej jako osobnego celu polityki spójności potwierdza duże znaczenie wspólnych przedsięwzięć podejmowanych przez partnerów unijnych. O rosnącym znaczeniu tego typu współpracy świadczy również zwiększenie wysokości środków z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego. W latach 2007-2013 na rozwój współpracy terytorialnej z budżetu Unii Europejskiej przeznaczonych zostanie łącznie 7,75 mld euro. Polska alokacja na realizację programów w ramach Europejskiej Współpracy Terytorialnej wyniesie 557,8 mln euro. Dodatkowo 173,3 mln euro zostanie przeznaczonych przez Polskę na współpracę transgraniczną z państwami nie należącymi do Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Instrumentu Sąsiedztwa i Partnerstwa (EISP). Programy Europejskiej Współpracy Terytorialnej (European Territorial Cooperation) oraz Europejskiego Instrumentu Sąsiedztwa i Partnerstwa (European Neighbourhood and Partnership Instrument) zastąpią przedsięwzięcia realizowane w ramach Inicjatywy Wspólnotowej INTERREG III 2004-2006.

Dzięki Europejskiej Współpracy Terytorialnej rejony przygraniczne Polski i Ukrainy będą miały możliwość na zwiększenie współpracy w dążeniu do wzrostu konkurencyjności regionów. Współpraca na płaszczyźnie samorządowej, naukowej oraz gospodarczej w wymierny sposób wpłynie na poprawę rynku małych i średnich przedsiębiorstw po obu stronach granicy.

Głównym celem programu współpracy ponadnarodowej (który zastąpi INTERREG III B) jest wzmocnienie spójności terytorialnej, promowanie wewnętrznej integracji oraz poprawa konkurencyjności obszaru Europy Środkowej. Spójność terytorialna obejmuje odpowiedni dostęp dla mieszkańców i podmiotów gospodarczych do podstawowych usług, bez względu na terytorium, do którego przynależą. Integracja implikuje usunięcie barier ograniczających swobody ruch w rozumieniu fizycznym, prawnym, społecznym, gospodarczym, a także informacyjnym. Konkurencyjność w tym programie obejmuje czynniki „miękkie”, pozytywnie wpływające na działalność gospodarczą (jakość życia, zrównoważony rozwój, równouprawnienie płci itd.), a także na osiągnięcie dobrobytu gospodarczego oraz wysokiej jakości życia. Cele cząstkowe przyczyniające się do realizacji celu głównego to: podnoszenie konkurencyjności obszaru Europy Środkowej poprzez wzmacnianie struktur innowacyjności i dostępności oraz poprawa równomiernego i zrównoważonego terytorialnego rozwoju poprzez podniesienie jakości środowiska oraz rozwój atrakcyjnych miast i regionów w obszarze Europy Środkowej.

Obszar współpracy obejmuje terytorium, bądź części terytorium ośmiu państw członkowskich UE oraz przygraniczny obszar zachodniej Ukrainy, w szczególności: Austrię, Czechy, Niemcy, w tym: Badenię-Wirtembergię, Bawarię, Berlin, Brandenburgię, Meklemburgię-Pomorze Przednie, Saksonię, Saksonię-Anhalt, Turyngię, Węgry, Włochy, w tym: Piemont, Valle d'Aosta, Ligurię, Lombardię, Provincia Autonoma Bolzano/Bozen, Provincia Autonoma Trento, Veneto, Friuli-Wenecja Julijska, Emilia-Romagna, Polskę, Słowację, Słowenię, Ukrainę w tym: Wołyń, Lwów, Iwano-Frankowsk, obwód Zakarpacki i Czerniowiecki.

W ramach programu zawarte są określone priorytety. *Priorytet 1* – Wspieranie innowacyjności na obszarze Europy Środkowej Służy poprawie ramowych warunków dla innowacji oraz tworzy możliwości transferu innowacji i jej zastosowania, co w konsekwencji przyczyni się do rozwój wiedzy. Obszary Interwencji priorytetu: poprawa ramowych warunków dla innowacji, stworzenie możliwości rozprzestrzeniania i stosowania innowacji, oraz wspieranie rozwoju wiedzy. Podstawowymi grupami

docelowymi są wszyscy krajowi, regionalni oraz lokalni decydenci oraz instytucje działające w dziedzinach: edukacji, badań, transferu wiedzy, technologii, rynku pracy, rozwoju regionalnego, takie jak: uniwersytety, lokalne i regionalne organy władzy, agencje rozwoju regionalnego, izby handlowe, uniwersytety, instytucje szkolnictwa wyższego, instytuty i inne placówki badawcze, stowarzyszenia, instytucje zajmujące się transferem technologii, ośrodki B+RT, regionalne międzynarodowe centra doskonałości B+RT, inkubatory przedsiębiorczości, ośrodki edukacyjno-szkoleniowe, usługi w zakresie rynku pracy, partnerzy społeczni, stowarzyszenia pracodawców, związki zawodowe, małe i średnie przedsiębiorstwa oraz wszelkie grupy społeczne i ich przedstawiciele działający w danym Obszarze Interwencji. *Priorytet 2 – Poprawa zewnętrznej i wewnętrznej dostępności obszaru Europy Środkowej, Służy ulepszeniu współdziałania systemów transportu w obszarze współpracy. Będzie wspierać współpracę w ramach kompleksowej logistyki we wszystkich stosownych obszarach. Obszary Interwencji priorytetu: poprawa sieci połączeń Europy Środkowej, rozwój współpracy w dziedzinie logistyki transportu multimodalnego, promowanie mobilności bezpiecznej i zgodnej z zasadami zrównoważonego rozwoju oraz technologie informatyczno-komunikacyjne i rozwiązania alternatywne dla zwiększania dostępu. Podstawowymi grupami docelowymi są wszyscy krajowi, regionalni i lokalni decydenci oraz instytucje działające w dziedzinach transportu, logistyki, bezpieczeństwa w transporcie, ICT, takie jak władze krajowe, regionalne i lokalne, stowarzyszenia transportu publicznego, firmy transportowe, dostawcy infrastruktury, centra logistyczne, platformy logistyczne, instytuty badań stosowanych z zakresu transportu i mobilności, stowarzyszenia regionalne, związki transportowe, grupy interesu oraz wszelkie inne grupy obywateli i ich przedstawiciele. Priorytet 3 – Odpowiedzialne korzystanie ze środowiska. Kształtuje wysoką jakość środowiska poprzez zarządzanie naturalnymi zasobami oraz dziedzictwem, poprzez redukcję zagrożeń oraz negatywnych, potencjalnych skutków żywiołów, bądź działalności człowieka. Priorytet ten wspierać będzie wykorzystanie źródeł energii odnawialnej oraz wzrost efektywności energetycznej na przestrzeni obszaru współpracy. Obszary Interwencji priorytetu: rozwój środowiska wysokiej jakości poprzez zarządzanie naturalnymi zasobami i dziedzictwem, redukcja ryzyka i wpływu zagrożeń naturalnych i wywołanych działalnością człowieka, wspieranie wykorzystywania źródeł energii odnawialnej i zwiększania efektywności energetycznej oraz wspieranie ekologicznych (przyjaznych środowisku) technologii i działań. Podstawowymi grupami docelowymi są wszyscy krajowi, regionalni, lokalni decydenci oraz instytucje działające w obszarze środowiska, zarządzania zasobami naturalnymi, gospodarki wodnej, zarządzania zagrożeniami środowiskowymi, efektywności energetycznej takie jak: władze lokalne i regionalne, środowiskowe grupy interesu, stowarzyszenia środowiskowe, instytuty stosowanych badań środowiskowych, stowarzyszenia, dostawcy energii, jak i wszystkie grupy obywateli i ich przedstawiciele działający w danym Obszarze Interwencji. Priorytet 4 – Poprawa konkurencyjności oraz atrakcyjności miast i regionów. Promuje policentryczne struktury zaludnienia oraz koncentruje się na skutkach zmian demograficznych i społecznych w rozwoju miejskim i regionalnym. Wykorzystanie zasobów kultury, przyczyni się do uatrakcyjnienia miast i regionów. Obszary Interwencji priorytetu: rozwój policentrycznych struktur osadniczych oraz współpracy terytorialnej, uwzględnienie terytorialnych skutków zmian demograficzno-społecznych w rozwoju miejskim i regionalnym, kapitalizacja zasobów kulturowych dla uatrakcyjnienia miast i regionów.*

Podstawowymi grupami docelowymi są wszyscy krajowi, regionalni lokalni decydenci oraz instytucje działające w dziedzinach rozwoju miejskiego i regionalnego, transportu, mieszkalnictwa, kultury, turystyki, jak: władze lokalne i regionalne, instytucje planistyczne i badań stosowanych, agencje rozwoju, regionalne agencje innowacyjności, grupy interesu, operatorzy transportu publicznego, spółdzielnie mieszkaniowe i korporacje mieszkaniowe, grupy inicjatyw kulturalnych, instytucje działające w sektorze ochrony zdrowia, organizacje ponadnarodowe działające w obszarze kultury, jak i wszystkie grupy obywateli, których dotyczą Obszary Interwencji tego priorytetu. *Priorytet 5* odnosi się do wszelkich projektów związanych z pomocą techniczną. Budżet programu składa się z udziału EFRR w Programie wynosi 246 011 074 euro. Całkowity budżet Programu wynosi 298 295 837 euro. Partnerzy pochodzący z Czech, Węgier, Polski, Słowacji i Słowenii mogą uzyskać dofinansowanie kosztów kwalifikowalnych projektu do 85 proc. Z kolei wysokość dofinansowania dla wnioskodawców pochodzących z Austrii, Niemiec, Włoch wynosi 75 proc.

Obszar współpracy w ramach Programu Współpracy Transgranicznej (który zastąpi INTERREG III A) obejmował będzie: w Polsce podregiony: białostocko-suwański, ostrołęcko-siedlecki, białkopodlaski, chełmsko-zamojski, krośnieńsko-przemyski, a także jako tzw. regiony przyległe: podregion łomżyński, lubelski i

rzeszowsko-tarnobrzeski, na Białorusi obwody: brzeski, miński (7 zachodnich rejonów: Miadel, Vileika, Molodechno, Volozhin, Stolbtsy, Niesvizh, Kletsk) i grodzieński oraz jako regiony przyległe: wschodnia część obwodu mińskiego oraz obwód homelski, na Ukrainie obwody: wołyński, lwowski, zakarpacki oraz jako regiony przyległe: obwód tarnopilski, rówieński, iwanofrankowski. Wsparcie projektów realizowanych na terenie regionów przyległych (ang. adjoining regions) jest ograniczone tzn. wysokość środków pomocowych, przeznaczonych na taki obszar wynosi nie więcej niż 20% całej alokacji programu, wspierane mogą być wyłącznie projekty nieinwestycyjne. Propozycja priorytetów i działań zawarta w projekcie dokumentu programowego przewiduje następujące tematy współpracy: *Priorytet 1.* Wzrost konkurencyjności obszarów przygranicznych: działanie 1.1. rozwój przedsiębiorczości, działanie 1.2. rozwój turystyki oraz działanie 1.3. poprawa dostępności obszaru. *Priorytet 2.* poprawa jakości życia: działanie 2.1. ochrona środowiska w obszarze przygranicznym, działanie 2.2. bezpieczne i sprawnie funkcjonujące granice. *Priorytet 3.* współpraca sieciowa i inicjatywy społeczności lokalnych: działanie 3.1. budowanie potencjału współpracy na poziomie regionalnym i lokalnym, działanie 3.2. inicjatywy społeczności lokalnych. *Priorytet 4.* pomoc techniczna. Całkowity budżet Programu na lata 2007-13 to 186,2 mln EUR. Ponad 60% tej kwoty, tj. 114,4 mln EUR pochodzi z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego. Przewidywany poziom dofinansowania projektów to 90% kosztów kwalifikowanych projektu. Potencjalnymi beneficjentami programu będą instytucje prowadzące działania o charakterze non-profit przyczyniające się do realizacji priorytetów programu, w tym np. władze lokalne i regionalne, organizacje pozarządowe, instytucje publiczne, euroregiony.

Wydaje się, iż okres 2007-2013 będzie impulsem do przyszłych zacieśnionych stosunków gospodarczo-naukowych pomiędzy rejonami przygranicznymi Polski i Ukrainy. Współpraca w dziedzinie przedsiębiorczości, ochrony środowiska, ochrony granic i wymiany naukowo-technologicznej to dziś najbardziej pilne potrzeby zarówno na Lubelszczyźnie i Podkarpaciu ale przede wszystkim w zachodnich obwodach ukraińskich.

СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО, ЗЕМЕЛЬНОГО ТА АГРАРНОГО ПРАВА

ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТТЯ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ ЗЕМЕЛЬНИМ ФОНДОМ В ЮРИДИЧНІЙ ЛІТЕРАТУРІ РАДЯНСЬКОЇ ДОБИ

Д. Бусуйок

*Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України
(Київ, Україна)*

Необхідність в здійсненні управління земельним фондом з боку держави не викликає сумніву. За його допомогою відбувається забезпечення суспільних інтересів. Земля є природним об'єктом, територіальним базисом та засобом виробництва. У зв'язку з цим суспільством висуваються вимоги щодо забезпечення гарантування прав на землю, здійснення оптимального планування використання земельних ділянок, перевірки дотримання суб'єктами прав на землю законодавства щодо раціонального використання та охорони земель тощо. Згідно ст. 3 Конституції України здійснення вищепереліченого визначає зміст і спрямованість діяльності держави. У свою чергу, остання не може відбуватись ефективно без визначення в земельному праві України поняття державного управління земельним фондом.

Стосовно визначення поняття державного управління земельним фондом у сучасній юридичній літературі, то вчені формулюють його лише в загальних рисах не проводячи детальних досліджень (А.П. Гетьман, М.І. Єрофєєв). Під державним управлінням земельним фондом вони розуміють організаційно – правову діяльність уповноважених органів. Варто відзначити, що велика увага до визначення поняття управління земельним фондом зверталась в юридичній літературі радянської доби. Це вимагає проведення детального дослідження цих джерел. Метою такого дослідження є визначення поняття державного управління земельним фондом в умовах запровадження виключної державної власності на землю.

У юридичній літературі радянської доби питання про поняття державного управління земельним фондом було дискусійним. Вченими радянської доби під час дослідження проблеми визначення поняття державного управління земельним фондом були запропоновані численні підходи до її вирішення. На підставі аналізу юридичної літератури можна виділити як мінімум сім таких підходів.

По-перше, поняття державного управління земельним фондом застосовували для визначення змісту права державної власності на землю. У цьому значенні під управлінням розуміли функції держави – власника, а саме, функції щодо землеустрою, обліку земель. Останні визначали зміст права державної власності на землю.

По-друге, право управління розглядали як самостійний елемент у складі права державної власності на землю. При цьому не було єдності у визначенні функцій управління єдиним державним земельним фондом. Зокрема, розподіл земельних ділянок серед землекористувачів відносився до форм здійснення права управління землею.

По-третє, поняття управління почали вживати одночасно в двох якостях. Під управлінням розуміли форму здійснення змісту права власності на землю та невід'ємну складову змісту права власності на землю.

Серед вчених не було єдності щодо питання визначення управління як невід'ємної складової змісту права власності на землю. Управління визначалось або як самостійна правомочність, яка входила до складу змісту права власності, або як сукупність правомочностей, які охоплювались тріадою правомочностей права власності.

По-четверте, управління називали формою здійснення змісту права власності. Елементи права власності складали зміст, а управління – форму його здійснення. Таке співвідношення мало декілька варіантів. Згідно першого варіанту управління було формою здійснення правомочності щодо

розпорядження землею. Згідно другого варіанту управління було формою реалізації права державної власності на землю в цілому. Разом з тим без уваги залишилось питання про співвідношення адміністративно – правових актів щодо володіння, користування та розпорядження земельними ділянками з діями щодо обліку, контролю та реєстрації земельних ділянок.

По-п'яте, відповіддю на питання про співвідношення адміністративно – правових актів щодо володіння, користування та розпорядження земельними ділянками з діями щодо обліку, контролю та реєстрації земельних ділянок була позиція відповідно до якої державне управління було формою здійснення правомочностей держави – власника та функцій державної влади. У юридичній літературі до функцій державної влади було віднесено облік земельних ділянок, реєстрацію, контроль тощо.

По-шосте, розпорядження та управління розглядались як різні правомочності держави. Вони мали самостійну форму та свій власний зміст. Розпорядження було одним із елементів права державної власності на землю. Тоді як управління відносилось до виконавчо – розпорядчої діяльності державних органів. Розпорядження базувалось на праві державної власності, а управління – на праві територіального верховенства.

По-сьоме, вченими була сформована ще одна точка зору щодо поняття державного управління земельним фондом. Згідно цієї точки зору діяльність з планування, ведення кадастру, стандартизації відносилась до функцій державного управління охороною навколишнього середовища, а безпосередньо державне управління визначалось як заснована на нормах права виконавчо – розпорядча діяльність, спрямована на забезпечення охорони навколишнього середовища.

Таким чином, наявність такої кількості підходів до визначення поняття державного управління земельним фондом є свідченням відсутності в літературних джерелах радянської доби детальних досліджень питань що стосувались державного управління земельним фондом. Наслідком цього була відсутність усталеного визначення поняття державного управління земельним фондом та співвідношення державного управління зі здійсненням державної форми власності на землю. Проте, ми вважаємо, що ці розробки стануть фундаментом для подальшого визначення поняття державного управління земельним фондом, формування якого відбувається в сучасній науці земельного права України.

ПРОБЛЕМА ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРИ РЕГУЛЮВАННІ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН

П. Кулинич

*Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України
(Київ, Україна)*

Одним із важливих результатів проведення в Україні масштабної земельної реформи стало введення земельних ділянок у сферу цивільного обігу. Це в свою чергу обумовило необхідність застосування цивільно-правових механізмів при регулюванні земельних відносин. Оскільки такі механізми сформовані цивільним правом, а земельні відносини регулювалися виключно нормами земельного права, перед вітчизняною правовою наукою постала проблема визначення можливості, доцільності та меж застосування норм цивільного законодавства як регулятора земельних відносин.

Дана проблема була предметом активної наукової дискусії у юридичній літературі. Більшість її учасників прийшли до висновку про те, що регулювання відносин ринкового обігу земельних ділянок є спільним завданням цивільного та земельного права. При цьому зазначалося, що проблему взаємодії норм цивільного та земельного права в регулюванні земельних відносин доцільно розглядати як проблему пріоритету застосування норм земельного права над нормами цивільного права. Нарешті, більшість учасників зазначеної наукової дискусії прийшли до висновку про те, при регулюванні земельних відносин що норми цивільного законодавства носять загальний характер по відношенню до норм земельного законодавства, які відповідно є спеціальними. Зокрема, таку точку зору поділяють провідні українські вчені у галузі земельного права Н.І. Титова і М.В. Шульга, а також деякі інші автори.

Зазначений доктринальний підхід до розв'язання проблеми застосування норм цивільного законодавства при регулюванні земельних відносин був реалізований при проведенні останньої кодифікації цивільного законодавства України. Так, на відміну від Цивільного кодексу УРСР 1963 р., в ст. 1 нового Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), прийнятого 16 січня 2003 р. та введеного в дію 1 січня 2004 р., відсутня норма про те, що його норми не підлягають застосуванню до регулювання земельних відносин. Тим самим законодавець визнав, що принаймні частина земельних відносин є цивільно-правовими за своєю суттю і мають регулюватися нормами цивільного законодавства.

Разом з тим, у ст. 9 ЦК України встановлено, що його норми підлягають застосуванню до регулювання відносин природокористування, а до них відносяться і земельні відносини, якщо такі відносини не врегульовані іншим законом. Отже, ЦК України виходить з того, що ті земельні відносини, які носять цивільний характер, можуть регулюватися нормами цивільного законодавства, якщо вони не є врегульованими нормами земельного законодавства. Тим самим ЦК України відносить принаймні частину земельних відносин до різновиду цивільних, але встановлює пріоритет норм земельного законодавства у їх регулюванні. Це означає, що норми цивільного законодавства підлягають застосуванню до регулювання земельних відносин при відсутності у земельному законодавстві відповідних норм, які регулюють ці ж відносини. А у випадку виникнення колізій між нормами цивільного і земельного законодавства пріоритет у застосуванні мають останні.

Отже, проблема співвідношення цивільного та земельного права

стосується правового регулювання лише певної частини земельних відносин – тільки тих, які мають цивільний характер. В зв'язку з цим актуальним уявляється питання визначення кола земельних відносин, які мають цивільний характер і можуть регулюватися нормами цивільного і земельного права. На думку Ф.Х. Адіханова, такі земельні відносини умовно можна розділити на три групи. До першої групи він включає відносини щодо землі як об'єкта власності та інших речових прав. В другу групу автор виділяє відносини щодо обороту землі як об'єкта права приватної власності. Третю групу складають зобов'язальні відносини (купівля-продаж, іпотека, міна, спадкування тощо).

На наш погляд, з такою класифікацією земельних відносин, які носять цивільний характер, в цілому можна погодитися. Разом з тим, вона уявляється неповною, оскільки не охоплює всі види земельних відносин, які мають цивільний характер. Зокрема, зазначену класифікацію земельних відносин, які регулюються цивільним правом, необхідно доповнити ще принаймні однією групою суспільних відносин. До неї слід віднести відносини, об'єктами яких є земельні ділянки, на яких розташовані інші об'єкти нерухомого майна: будівлі, споруди, багаторічні насадження тощо. Земельна ділянка та розташована на ній будівля (споруда) утворюють єдиний об'єкт прав на нерухоме майно. Поєднання в одному об'єкті прав земельної та неземельної нерухомості надає йому нових якісних ознак, які в свою чергу обумовлюють специфічність суспільних відносин щодо таких об'єктів. Квінтесенцією їх специфіки є те, що земельна ділянка разом з розташованим на ній нерухомим майном виступає як один, єдиний об'єкт суспільних відносин, на який ні цивільне, ні земельне право не мають монополії на їх правове регулювання. Вони мають "кооперувати" свої норми таким чином, щоб створити адекватну законодавчу основу для правового регулювання зазначених суспільних відносин. Тому не можна не погодитися з М.В. Шульгою в тому, що суспільні відносини, які виникають щодо речових прав на землю та пов'язані з оборотом земельних ділянок, потребують комплексної правової регламентації нормами цивільного та земельного права.

Загальні риси правового режиму земельних ділянок, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, визначені у ст. 377 ЦК України. Згідно з цією статтею, до особи, яка придбала житловий будинок, будівлю або споруду, переходить право власності на земельну ділянку, на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення, у розмірах, встановлених договором. А якщо договором про відчуження житлового будинку, будівлі або споруди розмір земельної ділянки не визначений, до набувача переходить право власності на ту частину земельної ділянки, яка зайнята житловим будинком, будівлею або спорудою, та на частину земельної ділянки, яка є необхідною для їх обслуговування. Зміст цієї статті повністю відтворений у ст. 120 Земельного кодексу України, що надає їй пріоритету у застосуванні на практиці.

Разом з тим, вважаємо, що принцип пріоритету норм земельного законодавства над нормами цивільного законодавства не можна вважати універсальним, тобто таким, яким слід керуватися у всіх без виключення випадках вирішення проблеми застосування норм цивільного та земельного законодавства при регулюванні земельних відносин. Зокрема, цим принципом не можна, на нашу думку, керуватися при визначенні галузі права, норми якої слід застосовувати при регулюванні суспільних відносин, об'єктом яких є інтегроване нерухоме майно, тобто майно, яке складається з земельної ділянки та розташованої на ній будівлі чи споруди і становить єдиний об'єкт права власності та інших речових прав.

Випадки утворення інтегрованих об'єктів нерухомого майна передбачені ЦК України. До таких об'єктів слід віднести садибу та підприємство як майновий комплекс. Так, статтею 381 цього Кодексу встановлено, що садибою є земельна ділянка разом з розташованими на ній житловим будинком, господарсько-побутовими будівлями, наземними і підземними комунікаціями, багаторічними насадженнями. У разі відчуження житлового будинку вважається, що відчужується вся садиба, якщо інше не встановлено договором або законом. А згідно з ст. 191 ЦК України, підприємство є єдиним майновим комплексом, що використовується для здійснення підприємницької діяльності. До складу підприємства як єдиного майнового комплексу входять усі види майна, призначені для його діяльності, включаючи земельні ділянки, будівлі, споруди, устаткування, інвентар, сировину, продукцію, права вимоги, борги, а також право на торговельну марку або інше позначення та інші права, якщо інше не встановлено договором або законом. При цьому підприємство як єдиний майновий комплекс є нерухомістю.

На наш погляд, норми земельного законодавства не можуть застосовуватися до регулювання суспільних відносин, об'єктом яких є інтегроване нерухоме майно, оскільки таке майно виходить за рамки об'єктів земельних відносин та предмета земельного права. Для врегулювання таких відносин мають застосовуватися норми цивільного законодавства. Тому уявляється доцільним доповнити ЦК України та Земельний кодекс України нормою про те, що суспільні відносини щодо об'єктів інтегрованого майна, яке включає і земельні ділянки, регулюються нормами цивільного законодавства.

ТОЛКОВАНИЕ НОРМ, ОПРЕДЕЛЯЮЩИХ СФЕРУ НАДЗОРА И КОНТРОЛЯ ПРИ РЕАЛИЗАЦИИ ТРУДОВОГО ПРАВА

О. Курылёва

*Белорусский государственный университет
(Минск, Беларусь)*

1. Надзор и контроль в сфере наемного труда является одним из способов защиты трудовых прав работников. Совершенствование данного способа защиты требует четкого определения сферы надзора и контроля в Трудовом кодексе Беларуси (далее – ТК). Закон «О внесении изменений и дополнений в Трудовой кодекс Республики Беларусь» (далее – Закон) от 20.07.2007 г. внес изменения и в нормы, посвященные сфере надзора и контроля. В связи с этим важно толкование норм, определяющих сферу надзора и контроля в данной области.

2. В Законе сохранено название главы 39 ТК «Надзор и контроль за соблюдением законодательства о труде». Содержание данной главы выходит за рамки названия, поскольку предметом надзора и контроля является не только соблюдение законодательства о труде, но также нормативной части коллективных договоров, соглашений, локальных нормативных правовых актов, индивидуально-договорных актов (трудовых договоров, соглашений). Этот вывод следует также из ч. 1 ст. 7 ТК, где указаны источники регулирования трудовых и связанных с ними отношений, к которым Закон отнес также трудовые договоры. Нормы гл. 39 ТК в той или иной степени призваны обеспечить соблюдение всех источников регулирования трудовых и связанных с ними отношений, а не только законодательства о труде и в этой части нуждаются в расширительном толковании.

3. Содержание данной главы, как и до внесения изменений в ТК охватывает четыре статьи (462–465), две из которых изложены в новой редакции (462, 464). Не изменились в ТК нормы, посвященные общественному контролю за соблюдением законодательства о труде (ст. 463) и ответственности за несоблюдение законодательства о труде (ст. 465). Общей нормой, определяющей сферу государственного надзора и контроля, является ст. 462 ТК. В прежней редакции данная статья называлась: «Система государственного надзора и контроля за соблюдением законодательства о труде». Новое название полностью совпадает с названием гл. 39, что само по себе логически не соответствует содержанию данной нормы. В прежней редакции статья регулировала именно государственный надзор и контроль за соблюдением законодательства о труде. Буквальное толкование названия статьи в новой редакции охватывает все виды надзора и контроля за соблюдением законодательства о труде, но содержание данной нормы уже. Новая редакция нормы охватывает надзорную деятельность государственных органов, а также контрольную деятельность республиканских органов государственного управления и иных государственных организаций, подчиненных Правительству Республики Беларусь, местных исполнительных и распорядительных органов в отношении подчиненных им организаций. Общественному контролю за соблюдением законодательства о труде посвящена самостоятельная статья данной главы (463). Следовательно, название нормы в новой редакции необходимо толковать ограничительно.

4. При буквальном толковании ст. 462 ТК к объекту надзора и контроля относится только законодательство о труде. Содержание терминов: «законодательство о труде», «локальные нормативные правовые акты», «трудовой договор» раскрывается в ст. 1 ТК. Все вышеуказанные правовые акты являются источниками регулирования трудовых и связанных с ними отношений (ч. 1 ст. 7 ТК). Важно определить относится ли к объекту надзора и контроля соблюдение всех указанных источников или только законодательства о труде. Выше отмечалось несоответствие названия гл. 39 ТК её содержанию. Системное толкование ст. 462 ТК позволяет прийти к аналогичному выводу и отнести к объекту надзора и контроля все вышеуказанные источники. Защита трудовых прав в форме надзора и контроля (п.п. 2, 9 ст. 11 ТК) предполагает проверку законности и соблюдения всех источников трудового права, а также трудовых договоров. В отношении коллективного договора, соглашения этот вывод основан непосредственно на норме ст. 375

ТК в соответствии с которой, контроль за их исполнением осуществляют стороны, а также специально уполномоченные государственные органы надзора и контроля за соблюдением законодательства о труде.

В отношении других источников регулирования трудовых отношений нормы Конституции и ТК развиваются в ряде других нормативных актов. Министерство труда и социальной защиты при осуществлении контрольных функций руководствуется Положением, утвержденным постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 31.10.2001 г. (далее – Совмин) в соответствии с которым организует и проводит мониторинг в области труда, включая контрактную форму найма работников, содействия занятости, демографической безопасности и социальной защиты; вносит в установленном порядке предложения о принятии дополнительных мер по предотвращению нарушений трудовых прав работников, работающих по контракту; и др.

Департамент государственной инспекции труда Министерство труда и социальной защиты Республики Беларусь (далее – департамент государственной инспекции труда) является единственным специализированным органом по надзору и контролю в сфере труда, функции которого конкретизированы в Положении, утвержденном Совмином от 29.07.2006 № 959. В частности, в Положении предусмотрено, что департамент вносит в установленном порядке предложения о приостановлении или отмене действия противоречащих законодательству о труде нормативных правовых актов, технических нормативных актов, локальных нормативных актов; налагает в установленном законодательством порядке штрафы на юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, допустивших нарушения требований заключения и выполнения существенных условий гражданско-правовых договоров, предметом которых является выполнение работ, оказание услуг и создание объектов интеллектуальной собственности; и др.

Приведенные и ряд других норм позволяют прийти к выводу, о том, что надзор и контроль за соблюдением законодательства о труде охватывает проверку законности и соблюдения всех источников регулирования трудовых и связанных с ними отношений, предусматривающих трудовые права работников. Ст. 462 ТК в этой части нуждается в расширительном толковании.

5. В ст. 462 ТК указывается одна из форм реализации права – соблюдение, которая заключается в воздержании от совершения запрещенных правом деяний т.е. пассивная форма поведения субъекта права. Не упоминаются такие формы реализации права как исполнение, использование, применение. Вышеприведенные и ряд других норм позволяют прийти к выводу, о том, что надзор и контроль охватывает все формы реализации права. Полагаем, ст. 462 ТК в указанной части нуждается в расширительном толковании.

6. Особое место в обеспечении законности в трудовых отношениях отводится общественной форме контроля, которая позволяет оперативно и эффективно реагировать на все факты нарушения трудовых прав на местах.

Общественной форме контроля посвящена ст. 463 ТК. Субъектом общественного контроля, согласно данной статье, выступает профессиональный союз (далее – профсоюз). При всей важности деятельности профсоюзов в этой области нельзя сводить общественную форму контроля только к её разновидности – профсоюзному контролю. Профсоюзное движение развивается в достаточно сложных условиях, в которых профсоюз не всегда реально защищает интересы работников. Кроме того, многие работники не охвачены профсоюзным движением и не могут контролировать соблюдение своих прав через профсоюзы. Важно отметить, что право на судебную и иную защиту трудовых прав не зависит от членства в профсоюзе (п. 9 ст. 11 ТК). Следовательно, общественная форма контроля может быть использована непосредственно работниками. Следует вспомнить те нормы, которые в свое время способствовали обеспечению законности в трудовых отношениях. В первую очередь это права трудовых коллективов в этой важной области, которые ранее были закреплены непосредственно в Кодексе законов о труде Беларуси (часть четвертая ст. 139, часть третья ст. 145, часть третья ст. 148). Мировая практика свидетельствует о постепенном признании трудовых коллективов в качестве субъектов трудового права. Трудовой кодекс Беларуси в настоящее время о трудовых коллективах вообще не упоминает, используется лишь термин «представительные органы работников», который законодателем не раскрывается. Полагаем, необходимо восполнить этот пробел, восстановив в ТК трудовой коллектив в качестве субъекта трудового права с определенными правомочиями, в том числе в области общественного контроля. До внесения соответствующих изменений в ТК норма, определяющая субъектов общественного контроля, нуждается в расширительном толковании.

ТЛУМАЧЕННЯ НОРМ ПРАВА, ЩО РЕГУЛЮЮТЬ ПРАВОВІДНОСИНИ У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ ТА ОХОРОНИ ЗЕМЕЛЬ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ

О. Паславська

*Тернопільський національний економічний університет
(Тернопіль, Україна)*

Використання земель сільськогосподарського призначення є найбільш специфічним видом землекористування. Правовий режим цієї категорії земель і їх охорона закріплені в Конституції України, Земельному Кодексі України (ст.ст. 22-37), деталізується галузевими законами України „Про фермерське господарство”, „Про сільськогосподарську кооперацію”, „Про особисте селянське господарство”, „Про охорону земель”, „Про державний контроль за використанням та охороною земель” та підзаконними нормативно-правовими актами.

Питанню правового режиму використання та охорони земель сільськогосподарського призначення приділялась значна увага науковцями України. Зокрема, слід виділити праці В.Л. Мунтяна, В.З. Янчука, Н.І. Титової, М.В. Шульги, В.І. Андрейцева, О.О. Погрібного, В.І. Семчика та інших.

Основна особливість правового режиму земель сільськогосподарського призначення зумовлена двома головними факторами: її природними особливостями та важливим соціальним призначенням. Саме тому пріоритетність цієї категорії земель в системі інших категорій земель закріплена в ст. 23 Земельного кодексу України: „Землі, придатні для потреб сільського господарства, повинні надаватись насамперед для сільськогосподарського використання”. Це тлумачення впливає з конституційного закріплення, що „земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави”.

Принцип пріоритетності земель сільськогосподарського призначення в різних аспектах знайшов своє закріплення також у ст.ст. 19, 130, 150, 156, 168, 207-209 Земельного кодексу України. Виходячи з положень Земельного кодексу, швидше можна говорити про пріоритетність сільськогосподарського землевикористання, так як ці землі за природним і юридичним призначенням як загальне правило не можуть бути використані для інших потреб.

Отже, принцип пріоритетності земель сільськогосподарського призначення є загальною вимогою законодавства щодо збереження й охорони цих земель як найбільш цінної категорії.

Не менш важливе значення мають положення Земельного кодексу України про необхідність цільового використання земель сільськогосподарського призначення. Цей принцип можна ототожнити з принципом раціонального використання земель. Адже незмінна роль земель сільськогосподарського призначення для забезпечення продовольчої безпеки всієї країни роблять принцип раціонального використання земель незаперечною вимогою для всіх суб'єктів земельних відносин.

Слід зазначити, що положення ст. 5 Земельного кодексу України про раціональне використання та охорону земель слід тлумачити не лише як максимальну економічну ефективність, скільки як законодавчо встановлену доцільність використання найціннішої категорії земель з одночасним дотриманням екологічних правил їхньої охорони. Враховуючи особливу цінність і, водночас, ризик погіршення стану земель сільськогосподарського призначення, цей принцип можна вважати підґрунтям в потребі посиленої правової охорони цих земель, зокрема їхніх ґрунтів.

Недаремно, в ст. 1 Закону України „Про охорону земель” та ст. 1 закону України „Про державний контроль за використанням та охороною земель” визначено, що охорона земель – це система правових, організаційних, економічних, технологічних та інших заходів, спрямованих на раціональне використання земель, запобігання необґрунтованому вилученню земель сільськогосподарського призначення для несільськогосподарських потреб...”. Завданням охорони земель, як зазначено в ст. 163

Земельного кодексу України, є забезпечення збереження та відтворення земельних ресурсів, екологічної цінності природних і набутих якостей земель.

Відповідно, законодавчо передбачена спеціальна порівняльна оцінка якості ґрунтів за їхніми основними природними властивостями, так зване бонітування ґрунтів, збереження і навіть можливість покращення цієї якості теж є завданням раціональності їхнього використання.

Особливе значення для охорони земель сільськогосподарського призначення має система різного роду заходів, що здійснюються для забезпечення виконання поставлених завдань. Аналізуючи заходи охорони земель, передбачені Земельним кодексом України та Законом України „Про охорону земель”, можна виокремити заходи, які стосуються охорони ґрунтів. Це положення знайшло відображення в ст. 168 Земельного кодексу України, де ґрунти вперше визнані окремим і особливим об'єктом правової охорони.

Тлумачення ст. 37 Закону України „Про охорону земель” дають підставу вважати, що законодавством України встановлені основні вимоги до охорони родючості ґрунтів. Це, зокрема, заборона використання земельних ділянок способами, що призводять до погіршення їх якості. На землях сільськогосподарського призначення може бути обмежена діяльність щодо: вирощування певних сільськогосподарських культур, застосування окремих технологій їх вирощування або проведення окремих агротехнічних операцій; необґрунтовано інтенсивного використання земель тощо.

На нашу думку, важливою нормою Закону України „Про охорону земель” є положення ст. 53 про заборону вивезення ґрунтової маси за межі території України, крім зразків для проведення наукових досліджень. Для власників земель та землекористувачів введені спеціальні правила цієї охорони, зокрема стосовно зняття та перенесення ґрунтового покриву.

Встановлення спеціального правового режиму для особливо цінних земель можна вважати істотною особливістю сучасного правового режиму земель сільськогосподарського призначення. Слід зазначити, що на законодавчому рівні в Україні правомірно введено як об'єкт спеціального посиленого правового режиму категорію „особливо цінні землі”. Зокрема, ст. 150 Земельного кодексу України дає розгорнутий перелік цих земель. Переважно йдеться про славнозвісні українські чорноземи різних видів.

Але тим не менше, навіть таку категорію земель як „особливо цінні землі”, Земельний кодекс України у п. 2 ст. 150 законодавчо дозволяє вилучати (викупляти) для будівництва об'єктів загальнодержавного значення, доріг, ліній електропередач та зв'язку, трубопроводів та для інших потреб, не пов'язаних з сільськогосподарським виробництвом.

Вважаємо, що необхідно по-новому підійти до сутності призначення сільськогосподарських земель як основного засобу виробництва в сільському господарстві з заборонаю використання цих земель для будь-якої іншої діяльності.

До особливостей правового режиму земель сільськогосподарського призначення можна віднести охорону прав власників земельних ділянок і землекористувачів. В системі цих заходів особливе місце займає відшкодування збитків власникам землі і землекористувачам, що розглядаються главою 24 Земельного кодексу України. Зокрема, ст. 156 Земельного кодексу гарантує власникам земельних ділянок та землекористувачам відшкодування збитків, заподіяних внаслідок: вилучення (викупу) сільськогосподарських угідь для потреб, не пов'язаних із сільськогосподарським виробництвом; тимчасового зайняття сільськогосподарських угідь для інших видів використання; встановлення обмежень щодо використання земельних ділянок; погіршення якості ґрунтового покриву та інших корисних властивостей сільськогосподарських угідь.

Аналізуючи ці положення Земельного Кодексу України, знову приходимо до висновку, що кодекс законодавчо закріплює можливість порушення прав власників земельних ділянок шляхом вилучення або викупу сільськогосподарських угідь для потреб, не пов'язаних з їх цільовим призначенням. Отже, тлумачення цієї норми статті кодексу дає підстави вважати, що держава, юридичні чи фізичні особи можуть порушувати права власників земельних ділянок, які закріплені в Конституції України. Вважаємо, що ці положення також повинні бути відрегульовані на законодавчому рівні.

Перш за все мова йде про необхідність наукового аналізу практичних аспектів реалізації конституційних норм про пріоритетність прав громадян у правовій державі, обов'язок держави конкретно забезпечити права і свободи людини. На жаль, цим провідним аспектам сучасного правового статусу землевласника в Україні мало приділяється уваги. Якщо йдеться про права

громадян України на землі сільськогосподарського призначення, то цей правовий інститут має багато характерних специфічних ознак, що може бути окремою темою дослідження.

STATUS PRAWNY I PROCEDURA AWANSU ZAWODOWEGO NAUCZYCIELA W ŚWIETLE PRAWA POLSKIEGO

Dr Magdalena Pyter

*Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
(Lublin, Polska)*

Wstęp

Celem artykułu jest prezentacja statusu prawnego oraz procedury awansu zawodowego nauczycieli. Wspomniane wyżej tematyki regulowane są głównie w jednym podstawowym akcie prawnym odnoszącym się do problematyki oświatowej. Zgodnie z powyższym należy tu wskazać ustawę z dnia 26 stycznia 1982 r. – Karta Nauczyciela (tekst jedn. Dz. U. z 2006 r. Nr 97, poz. 674).

Artykuł – nawiązując do jego tytułu – podzielono na dwie zasadnicze części. Pierwsza z nich odnosi się do regulacji prawnych dotyczących zawodu nauczyciela. W drugiej przedstawiono stopnie awansu zawodowego oraz procedurę awansowania. Całość rozpoczyna „Wstęp”, a kończą „Wnioski”.

I.

Bez wątpienia należy przyjąć, iż nauczyciel jest osobą pełniącą zadania pedagogiczne w szkole. Doprecyzowując to stwierdzenie trzeba powiedzieć, że do grona nauczycieli zalicza się wychowawców oraz innych pracowników pedagogicznych zatrudnionych w przedszkolach, szkołach i placówkach oraz zakładach kształcenia i placówkach doskonalenia nauczycieli, zakładach poprawczych, schroniskach dla nieletnich oraz rodzinnych ośrodkach diagnostyczno-konsultacyjnych. Przedstawiona wyżej grupa zawodowa podlega w szczególności ustawie z dnia 26 stycznia 1982 r. – Karta Nauczyciela (tekst jedn. Dz. U. z 2006 r. Nr 97, poz. 674).

Stanowisko nauczyciela może zajmować osoba która: posiada wyższe wykształcenie z odpowiednim przygotowaniem pedagogicznym lub ukończyła zakład kształcenia nauczycieli. Pod pojęciem „wyższe wykształcenie” należy rozumieć wyłącznie legitymowanie się dyplomem ukończenia studiów wyższych oraz tytułem zawodowym. Natomiast termin „przygotowanie pedagogiczne” nie jest w ustawodawstwie dookreślony. Wydaje się jednak, iż pod powyższym pojęciem należy rozumieć nabycie wiedzy i umiejętności z zakresu pedagogiki, psychologii oraz dydaktyki szczegółowej, nauczanych w powiązaniu z kierunkiem (specjalnością) kształcenia i praktyką pedagogiczną – w wymiarze nie mniejszym niż 270 godzin, oraz odbycie praktyk pedagogicznych ocenionych pozytywnie. O posiadaniu przygotowania pedagogicznego zaświadcza dyplom lub inny dokument wydany przez szkołę wyższą, dyplom ukończenia zakładu kształcenia nauczycieli i świadectwo ukończenia pedagogicznego kursu kwalifikacyjnego.

Przez „zakład kształcenia nauczycieli” należy rozumieć kolegium nauczycielskie, nauczycielskie kolegium języków obcych, studium nauczycielskie, pedagogiczne studium techniczne, studium wychowania przedszkolnego oraz studium nauczania początkowego. Kolejną przesłanką predestynującą osobę do wykonywania zawodu nauczyciela jest: kwalifikacja zasad moralnych oraz spełnianie warunków zdrowotnych niezbędnych do wykonywania zawodu.

Do podstawowych obowiązków nauczycieli należy: rzetelna realizacja zadań związanych z powierzonym mu stanowiskiem, jak też podstawowymi funkcjami szkoły: dydaktyczną, wychowawczą i opiekuńczą. Ponadto nauczyciel zobowiązany jest wspierać uczniów w ich rozwoju oraz dążyć do pełni swojego rozwoju. Ma obowiązek kształcić oraz wychowywać młodzież w duchu patriotyzmu atmosferze demokracji oraz w atmosferze wolności sumienia i szacunku dla każdego człowieka.

Stosunek pracy z nauczycielem nawiązuje się w szkole na podstawie umowy o pracę lub mianowania. Sposób nawiązania stosunku pracy jest uwarunkowany posiadaniem wymaganych kwalifikacji. I tak, z nauczycielem stażystą posiadającym pełne kwalifikacje stosunek pracy nawiązuje się na podstawie umowy o pracę na czas określony, tj. na rok szkolny – celem umożliwienia odbycia stażu wymaganego do uzyskania

awansu na stopień nauczyciela kontraktowego. Jeżeli nauczyciel stażysta posiada wymagany poziom wykształcenia lecz nie posiada przygotowania pedagogicznego, to zawarcie umowy na czas roku szkolnego jest możliwe w sytuacjach uzasadnionych potrzebami szkoły, bądź w przypadku pisemnego oświadczenia zainteresowanego, zobowiązującego się w nim do uzyskania przygotowania pedagogicznego.

Z nauczycielem kontraktowym nawiązanie stosunku pracy odbywa się na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony. Z nauczycielem mianowanym i dyplomowanym nawiązuje się stosunek pracy na podstawie mianowania. W powyższym przypadku muszą być łącznie spełnione następujące warunki: posiadanie obywatelstwa polskiego, pełnej zdolności do czynności prawnych oraz pełni praw publicznych, nie może toczyć się przeciwko zainteresowanemu postępowanie karne lub dyscyplinarne, lub postępowanie o ubezwłasnowolnienie; nie mógł być karany za przestępstwo popełnione umyślnie; posiada kwalifikacje wymagane do zajmowania danego stanowiska oraz jeśli istnieją warunki do zatrudnienia nauczyciela w szkole w pełnym wymiarze godzin na czas nieokreślony.

Praca nauczycieli (z wyjątkiem stażysty) podlega ocenie. Oceny pracy nauczyciela dokonuje dyrektor szkoły. Może ona być dokonana w każdym czasie, jednak nie wcześniej niż po upływie roku od dokonania oceny poprzedniej, z inicjatywy dyrektora lub na wniosek: nauczyciela, organu sprawującego nadzór pedagogiczny, organu prowadzącego szkołę, rady szkoły lub rady rodziców. Ocena pracy nauczyciela ma charakter opisowy i kończy się jednym z następujących stwierdzeń: ocena wyróżniająca, ocena dobra, ocena negatywna. Od ustalonej oceny pracy, w terminie 14 dni od dnia jej doręczenia, nauczycielowi przysługuje prawo wniesienia odwołania, za pośrednictwem dyrektora szkoły, do organu sprawującego nadzór pedagogiczny nad szkołą. Wspomniany organ powołuje dla rozpatrzenia odwołania zespół ocenający. Od oceny dokonanej przez powyższy zespół nie przysługuje odwołanie.

W celu zapewnienia szkole podstawowych warunków do realizacji przez nauczyciela zadań dydaktycznych, opiekuńczych oraz wychowawczych, przysługuje mu odpowiednie wyposażenie jego stanowiska pracy. Oprócz wspomnianego, za wykonywaną pracę nauczycielowi przysługuje odpowiednie wynagrodzenie. Składa się ono z następujących elementów: wynagrodzenia zasadniczego, dodatków: za wysługę lat, motywacyjnego, funkcyjnego oraz za warunki pracy; wynagrodzenia za godziny nadwymiarowo oraz godziny doraźnych zastępstw; nagród i innych świadczeń wynikających ze stosunku pracy. Warto także zwrócić uwagę, iż do wynagrodzenia zaliczyć również należy składniki nieperiodyczne, takie jak np.: nagrody ze specjalnego funduszu nagród, dodatkowe wynagrodzenie roczne, nagrody jubileuszowe czy odprawy z tytułu rozwiązania stosunku pracy oraz odprawy z tytułu przejścia na emeryturę lub rentę.

Rozwiązanie stosunku pracy z nauczycielem następuje w razie: całkowitej likwidacji szkoły, bądź – w przypadku nauczyciela zatrudnionego na podstawie mianowania – na wniosek nauczyciela oraz w razie czasowej niezdolności nauczyciela do pracy spowodowanej chorobą (jeśli okres niezdolności przekracza 182 dni), w razie orzeczenia przez lekarza niezdolności nauczyciela do wykonywania dotychczasowej pracy, w razie ukończenia przez nauczyciela 65 lat życia, w razie uzyskania negatywnej oceny oraz w razie cofnięcia skierowania do nauczania religii w szkole.

Strunek pracy nauczyciela również wygasnąć z mocy prawa w razie: prawomocnego ukarania w postępowaniu dyscyplinarnym karą dyscyplinarną zwolnienia z pracy, jak też karą dyscyplinarną zwolnienia z pracy z zakazem przyjmowania ukaranego do pracy w zawodzie nauczyciela w okresie trzech lat od ukarania lub karą wydalenia z zawodu nauczycielskiego; prawomocnym skazaniem na karę pozbawienia praw publicznych lub utraty pełnej zdolności do czynności prawnych; prawomocnego skazania za przestępstwo popełnione umyślnie; stwierdzenia że zatrudnienie nastąpiło na podstawie fałszywych lub nieważnych dokumentów. Wygaśnięcie stosunku pracy stwierdza dyrektor szkoły.

II.

Polskie ustawodawstwo przyjęło czterostopniowy system awansu zawodowego nauczyciela. „Karta Nauczyciela” w art. 9a ust.1 określa, iż stopniami awansu zawodowego nauczycieli są: nauczyciel stażysta, kontraktowy, mianowany i dyplomowany. Uzyskanie stopnia nauczyciela stażysty następuje z dniem nawiązania stosunku pracy w szkole. Poza wspomnianym, proces nadania poszczególnych stopni awansu zawodowego jest uzależniony od łącznej realizacji szeregu warunków. Po pierwsze chodzi o nauczyciela który spełnia odpowiednie wymagania kwalifikacyjne. Drugim warunkiem jest odbycie stażu zakończonego pozytywną oceną dorobku zawodowego. Trzecim, uzyskanie pozytywnej opinii: w przypadku ubiegania się o

stopień nauczyciela kontraktowego – uzyskanie akceptacji komisji kwalifikacyjnej po przeprowadzonej rozmowie; w przypadku ubiegania się o stopień nauczyciela mianowanego – zdanie egzaminu przed komisją egzaminacyjną, zaś w przypadku nauczyciela mianowanego – uzyskanie akceptacji komisji kwalifikacyjnej po dokonaniu analizy dorobku zawodowego nauczyciela oraz po przeprowadzonej rozmowie.

Staż (art. 3 pkt. 3 Karty Nauczyciela) jest to okres zatrudnienia nauczyciela w przedszkolach, szkołach, placówkach i innych jednostkach organizacyjnych, w wymiarze co najmniej $\frac{1}{2}$ obowiązkowego wymiaru zajęć, rozpoczętego i realizowanego w trybie i na zasadach określonych w art. 9a – 9i. W przypadku ubiegania się o awans na stopień nauczyciela kontraktowego, staż trwa 9 miesięcy, zaś na stopień nauczyciela mianowanego i dyplomowanego – 2 lata i 9 miesięcy. Niezależnie od stopnia, staż rozpoczyna się z początkiem roku szkolnego, na wniosek złożony nie później niż w ciągu 14 dni od dnia rozpoczęcia zajęć (wyjątek dotyczy nauczyciela stażysty, który nie składa wniosku). W czasie odbywania stażu, nauczyciel powinien realizować własny plan rozwoju zawodowego zatwierdzony przez dyrektora szkoły.

Dyrektor szkoły przydziela nauczycielowi stażyście oraz nauczycielowi kontraktowemu opiekuna stażu, którym może być tylko nauczyciel mianowany lub dyplomowany. Do głównych zadań opiekuna stażu należy udzielanie pomocy nauczycielowi, który znajduje się pod jego opieką. W szczególności istotna jest pomoc w przygotowaniu oraz realizacji planu rozwoju zawodowego nauczyciela, jak również opracowanie projektu oceny dorobku zawodowego nauczyciela za okres stażu.

Staż kończy się złożeniem przez nauczyciela wniosku do dyrektora szkoły, dotyczącego uzyskania oceny dorobku zawodowego. Uzyskanie oceny pozytywnej nakłada na nauczyciela stażystę i nauczyciela kontraktowego konieczność złożenia przez nich wniosku do właściwych organów, w celu podjęcia odpowiedniego postępowania egzaminacyjnego lub kwalifikacyjnego w roku uzyskania pozytywnej oceny dorobku zawodowego za okres stażu. W przypadku nauczycieli mianowanych, wspomniany okres wynosi 3 lata od dnia uzyskania pozytywnej oceny dorobku za okres stażu. Niezłożenie wniosków w powyższych terminach skutkuje koniecznością powtórzenia stażu w pełnym wymiarze.

Dla nauczycieli ubiegających się o uzyskanie awansu na stopień nauczyciela kontraktowego, dyrektor szkoły powołuje komisję kwalifikacyjną. Jej przewodniczącym jest dyrektor lub jego zastępca, zaś w jej skład wchodzi: nauczyciel mianowany lub dyplomowany zatrudniony w danej szkole oraz opiekun stażu. Dla nauczycieli ubiegających się o awans na stopień nauczyciela mianowanego, organ prowadzący szkołę powołuje komisję egzaminacyjną, w skład której wchodzi: przedstawiciel organu prowadzącego szkołę – jako przewodniczący, przedstawiciel organu sprawującego nadzór pedagogiczny, dyrektor szkoły oraz dwaj eksperci z listy ekspertów ustalonej przez ministra właściwego do spraw oświaty i wychowania. Dla nauczycieli ubiegających się o awans na stopień nauczyciela dyplomowanego komisję kwalifikacyjną powołuje organ sprawujący nadzór pedagogiczny. W skład komisji wchodzi: przedstawiciel organu sprawującego nadzór pedagogiczny, dyrektor szkoły (poza sytuacją, kiedy dyrektor szkoły ubiega się o awans) oraz trzej eksperci z listy ekspertów ustalonej przez ministra właściwego do spraw oświaty i wychowania.

Jeżeli nauczyciele ubiegający się o odpowiedni stopień awansu zawodowego nie uzyskają akceptacji lub nie zdadzą egzaminu przed komisjami, mają prawo do ponownego złożenia wniosku o podjęcie postępowania kwalifikacyjnego lub egzaminacyjnego po odbyciu (na swój wniosek oraz za zgodą dyrektora szkoły) dodatkowego stażu w wymiarze 9 miesięcy.

Po uzyskaniu akceptacji lub zdaniu egzaminu, komisja kwalifikacyjna lub egzaminacyjna wydaje nauczycielowi odpowiednie zaświadczenie potwierdzające uzyskanie kolejnego stopnia awansu. Dyrektor szkoły lub organ powołujący komisję prowadzi rejestr wydanych zaświadczeń.

Poza wspomnianymi stopniami awansu zawodowego nauczycieli, (art. 9i ust. 1 Karty Nauczyciela) przywołuje honorową instytucję w zakresie pragmatyki zawodowej nauczycieli, a mianowicie tytuł profesora oświaty. Warunkiem jego uzyskania jest znaczący i uznany dorobek zawodowy, jak też 20-letni okres pracy w zawodzie nauczyciela, w tym 10-letni okres pracy jako nauczyciel dyplomowany. Wspomniany tytuł przyznaje minister właściwy do spraw oświaty, na wniosek Kapituły do Spraw Profesorów Oświaty. Należy zażnaczyć, że pierwsze ewentualne decyzje co do nadania tytułu będą wydawane od 2008 roku.

Wnioski

Uzasadnione wydaje się twierdzenie zgodnie z którym, polski ustawodawca postąpił słusznie obwarowując możliwość przystąpienia do zawodu nauczycielskiego licznymi warunkami. Poza odpowiednimi kwalifikacjami wynikającymi z wykształcenia, na szczególną uwagę zasługuje ustawowy wymóg co do jego przestrzegania powszechnie przyjętych zasad etycznych. Ma to wyjątkowe znaczenie gdy weźmiemy pod uwagę to, że głównym przesłaniem nauczyciela jest praca z dziećmi i młodzieżą.

Polski ustawodawca wprowadził również cztery szczeble, na których oparta jest ścieżka rozwoju zawodowego nauczyciela. Takie rozwiązanie należy uznać za niezwykle pożyteczne. Determinuje ono bowiem wspomnianą grupę zawodową do ciągłego podnoszenia kwalifikacji. Można sądzić, że powyższe rozwiązanie przyczyni się do rozwoju nie tylko poszczególnych osób pracujących w szkolnictwie, ale również całego systemu oświaty.

ИСТОЧНИКИ ТРУДОВОГО ПРАВА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ БЕЛАРУСИ И УКРАИНЫ: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АСПЕКТ

К. Томашевский

*Белорусский государственный университет
(Минск, Беларусь)*

Введение

Законодательная регламентация и стройное построение системы источников трудового права имеет не только теоретическое, но и важное практическое значение. Последнее проявляется в разумной систематизации норм трудового права, обеспечении их согласованности, а значит правильного толкования и применения. В тех же случаях, когда практикой выявляются пробелы и коллизии в правовом регулировании трудовых и связанных с ними отношениях, приходится применять аналогию закона, аналогию права или коллизионные нормы трудового права.

В настоящем докладе сосредоточим внимание на сравнении систем источников трудового права Беларуси, Украины, отчасти России с целью выявления позитивных подходов, представляющих интерес для возможного учета и заимствования в законодательстве о труде Беларуси.

Доктринальные разработки

Проблемы источников и системы трудового права активно разрабатывались учеными-трудовиками как в советский период (В.И. Смолярчуком, М.В. Молодцовым и др.), так и в период независимости России и Украины. Так, в России были защищены две докторские диссертации: В.И. Мироновым на тему «Источники российского трудового права: теория и практика», а Г.В. Хныкиным на тему «Локальные источники российского трудового права: теория и практика применения». Кроме того, в Российской Федерации был подготовлен ряд кандидатских диссертаций по данной тематике (С.М. Трошиной, Е.А. Шаповал, В.А. Крыжаном и другими). В Украине за последнее время было защищено две кандидатские диссертации по проблеме источников трудового права (В.Л. Костюком и О.М. Ярошенко). На фоне научных достижений в этой области российских и украинских ученых-трудовиков белорусская наука трудового права несколько отстает в плане исследования общей части трудового права, в том числе применительно к проблеме источников трудового права. Поэтому научные наработки и законодательная регламентация источников трудового права в указанных странах представляют несомненный интерес для формирования белорусской концепции системы и источников трудового права с учетом обоснованного зарубежного опыта государств-соседей.

Конституционная основа

Основы большинства отраслей права (в том числе и трудового) находят закрепление в конституциях соответствующих государств. В ст. 41–43 Конституции Республики Беларусь от 15.03.1994 г. и ст. 43–45 Конституции Украины, принятой 28.06.1996 г., закреплены основные начала трудового права: право на труд, запрещение принудительного труда, право на отдых, право на здоровые и безопасные условия труда (в Украине добавлено также указание на надлежащие условия труда), право на вознаграждение (в Беларуси подчеркивается гендерный аспект – равное вознаграждение мужчинам и женщинам, взрослым и несовершеннолетним, в Украине – своевременность получения зарплаты).

Для целей настоящего доклада особую важность представляют статьи основных законов в части построения иерархии источников права. Интересно, что в обоих государствах провозглашен принцип верховенства права, хотя прямо он не раскрывается (ч. 1 ст. 7 Конституции Беларуси и ч. 1 ст. 8 Конституции Украины).

Согласно ч. 2 ст. 8 Основного закона Украины Конституция имеет высшую юридическую силу. Законы и иные нормативно-правовые акты принимаются на основе Конституции Украины и должны соответствовать ей. Схожая, хотя и не идентичная норма закреплена в ч. 1 ст. 137 Конституции Беларуси, в соответствии с которой Конституция обладает высшей юридической силой. Законы, декреты, указы и иные акты государственных органов издаются на основе и в соответствии с Конституцией Республики Беларусь. Как видим, оба государства признают верховенство конституций по отношению ко всему иному законодательству, но не фиксируют принцип верховенства закона по отношению к подзаконным нормативным правовым актам. Это позволило некоторым белорусским ученым-юристам обосновать существование так называемых подконституционных актов с отнесением к ним декретов и указов Президента, принятых во исполнение норм Конституции. Такой подход, хотя и соответствует нормам Конституции Беларуси, но, в определенной степени угрожает реализации принципа разделения властей и может приводить к нарушению баланса ветвей власти.

В этом плане представляется более обоснованным закрепление в конституциях принципа верховенства закона (в идеале – правового закона), что позволило бы обеспечить более строго режим законности и соблюдения не только норм Конституции, но и законов, принимаемых парламентом, всеми государственными органами и должностными лицами. В этом аспекте норма п. 2 ст. 15 Конституции России, представляет интерес для возможного учета и заимствования как Беларусью, так и Украиной.

Отраслевое закрепление системы источников

Ст. 4 Кодекса законов о труде Украины от 10.12.1971 г. (далее – КЗоТ или КЗоТ Украины) содержит весьма общую норму о законодательстве о труде, к которому отнесен КЗоТ, и иные акты законодательства Украины, принятые в соответствии с ним. Несмотря на лаконичность данной статьи, в ней закреплён важный принцип, согласно которому иные акты законодательства Украины должны приниматься в соответствии с КЗоТ.

В настоящее время Правительством Украины подготовлен проект Трудового кодекса Украины (далее – проект ТК), положения которого также представляют научный интерес для целей сравнительного анализа.

В проекте ТК этим вопросам посвящена глава 2 «Нормативно-правовые и другие акты, которые регулируют трудовые отношения», состоящая из 8 статей. В силу ограниченности объема настоящей работы остановимся только на двух статьях этой главы (ст. 11 и 12), которые, на наш взгляд, были разработаны под определенным влиянием ст. 5 Трудового кодекса Российской Федерации от 30.12.2001 г. в редакции Федерального закона от 30.06.2006 г. ФЗ-90 (далее – ТК РФ).

Ст. 11 проекта ТК закрепляет систему нормативно-правовых и других актов, которые регулируют трудовые отношения, в которую должны войти Конституция Украины, ТК, законы Украины, акты Президента Украины и Кабинета Министров Украины, других органов государственной власти Украины. Указанные акты составляют трудовое законодательство.

К источникам регулирования трудовых и связанных с ними отношений проект ТК также относит генеральное, отраслевые и территориальные соглашения, коллективные и трудовые договоры. Недостатком этого правила представляется то, что в одном перечне оказались и нормативные и индивидуально-договорные соглашения о труде. Для сравнения в ТК Беларуси они расположены в разных пунктах ч. 1 ст. 7.

Следующее место в иерархии источников занимают нормативные акты работодателя (в Беларуси они именуются локальными нормативными правовыми актами). Важное правило с точки зрения обеспечения интересов работников состоит в том, что акты работодателя могут регулировать трудовые отношения лишь в случаях, предусмотренных законодательством, коллективными соглашениями и коллективными договорами.

В ст. 12 проекта ТК закреплены правила об актах трудового законодательства и соотношении между ними. Из толкования данной статьи выстраивается следующая система законодательства о труде Украины:

- Конституция Украины;
- Трудовой кодекс Украины;

- законы, которые принимаются в соответствии с Конституцией Украины и этого Кодекса и содержат нормы, которые регулируют трудовые отношения;
- акты Президента Украины в случаях, установленных Конституцией Украины.
- постановления Кабинета Министров Украины, которые принимаются в случаях, установленных Конституцией Украины, этим Кодексом и законами Украины;
- нормативно-правовые акты других органов государственной власти Украины, органов власти Автономной Республики Крым, органов местного самоуправления в случаях, установленных Конституцией Украины, ТК и законами Украины.

В проекте ТК Украины закреплено также интересное правило о том, что при принятии закона с иным регулированием трудовых отношений по сравнению с ТК, должно одновременно вноситься изменений в ТК Украины. Схожее правило содержится в ч. 5 ст. 5 ТК РФ. Подобная норма позволяет сделать ТК кодексом прямого действия и избегать в будущем коллизий в трудовом законодательстве. Этот позитивный опыт России и Украины следовало бы учесть и белорусскому законодателю.

В ТК Беларуси система источников регулирования трудовых и связанных с ними отношений закреплена несколько подробнее чем в КЗоТ Украины, но менее детально чем в ТК России и проекте ТК Украины. Белорусским законодателем выделяется только четыре группы таких источников, причем без выстраивания стройной иерархии между подзаконными актами, коллективными договорами, соглашениями и локальными нормативными правовыми актами: 1) Конституция Республики Беларусь; 2) настоящий Кодекс и другие акты законодательства о труде; 3) коллективные договоры, соглашения и иные локальные нормативные правовые акты, заключенные и принятые в соответствии с законодательством; 4) трудовые договоры.

В заключении сделаем вывод, что система источников трудового права в ТК Беларуси нуждается в более детальном закреплении с учетом позитивного опыта ТК России и проекта ТК Украины.

ПРО ПРИВАТНІ ТА ПУБЛІЧНІ ЗАСАДИ В АГРАРНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

В. Уркевич

*Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)*

Розглянемо питання наявності приватних та публічних засад, складників у правовідносинах, і, зокрема, в аграрних правовідносинах. Поділ правовідносин на приватноправові та публічно-правові заснований на поділі права на приватне й публічне. У сучасній юридичній літературі сферу публічного і приватного права вирізняють за різними критеріями. Підставами такого поділу називають: а) підставу виникнення відносин (координація або ж субординація); б) мету правового регулювання суспільних відносин (людина, громадянин або ж суспільство, держава); в) предмет правового регулювання; г) інтереси, що захищаються правом (суспільні (державні) інтереси або ж приватні інтереси); д) зміст суспільних відносин; е) способи судового захисту (у публічному праві здійснюється за ініціативою влади, у приватному – приватної особи); є) підпорядкованість чи невідпорядкованість єдиному центру (централізація чи децентралізація); ж) метод правового регулювання (приватноправовий, диспозитивний або ж імперативний).

Проте з позиції даного дослідження нас цікавить насамперед можливість виділення приватноправових і публічних начал у сфері правовідносин, вирізнення приватних і публічних правовідносин, виокремлення підстав такого розрізнення з наступним перенесенням отриманих результатів в царину правовідносин аграрних.

Як видається, ті чи інші правовідносини можуть бути віднесені до приватних або публічних лише в тому разі, якщо й елементи їх складу є приватноправовими або публічно-правовими. Отже, охарактеризуємо їх.

Спочатку щодо суб'єктів. У юридичній літературі зазначається, що їх вид (або статус) якраз і є однією з підстав поділу правовідносин на приватні й публічні. Відповідно до цього вирізняються відносини приватні, що виникають між юридично рівними суб'єктами (наприклад, фізичними особами) як елементами соціальної системи, і відносини публічні, що складаються між суб'єктами соціальної системи (державою, фізичними і юридичними особами), які ґрунтуються на публічній підлеглості.

На думку В.Ф. Попондопуло, класифікація відносин на приватні й публічні має ґрунтуватися на сукупності їх ознак. Виокремлюючи приватні й публічні правовідносини, вчений застосовує критерії (а) статусу особи – приватні (фізичні, юридичні) або ж публічні особи (держава, її органи, юридичні особи)⁸, (б) виду інтересу, який вони мають на меті, й (в) методу правового регулювання таких відносин. На відміну від такої точки зору О.І. Харитонова і Є.О. Харитонов переконують, що публічні правовідносини (як складник сфери публічного права) стосуються лише держави.

Можемо підсумувати, що статус суб'єктів правовідносин має важливе значення для їх поділу на приватні й публічні. При цьому, вважаємо, перші виникають за участю приватних осіб (фізичних, юридичних), другі – за участю публічних органів (органів державної влади, органів місцевого самоврядування), юридичних осіб публічного права. Указані приватні й публічні особи розрізняються за своїм правовим статусом, порядком створення, інтересами, які вони мають на меті у своїй діяльності тощо.

Що стосується наступного елемента складу правовідносин – їх об'єкта, то в юридичній літературі досліджень щодо нього надзвичайно мало. Лише в окремих джерелах була висловлена думка, що «...об'єкт правовідносин, на відміну від суб'єкта, не може служити критерієм класифікації правових відносин як таких, що належать до сфери приватного чи публічного права». Наведемо власні міркування на підтримку цієї позиції. Дійсно, різновид того чи іншого блага, з приводу якого виникає правовий зв'язок між певними суб'єктами, не відіграє вирішальної ролі для виокремлення у

правовідносинах приватних чи публічних елементів. Правові відносини між приватними особами, між публічними органами можуть виникати з приводу майна, земель, праці, управлінської діяльності та ін. Об'єкти правовідносин не несуть у собі приватних чи публічних засад, оскільки правові норми не можуть змінювати природних властивостей тих чи інших благ. Отже, різновиди і властивості цих об'єктів не можуть бути підставою ідентифікування останніх як приватних чи публічних.

Вирішальна роль у визначенні правовідносин як приватних чи публічних, як зазначається в юридичній літературі, належить суб'єктивним правам і юридичним обов'язкам. Причому публічні і приватні суб'єктивні права розрізняють за характером їх установаження або набуття, шляхами і способами захисту та ін. У приватному праві і приватноправових відносинах первинним є суб'єктивне право, у публічному праві і правовідносинах, де домінує публічний інтерес, перевага надається юридичному обов'язку. Ці висловлені думки можна було б визнати справедливими, однак і в приватних, і в публічних правовідносинах, як видається, присутні як суб'єктивні права, так і юридичні обов'язки. Виокремити критерій, за яким їх слід відносити до сфери приватних чи навпаки, публічних, досить проблематично. Адже за своєю глибинною сутністю вони все одно становлять вид і міру можливої або необхідної поведінки певної особи. Висунення на перший план суб'єктивного права чи, навпаки, юридичного обов'язку є доволі умовним. Вести ж мову про характер їх установаження або набуття, шляхи та способи захисту, ступінь свободи дій і значення волевиявлення суб'єктів для виокремлення приватних або публічних правовідносин навряд чи доцільно, оскільки елементом складу правовідносин виступають самі суб'єктивні права та юридичні обов'язки, а не наведені умови їх виникнення й реалізації. Отже, можемо підсумувати, що суб'єктивні права та юридичні обов'язки не є достатньою підставою для розрізнення приватних і публічних правовідносин.

Що стосується юридичних фактів, то в правовій літературі лише зазначається, що окремі їх види є більш характерними для приватного, інші – для публічного права. Звісно, укладення правочинів (договорів) є юридичним фактом, що опосередковує виникнення (зміну, припинення) переважно правовідносин, що належать до сфери приватного права. На відміну від цього, адміністративні акти викликають до життя відносини публічні. Проте за своїм змістом сутність юридичних фактів, що виступають підставою появи приватних або публічних правовідносин, залишається незмінною: це життєві обставини, з якими норми права пов'язують виникнення, зміну або ж припинення правових наслідків (правовідносин). Іншими словами, юридичні факти не можуть бути достатньою підставою поділу правовідносин на приватні й публічні.

Як бачимо, достатньою й необхідною підставою розрізнення приватних і публічних правовідносин є різновид, статус їх учасників: перші виникають між приватними особами, складаються лише за їх участю, другі характеризуються наявністю серед їх учасників публічних органів, юридичних осіб публічного права, які можуть вступати у такі правові зв'язки як з іншими подібними собі суб'єктами, так і з особами приватними.

Отримані висновки щодо приватноправових і публічно-правових засад у правовідносинах можуть бути задіяні при характеристиці сутності аграрних правовідносин. Звідси вважаємо, що аграрні правовідносини будуть належати до приватноправових, якщо вони виникають за участю приватних осіб (сільськогосподарських підприємств, їх членів, найманих працівників, інших фізичних, юридичних). Публічно-правовими аграрні правовідносини будуть у випадку участі у них публічних органів (органів державної влади, органів місцевого самоврядування), юридичних осіб публічного права. Особливості об'єкту, змісту аграрних правовідносин, юридичних фактів, що виступають підставою їх виникнення, зміни чи припинення не є підставою для віднесення аграрних правовідносин до приватноправових чи публічно-правових.

Звідси можна підсумувати, що висловлені аргументи вказують на те, що аграрні правовідносини, залежно від статуту їх суб'єктів, можуть бути віднесені до приватноправових або ж публічно-правових правовідносин.

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО, КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРИЧИНИ НЕОСУДНОСТІ

В. Бурдін

Львівський національний університет імені Івана Франка
(Львів, Україна)

Незважаючи на те, що проблемам осудності та неосудності в юридичній літературі було приділено багато уваги, ці проблеми і надалі залишаються одними із найбільш дискусійних в теорії кримінального права. В науковій літературі можна побачити дуже багато різноманітних визначень понять осудності та неосудності. Причому всі ці визначення відрізняються між собою за своїм змістом – кількістю ознак, які до них включаються науковцями. Нам видається, що при виведенні окремих понять необхідно зважати на певні співвідношення, що між ними існують, ігнорування яких призводить до помилок при виведенні понять. Так, вирішуючи питання про ознаки понять осудності та неосудності, необхідно брати до уваги те, що між вказаними поняттями існує відношення суперечності. Відношення суперечності існує між такими двома поняттями, одне з яких містить певні ознаки, а інше ці ж ознаки заперечує, не стверджуючи при цьому нових ознак. Змістом одного із понять, що перебувають у відношенні суперечності, є сукупність певних ознак, а змістом іншого – заперечення цих самих ознак.

Таким чином, методологічно правильно виходити з того, що поняття неосудності є негативним за своїм змістом поняттям, ознаки якого повинні виводитися із позитивного поняття осудності. Разом з тим, більшість вчених, вказуючи на ознаки поняття неосудності, не беруть до уваги те співвідношення, яке існує між названими поняттями, а намагаються дати визначення цього поняття, виходячи із законодавчих положень, що стосуються неосудності, передбачених в ч. 2 ст. 19 КК України. Типовою помилкою, яку, на нашу думку, допускають при цьому вчені, є включення до ознак поняття неосудності вказівки на причини, що обумовлюють існування такого стану. При цьому, як правило, одночасно допускається і інша методологічна помилка, коли законодавчі положення, що стосуються причин неосудності, розглядаються як *a priori* правильні, тобто такі, що наведені законодавцем повно та вичерпно.

Відзначимо, що ця проблема має давнє походження. Так, ще при обговоренні проекту Кримінального уложення 1903 р. була висловлена думка про необхідність у формулі неосудності обмежитися тільки психологічним критерієм, оскільки такий підхід відповідає формулі осудності, і не вказувати на причини, що можуть її обумовлювати. Разом з тим, вона не була прийнята з огляду на її процесуальну недоцільність. Противники такого рішення вказували на те, що за такого її формулювання суд був би позбавлений переліку випадків, коли необхідно спеціально досліджувати питання про осудність чи неосудність особи. Критикуючи пропозиції щодо необхідності окремого виділення поняття обмеженої і так званої “професійної” осудності, Р.І. Міхеев також вказував, що диференціювати треба не саму осудність чи неосудність, а причини, що призводять до неосудності. На його думку, в кримінальному кодексі необхідно більш чітко конкретизувати причини, які виключають осудність особи, а також кримінально-правове значення різного роду психічних аномалій та психофізіологічних особливостей особи.

Пропозиції про необхідність диференціації причин неосудності висловлюються і сучасними дослідниками. Так, О.Д. Сітковська вважає, що не медична дихотомія норма – патологія, а психологічна дихотомія здатність – нездатність до усвідомлено-вольової поведінки в конкретному випадку повинна відігравати вирішальну роль в змістовній характеристиці осудності-неосудності. При цьому вона вказує, що з точки зору психолога та юриста для висновку про відсутність здатності особи

до усвідомлено-вольової поведінки в момент вчинення суспільно небезпечного діяння наявність медичного критерію не є обов'язковим. По суті достатньо встановити наявність чи відсутність вказаної можливості у особи в певний момент. Більше того, вона вважає, що традиційний підхід до причин неосудності не охоплює всього кола випадків, коли матеріали справи дають підстави для сумніву в тому, що особа мала здатність до усвідомлено-вольової поведінки. Маються на увазі випадки, коли при відсутності так званого "медичного критерію" неосудності в його точному розумінні вирішальний вплив на поведінку має: 1) значне відставання в розвитку неповнолітнього внаслідок неправильного виховання чи педагогічної занедбаності; 2) відсутність здатності до вольової поведінки внаслідок інтенсивного примусу ззовні; 3) втрата здатності до усвідомлено-вольової поведінки внаслідок невідповідності індивідуально-психологічних можливостей вимогам екстремальної ситуації; 4) втрата цієї здатності внаслідок тимчасових функціональних станів та нервово-психічних перенавантажень.

Розглядаючи означену проблему, перш за все, необхідно звернути увагу на її загальнофілософський характер. Адже причина та наслідок – це філософські категорії, які відображають одну із форм всезагального зв'язку та взаємодії явищ. Під причиною розуміється певне явище, дія якого викликає, визначає, змінює, призводить або тягне за собою інше явище, яке в свою чергу називають наслідком. Треба погодитися з Н.М. Ярмиш, яка вважає, що термін "причинність" використовується філософами в першу чергу для позначення фундаментального принципу. Кожне явище має свою причину, тобто причинно обумовлено. В природі не існує явищ, які би не мали певних причин свого існування, не були причинно обумовлені. На думку Н.М. Ярмиш, сутність принципу причинності полягає в тому, що немає предметів, явищ, процесів, які б не мали причини свого виникнення, зміни чи зникнення. В цьому розумінні причинність виступає як загальний орієнтир наукового пізнання, як ідеал такої пізнавальної діяльності. Він заздалегідь налаштовує дослідника на те, що об'єкт пізнання повинен мати свою причину, пошук якої і становить головне завдання дослідження. Кожна наука пристосовує цей принцип до своїх потреб і з його допомогою обґрунтовує можливість пошуку причин будь-якого, здавалося би, самого загадкового явища (Н.М. Ярмиш). В основі цього принципу знаходиться розуміння причинності як певного генетичного зв'язку явищ, в якому одне явище – причина, за наявності необхідних умов неминуче породжує інше явище – наслідок.

На сьогодні загальновизнаним є положення про те, що причини одного і того ж явища можуть бути різноманітні. Адже будь-яке явище має нескінченну кількість форм свого прояву, відносин, зв'язків, за своєю власною структурною організацією є невичерпно складним: включає в себе якісно різні форми руху матерії. Разом з тим слід мати на увазі і те, що одна і та сама причина може за різних умов призводити до настання різних наслідків. То, як саме буде діяти причина і яким саме буде наслідок залежить не тільки від природи самої причини, але й від характеру умов, за яких буде відбуватися дія цієї причини. Таким чином, пізнання причин певного явища направлено, перш за все, на розкриття суті цього явища. З огляду на викладене, на наш погляд, потрібно звернути увагу на таких принципово важливих методологічних положеннях:

- по-перше, досліджуючи правові явища, зокрема неосудність, необхідно мати на увазі множинність причин, що можуть обумовлювати їх виникнення, зміну та припинення. Така багатопричинність є об'єктивною реальністю, ігнорування якої може призвести до односторонніх, неповних досліджень правових явищ;
- по-друге, оскільки одна і та сама причина в різних умовах її дії може призводити до настання різних наслідків, аналіз лише однієї із багатьох причин певного явища не зможе забезпечити з'ясування суті явища, що нею породжується. Більше того, дослідження одних і ігнорування інших причин певного явища може в кінцевому рахунку призвести до неправильного розуміння його суті, взаємозв'язку з іншими явищами;
- по-третє, оскільки ознаки поняття неосудності повинні виводитися із протилежного йому за змістом позитивного поняття осудності, саме таке визначення поняття неосудності і повинно бути закріплене в КК України. Разом з тим, очевидно, що в КК України необхідно окремо вказати і на причини, які можуть обумовлювати виникнення такого стану, та вказати на кримінально-правове значення дії цих причин.

КОНТРОЛЬ СУДУ ЗА ЗАКОННІСТЮ ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ В ЖИТЛІ ЧИ ІНШОМУ ВОЛОДІННІ ОСОБИ

К. Голдзіцький

*Хмельницький університет управління та права
(Хмельницький, Україна)*

1. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (16.12.1966 р.) визначає, що ніхто не може безпідставно або незаконно посягати на недоторканність житла (ст. 17). Конституція України, імплементувавши вказану норму, закріпила положення, згідно з яким кожному гарантується недоторканність житла, яка полягає у недопустимості проникнення до житла чи іншого "володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду. У невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей і майна чи безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, можливим є й інший, встановлений законом порядок проникнення до житла чи до іншого володіння особи та проведення в них огляду та виїмки.

У зв'язку з припиненням дії п. 13 „Перехідних положень“, порядок проведення огляду та обшуку житла або іншого володіння особи, який існував протягом п'яти років після набуття чинності Конституцією, було приведено у відповідність до Основного Закону кримінальне – процесуальне законодавство. Так, Законом України від 21.06.2001 р. № 2533-П внесені зміни до Кримінального процесуального Кодексу України, що закріпили нову процедуру проведення обшуку і огляду житла або іншого володіння особи, у тому числі й порядок надання згоди на їх проведення.

2. Обшук проводиться за наявності достатніх підстав вважати, що знаряддя злочину, речі й цінності, здобуті злочинним шляхом, а також предмети і документи, які мають значення для встановлення істини у справі чи забезпечення цивільного позову, знаходяться в певному приміщенні або місці чи у якої не будь особи. Крім того, його провадять і у тому випадку, коли є достатні дані про те, що в певному приміщенні або місці знаходяться розшукувані особи, а також трупи чи тварини (частини 1, 2 ст. 177 КПК України). Залежно від того, де знаходяться предмети чи особи, які підлягають відшукуванню, законодавець відповідно і розмежовує обшук на такі види: обшук особи, обшук житла або іншого володіння особи та обшук інших об'єктів. Це визначило правомочного суб'єкта кримінально-процесуальної діяльності, за постановою якого проводяться зазначені слідчі дії: за постановою слідчого з санкції прокурора або без неї, за постановою судді або взагалі без постанови.

Таким чином, обшук і огляд житла чи іншого володіння особи, за винятком невідкладних випадків, провадять лише за вмотивованою постановою судді. При необхідності провести обшук чи огляд слідчий за погодженням з прокурором звертається з поданням до судді за місцем провадження слідства (ч. 5 ст. 177, ч. 4 ст. 190 КПК України). Як впливає з тексту цієї норми, у разі необхідності провести зазначені слідчі дії проміжною ланкою у процесуальних правовідносинах слідчого із суддею виступає прокурор. Це означає, що подання слідчого може й не потрапити до судді, якщо прокурор не погоджується на проведення обшуку або огляду житла чи іншого володіння особи.

У зв'язку з цим, як слушно відзначалося в літературі (О. Врублевський) виникає питання: чи існує потреба в процедурі погодження подання слідчого з прокурором?

3. Слідчий усі рішення про провадження слідчих дій приймає самостійно, за винятком випадків, коли законом передбачено одержання згоди від суду (судді) або прокурора, і несе повну відповідальність за їх законне і своєчасно проведення (ч. 1 ст. 144 КПК України). З буквального тлумачення даного припису впливає, що слідчий зобов'язаний відмовитись від звернення до суду з поданням, якщо з ним не погоджується прокурор. Поряд з цим кримінально-процесуальний закон містить вичерпний перелік вказівок прокурора, у разі незгоди з якими слідчий вправі подати справу вищестоящому прокурору з письмовим викладом своїх заперечень, а саме: про притягнення як обвинуваченого, про кваліфікацію злочину і обсяг обвинувачення, про направлення справи для

відання обвинуваченого до суду або закриття справи (ч. 2 ст. 114 КПК України). Оскільки незгода прокурора не може вважатися вказівкою, то за змістом норми, яка розглядається нами, слідчий позбавлений права звернутися до вищестоящего прокурора з письмовим викладом своїх заперечень. Також незгода прокурора не входить і в обсяг дій, які можна було б оскаржити в порядку ст. 236 КПК України. У зв'язку з цим, на нашу думку, двоступінчата процедура отримання дозволу на проведення вказаної слідчої дії є зайвою. По-перше, вона не сприяє оперативності проведення обшуку або огляду житла чи іншого володіння особи, по-друге, слідчому не потрібно переконувати в необхідності їх проведення та в наявності для цього підстав прокурора – суб'єкта кримінального процесу, якому за змістом ст. 30 Конституції України не відводиться ніякої ролі. Від такої процедури в новому КПК України бажано відмовитись.

4. Відповідно до ч. 5 ст. 177 і ч. 4 ст. 190 КПК України суддя негайно розглядає не лише подання, а й матеріали справи, а у разі необхідності також вислуховує слідчого та прокурора. Залежно від того, чи містять матеріали справи достатні підстави, суддя виносить постанову про проведення обшуку (ч. 5 ст. 177 КПК України). Питання про проведення огляду в житлі чи іншому володінні особи суддя повинен вирішувати перевіркою наявності для цього підстав (ч. 4 ст. 190 КПК України). Проте здійснення такої перевірки виявляється дещо проблематичним, оскільки на відміну від підстав обшуку, які безпосередньо визначені законом (ч. 1 ст. 190 КПК України) виявляється недостатньо. У зв'язку з цим підстави для проведення огляду, як і інших слідчих дій, здійснення яких у передбачених законом випадках відбувається не інакше як за постановою судді, мають бути закріплені законодавцем, а не визначатись суддею, виходячи з мети огляду в кожному конкретному випадку. Все це вимагає внесення відповідних змін до КПК України.

Закон закріпив положення, згідно з яким постанова судді про проведення обшуку оскарженню не підлягає, але на постанову про відмову в проведенні обшуку протягом трьох діб з дня її внесення прокурором може бути подана апеляція до апеляційного суду (ч. 5 ст. 177 КПК України), чого не можна стверджувати щодо постанови про проведення чи відмову в проведенні огляду житла чи іншого володіння особи. За змістом останнього речення вказаної вище норми постанова судді незалежно від сформульованого в ній рішення оскарженню не підлягає. Про можливість подання прокурором апеляції на постанову судді про відмову в проведенні огляду взагалі не зазначається. Вважаємо, що усічена редакція зазначеного припису може створювати певні непорозуміння у відносинах суду і прокуратури, у зв'язку з чим необхідно доповнити ч. 4 ст. 190 КПК України.

5. Поряд з цим закон передбачає можливість проведення обшуку або огляду житла чи іншого володіння особи у невідкладних або інших випадках без постанови судді. Невідкладність проведення обшуку або огляду законодавець пов'язує із врятуванням життя та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину (ч. 6 ст. 177, ч. 5 ст. 190 КПК України). Іншими випадками, що надають можливість проведення невідкладного проведення огляду без постанови судді, є такі: наявність письмової згоди володільця, заяви або повідомлення особи про вчинений щодо неї злочин; відсутність цієї особи або неможливість отримання від неї згоди на проведення невідкладного огляду місця події (ч. 6 ст. 190 КПК України).

Причини, що обумовили проведення обшуку або огляду без постанови судді, підлягають обов'язковому зазначенню слідчим у протоколах таких слідчих дій (ч. 6 ст. 177 КПК України). На наш погляд, наявність такого припису є цілком виправданим, оскільки зазначення таких причин відображатиме відповідність чи не відповідність фактичних обставин підставам проведення даних слідчих дій у житлі чи іншому володінні особи у невідкладних випадках.

Крім того, не зовсім зрозумілими виявляються припису закону, згідно з якими слідчий протягом доби з моменту проведення обшуку або огляду житла чи іншого володіння особи зобов'язаний: 1) направити копію протоколу обшуку прокуророві (ч. 6 ст. 177 КПК України); 2) повідомити про проведений огляд та його наслідки прокурора, який здійснює нагляд за досудовим слідством (п. 7 ст. 190 КПК України).

Залежно від того, чи буде місцем проведення обшуку житло або інше володіння особи, законодавець відповідно й диференціював компетенцію прокурора і судді. Зокрема, прокурор санкціонує проведення обшуку, за винятком житла чи іншого володіння особи. У разі його проведення слідчим у невідкладних випадках, про це сповіщають прокурора у добовий строк (ч. 4 ст. 177 КПК України). Зважаючи на те, що сама невідкладність проведення обшуку позбавляє прокурора можливості

перевірити законність і обґрунтованість прийнятого слідчим рішення, наступне повідомлення про проведений обшук і його результати не лише компенсує неможливість першопочаткового здійснення перевірки, а й дає змогу прокурору визначити законність і обґрунтованість слідчої дії в цілому.

Невідкладність же проведення обшуку або огляду житла чи іншого володіння особи нормативно позбавляє суддю можливості як розглянути подання слідчого і винести відповідну постанову, так і дати правову оцінку діям слідчого за результатами проведення слідчих дій. Зважаючи на цю обставину, логічним наслідком проведення огляду або обшуку житла або іншого володіння особи мало б бути направлення слідчим копії протоколу не прокуророві, а судді – суб'єкту кримінально-процесуальної діяльності, прерогативою якого є винесення постанови про проведення чи відмову в проведенні слідчих дій, пов'язаних з обмеженням недоторканості житла або іншого володіння особи. Іншими словами, законодавцем не вирішено питання відповідності: кому з правомочних суб'єктів (прокурору чи судді) залежно від місця здійснення слідчої дії належить прерогатива у дачі дозволу на її проведення, але й зв'язку з невідкладністю така прерогатива нормативно обмежується, тому суб'єкту і повинно бути повідомлено про проведenu слідчу дію та її результати. Зазначену невідповідність, на нашу думку, необхідно усунути.

Як впливає з тексту розглядуваних норм, законодавець зобов'язує слідчого вчиняти у разі проведення обшуку або огляду житла чи іншого володіння особи різні за змістом дії, а саме: у разі проведення обшуку направляти копію протоколу, а за результатами огляду – повідомляти про його здійснення та наслідки. Вважаємо, що у даному випадку законодавцю необхідно визначити єдиний спосіб сповіщення про результати проведеної слідчої дії, на підставі чого внести відповідні зміни до кримінально-процесуального закону.

Запровадження обов'язку слідчого сповіщати суддю навіть про всі випадки проведення обшуку або огляду житла чи іншого володіння особи не втрачатиме своєї формальності, якщо суддя, отримавши повідомлення (копію протоколу), не перевірятиме законність і обґрунтованість вчинених дій. Тому вважаємо, що наслідком такої перевірки мало б бути прийняття суддею одного із таких рішень: 1) визнання результатів проведеної слідчої дії; 2) оголошення її недійсною, а отримані при цьому фактичні дані такими, що не мають доказового значення. Ясна річ, що в сучасних умовах дана новела може призвести до перевантаження роботи суддів, проте за умови поступового збільшення їх чисельності в недалекому майбутньому видаватиметься цілком реальною.

ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ СТ. 69 КК ПРИ ПРИЗНАЧЕНІ КРИМІНАЛЬНИХ ПОКАРАНЬ ЗА ТЯЖКІ ТА ОСОБЛИВО ТЯЖКІ НАСИЛЬНИЦЬКІ КОРИСЛИВІ ЗЛОЧИНИ

Б. Головкін

*Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)*

Підставами застосування ст. 69 КК є наявність декількох пом'якшуючих покарання обставин, що істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину з урахуванням особи винного. Йдеться про встановлення судом не менше двох пом'якшуючих обставин, що в сукупності із позитивними характеристиками особи підсудного *суттєво* знижують ступень суспільної небезпеки (тяжкості) вчиненого злочину. Перевірити як на практиці суди застосовують положення вказаної статті ми спробували на базі вибіркового узагальнення 1068 кримінальних справ по тяжким та особливо тяжким насильницьким корисливим злочинам, що були розглянуті місцевими районними судами у 12 областях України. Одним із питань дослідження стало призначення покарання за дану категорію злочинів. Пропонуємо аналіз результатів дослідження найбільш поширених на практиці злочинів даної категорії: кваліфіковані та особливо кваліфіковані грабежі (ч. 3,4,5 ст. 186); розбої – ч. 2,3,4 ст. 187 і вимагання – ч. 2,3,4 ст. 189 КК України. Вибірковий масив становили: 123 насильницькі грабежі, які вчинили 205 осіб; 443 розбої, які вчинили 867 осіб; 90 вимагань – 173 злочинці, відповідно. Всім злочинцям 100% основним покаранням було призначено позбавлення волі.

За даними нашого дослідження положення **ст. 69 КК України** застосовувалися до **26,2% грабіжників, 38,8% розбійників і 41,9% вимагателів**. Отримані результати викликають занепокоєння. Вони можуть свідчити або про завищені санкції і, відповідно, низьку ефективність по досягненню мети покарання злочинів даного виду, або про низьку ефективність покарання на стадії його індивідуалізації судами при визначенні строків покарання.

Припустимо, що розмір санкцій вище названих кваліфікованих та особливо кваліфікованих грабежів, розбоїв, вимагань дійсно завищений. Тоді, цілком логічно припустити, що у даних злочинів має посилюватися загально превентивний ефект, оскільки надмірно великі строки позбавлення волі виступають доволі потужним утримуючим чинником при прийнятті злочинного рішення. Викладене має позитивно відбитися на загальній динаміці аналізованої категорії злочинів. Звернемося до аналізу офіційної статистики ДІТ МВС України. За період з 2001 року по 2006 рік в Україні існує стійка тенденція до зниження рівня злочинності (за виключенням 2003 р.): 2001 р. – 503676 (100%), 2002 р. – 408274 (-19%), 2003 р. – 556351 (+36%), 2004 р. – 520105 (-6,5%), 2005 р. – 485725 (-6,6%), 2006 р. – 420900 (-13%). На цьому фоні динаміка грабежів носить протилежний характер 2001 р. – 23251 (100%), 2002 р. – 21066 (-9%), 2003 р. – 36484 (+73%), 2004 р. – 40785 (+11,7), 2005 р. – 47050 (+15,3%), 2006 р. – 41663 (-11,5%). Хвилеподібний рух мала динаміка розбоїв: 2001 р. – 5674 (100%), 2002 р. – 5191 (-8,5%), 2003 р. – 5702 (+9,8%), 2004 р. – 5538 (-2,9), 2005 р. – 6707 (+21,1%)%, 2006 р. – 6465 (-3,6). І лише рівень зареєстрованих вимагань послідовно знижується: 2001 р. – 2079 (100%), 2002 р. – 2076 (-0,1%), 2003 р. – 1897 (-8,6%), 2004 р. – 1319 (-30,5%), 2005 р. – 1153 (-12,6%), 2006 р. – 913 (-20,8%). Наведені показники не дають вагомих підстав говорити про завищеність типових санкцій розглядуваної категорії злочинів.

Пропонуємо аналіз результатів нашого дослідження. Як правило, суди встановлюють дві пом'якшуючі покарання обставини: 23,1% грабіжників, 34,9% розбійників, 36,4% вимагателів; три і більше вказаних обставин встановлено у відношенні 3,3% грабіжників, 3,7% розбійників, 4,0% вимагателів. Перелік пом'якшуючих обставин не є вичерпним, що дозволяє суду його розширювати. Перш за все розглянемо обставини, зазначені у ст. 66 КК. Зазвичай, це щире каяття і активне сприяння

розкриттю злочинів: 67,8% грабіжників, 71,2% розбійників, 51,4% вимагателів. На другому місці йде добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди: 20,5%, 22,5%, 12,7% відповідно. На третьому місці – вчинення злочину неповнолітнім: 14,1%, 9,0%, 5,8%. У поодиноких випадках – вчинення злочину внаслідок збігу тяжких особистих та сімейних обставин – 0,9%, 1,0%, 2,3% відповідно.

Значний інтерес представляють обставини, визнані судом як пом'якшуючі, а також дані про особу підсудного, оскільки їх комплексна оцінка судом покладена в мотивувальну основу застосування більш м'якого покарання, ніж передбачено законом. Йдеться про: *позитивні характеристики на підсудного до вчинення злочину* – 17,0% грабіжників, 27,8% розбійників, 32,9% вимагателів; *наявність на утриманні неповнолітніх дітей і осіб похилого віку* – 10,6%, 10,1%, 23,1% відповідно; *незадовільний стан здоров'я підсудних* – 4,4%, 3,3%, 1,7%; *молодий вік підсудних* – 1,9%, 5,4%, 4,6%; *відсутність тяжких наслідків злочину* – 0,5%, 2,4%, 4,6%; *врахування думки потерпілого сурово не карати винних* – 1,4%, 2,4%, 1,7%; *вперше вчинений злочин* – 0,9%, 2,4%, 2,3%; *наявність роботи і постійного місця проживання* – 0,5%, 1,4%, 1,7%; *важке матеріальне становище* – 0,9%, 1,3%, 1,7%; *другорядна роль у вчиненні злочину* – 0,5%, 0,6%, 1,7% відповідно.

Отримані результати спонукають до думки про надмірне застосування судами ст. 69 КК при призначенні покарання підсудним. Нагадаємо, що ми вивчали лише кваліфіковані і особливо кваліфіковані грабежі, розбої, вимагання. Це тяжкі і особливо тяжкі насильницькі злочини з корисливою мотивацією, для яких типовим є прямий умисел винних. Показовим є надзвичайно високий ступень реалізації умислу по даній категорії злочинів. Так, 95,9% грабежів, 98,4% розбоїв, 100% вимагань були закінченими злочинами. 64,2% грабежів, 74,7% розбоїв, 75,5% вимагань вчинялися при співучасті, за попередньою змовою групою осіб. Серед предметів посягання найчастіше фігурують грошові кошти, валютні цінності, золото – 41% грабежів, 58% розбоїв, 72,3% вимагання. Вище наведене свідчить про підвищений ступень суспільної небезпечності аналізованої категорії злочинів, їх тяжкість, що знайшло своє відбиття у типовому розмірі санкцій відповідних статей КК. З огляду на це досить цинічно виглядає щирість каяття підсудних, сумнівним є активне сприяння розслідуванню злочинів. Уявляється, що невід'ємною складовою ступеня суспільної небезпечності злочину є суспільна небезпечність особи, яка його вчинила. Остання також не з'являється на пустому місці. Ми говоримо про вольовий цілеспрямований злочин, що передбачає прямий силовий контакт із потерпілим. Тут необхідна особлива психологічна готовність, рішучість, неабиякі фізичні дані. Обрання насильницького способу реалізації корисливих мотивів не є випадковим. Злочинний намір певний час визріває, злочин готується, для нападників характерний єдиний груповий умисел, суто прагматичне об'єднання групових зусиль заради досягнення кінцевого результату. У зв'язку з цим вважаємо, що оцінювати суспільну небезпечність підсудних необхідно **на момент вчинення посягання**, оскільки абсолютна більшість із них, переховуються від слідства, вживають заходи по приховуванню слідів злочину, чинять супротив при розслідуванні злочинів, здійснюють тиск на потерпілих. Про яке щире каяття може йти мова? Чому не зафіксовано жодного факту добровільної відмови від вчинення злочину? Вкрай поодинокі випадки з'явлення із зізнанням. Більш того, широке застосування судами ст. 69 КК, коли покарання знижується на строк менше 5 років позбавлення волі, дозволяє застосовувати ст. 75 КК, і взагалі звільняти злочинців від відбування покарання із випробуванням. За нашими даними **25,3% грабіжників, 11,2% розбійників, 9,8% вимагателів були звільнені судом від відбування покарання.**

Суттєво доповнять уявлення про практику застосування кримінальних покарань за досліджувану категорію злочинів дані про обтяжуючі обставини, встановлені судом при призначенні покарання. Серед останніх перше місце посідає вчинення злочину особою, яка перебуває у стані алкогольного/наркотичного сп'яніння: 40,5%, 43,1%, 19,0%. Слід зауважити, що суди в окремих випадках «не помічають» дану обтяжуючу покарання обставину. За матеріалами узагальнених кримінальних справ 41,9% грабіжників, 47,0% розбійників, 21,3% вимагателів на момент вчинення злочину перебували у такому стані. Повторність та рецидив становлять 16,6%, 14,5%, 18,5% відповідно; чинення злочину щодо особи похилого віку – 12,3%, 8,2%, 5,8%; **тяжкі наслідки, завдані злочиним** – 0,5%, 2,1%, 5,2%.

При винесенні вироку суди також враховували наступні відомості про особу підсудного. Насамперед, наявність не знятих і не погашених судимостей – 11,7%, 8,5%, 12,7%. Дивна річ, але за результатами нашого дослідження 41,9% грабіжників, 36,9% розбійників і 39,9% вимагателів таки мали не зняту і непогашену судимість, втім «Феміда» і тут залишилася незрячою. Вчинення нового злочину у випробувальний термін відмічалось у 5,8%, 8,6%, 4,0% осіб, відповідно. За нашими даними цей показник становить 21,5%, 11,8%, 13,9%. Негативні характеристики на підсудного враховувалися судом у відношенні 1,4% грабіжників, 2,2% розбійників, 0,6% вимагателів, хоча реально мали місце у матеріалах кримінальних справ: 25,8%, 28,3%, 8,1% відповідно. Складається враження, що суди будь-що намагаються вишукати пом'якшуючі покарання обставини, і водночас, вперто не помічають відомостей, що характеризують підвищену суспільну небезпечність підсудних. Щиро хочеться вірити у відсутність корисливих спонукань судів при такому довільному застосуванні положень ст. 69 КК за вчинені тяжкі та особливо тяжкі насильницькі корисливі злочини. Слід визнати, що вказана стаття КК стала своєрідною лазівкою для виведення із під передбаченої законом відповідальності злочинців із підвищеною суспільною небезпечністю. При цьому суди автоматично ігнорують загальні засади призначення покарання, не реалізується мета покарання, підривається віра населення у справедливість правосуддя. І саме головне, де гарантія, що особи, які уникли передбаченого законом покарання, відчувши безкарність, знову не вчинять тяжкого злочину. Принаймні, відповідальність суддів за такого роду вирoki законом не передбачена.

О НОРМАТИВНОМ ОБЕСПЕЧЕНИИ КРИМИНОЛОГИЧЕСКОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

С. Калинин

*Белорусский государственный университет
(Минск, Беларусь)*

В целях усиления качества принимаемых нормативных правовых актов, пресечения негативных последствий, могущих породить криминализацию общественных отношений в Республике Беларусь в нормотворческий процесс введена криминалогическая экспертиза проектов нормативных правовых актов (далее – экспертиза), под которой понимается исследование содержания проекта закона в целях выявления в нем норм, реализация которых может повлечь возникновение рисков криминогенного характера. На наш взгляд, экспертизу можно рассматривать как одной из форм перспективного и ретроспективного толкования права, применяемого к строго специфической цели – выявлению в тексте акта норм, могущих влечь незапланированные негативные последствия. На данный момент проведение экспертизы регламентируется:

1. статьями 49–49¹ Закона «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» (далее – Закон);
2. Указом Президента Республики Беларусь от 3 августа 2006 г., № 482 «О создании государственного учреждения» в редакции от 29 мая 2007 г. № 244 (далее – Указ № 482);
3. Указом Президента Республики Беларусь от 29 мая 2007 г., № 244 "О криминалогической экспертизе проектов законов Республики Беларусь", утвердившим Положение о порядке проведения криминалогической экспертизы проектов законов Республики Беларусь (далее – Положение), внесший ряд изменений и дополнений в Указы Президента Республики Беларусь, а также введший в силу статью 49¹ Закона (далее – Указ № 244);
4. Методическими рекомендациями по проведению криминалогической экспертизы проектов законов Республики Беларусь, утвержденными Приказом Генерального прокурора Республики Беларусь от 17 сентября 2007 г., № 35.

Таким образом, *нормативное и организационное* обеспечение проведения экспертизы, начатое в 2004 году принятием ст. 491 Закона, завершено только осенью 2007 г., когда Научно-практическим центром проблем укрепления законности и правопорядка Генеральной прокуратуры Республики Беларусь (далее – Научно-практический центр) для проведения экспертизы были приняты первые проекты законов. Введение экспертизы проводилось по традиционной схеме *сверху вниз*, а именно первоначально дополнение Закона и лишь затем разработка полного пакета нормативных документов. При этом идея, заложенная ст. 491 Закона несколько раз корректировалась в ходе практической реализации. Среди наиболее важных изменений следует выделить:

1. *ограничение предмета экспертизы только проектами законов Республики Беларусь* (Указ № 482 в редакции Указа № 224). Первоначально ст. 49¹ Закона предписывала проводить экспертизу всех нормативных правовых актов, направленных на регулирование общественных отношений в финансово-экономической сфере, в сферах государственной службы, судебной и правоохранительной деятельности, социальной защиты, здравоохранения, образования, охраны окружающей среды и рационального использования природных ресурсов. Указ № 428 в первоначальной редакции предписывал подвергать экспертному изучению проекты декретов и указов Президента Республики Беларусь;

2. *изменение субъектов, проводящих экспертизу*. Первоначально Министерство юстиции (в лице Республиканского центра анализа и прогнозирования преступности Научно-исследовательского института проблем криминологии, криминалистики и судебной экспертизы Министерства юстиции Республики Беларусь) должно было проводить экспертизу проектов декретов и указов Президента Республики Беларусь, постановлений Правительства Республики Беларусь; Национальный центр

законопроектной деятельности при Президенте Республики Беларусь – проектов законов, вносимых в Палату представителей Национального собрания Республики Беларусь, а также изменений и (или) дополнений, внесенных в законопроект в Палате представителей Национального собрания Республики Беларусь; юридические службы министерств, иных республиканских органов государственного управления, Национального банка Республики Беларусь, местных исполнительных и распорядительных органов, других государственных органов – проектов нормативных правовых актов данных органов; юридические службы местных исполнительных и распорядительных органов – проектов нормативных правовых актов соответствующих местных Советов депутатов. В данный момент экспертиза проводится только Научно-практическим центром, созданным на основе реорганизации Республиканского центра анализа и прогнозирования преступности Научно-исследовательского института проблем криминологии, криминалистики и судебной экспертизы Министерства юстиции Республики Беларусь, лишь в отношении проектов законов Республики Беларусь.

3. *придание экспертизе экспериментального статуса.* Генеральный Прокурор Республики Беларусь обязан по результатам проведения экспертизы проектов законов Республики Беларусь до 1 января 2010 г. внести Президенту Республики Беларусь предложения о возможности проведения данной экспертизы в отношении проектов иных нормативных правовых актов Республики Беларусь (абзац третий п. 4 Указа № 244).

Можно констатировать, что первоначальная идея законопроекта (ст. 49¹) не достигнута и была изменена по объективным и субъективным причинам, многие из которых свидетельствуют о недостатках в системе национального правотворчества, например, в области прогнозирования, разработки концепции проектов нормативных правовых актов, научного изучения регламентируемых общественных отношений, использования иных методов и способов правового воздействия, создания условий реализации нормативных предписаний и т.д. На наш взгляд, целесообразно было придать экспертизе *первоначально* экспериментальный статус, что позволило бы обойтись без принятия вышеуказанных актов. Так, ст. 49 Закона содержит указание, что «по решению нормотворческого органа ... проект нормативного правового акта может быть подвергнут иной экспертизе (... криминологической ...), за исключением случаев, когда настоящим Законом предусмотрено проведение экспертизы в обязательном порядке».

На наш взгляд, нормативному регулированию указанных отношений должна была предшествовать экспериментальная работа по изучению криминогенности отдельных актов, проводимая несколькими независимыми научно-практическими коллективами, использующими различные методологии и методики изучения проекта акта. Фактически экспертиза является *прогнозным* исследованием, то есть *вероятностным* предположением о криминогенности акта в будущем, вызванном его недостатками. При этом криминогенные риски существуют при разработке любых нормативных актов, поэтому целью данной экспертизы должно быть не столько полное исключение таких рисков, сколько их *минимизация*. В ходе эксперимента возможно использование *ретроспективного* метода, когда анализ правоприменительной практики и иных социальных данных в определенной области экстраполируется на текст нормативного правового акта, вызвавшего именно такую практику. Полученные данные и используемые методы возможно переносить и на прогнозные исследования. При этом ретроспективный метод позволяет не ограничиваться только одним нормативным актом, но рассматривать их в комплексе.

При этом любой эксперимент должен основываться на адекватном научном и практическом прогнозе развития предлагаемой модели социального регулирования. На наш взгляд, экспертиза должна осуществляться на основе системного подхода, что позволяет аналитически моделировать процессы взаимодействия между элементами и соотносить аналитическую модель с эмпирически верифицируемыми фактами, что позволяет судить об адекватном (неадекватном) отражении моделью социальной реальности. Методические рекомендации (пункт 6) предлагают использовать при проведении экспертизы системный, структурно-функциональный, сравнительно-правовой, историко-правовой, формально-юридический методы, а также методы правового моделирования, экспертных оценок, обобщения статистических данных и правоприменительной практики и иные общенаучные и специальные методы исследования социально-правовых явлений. Говоря о методологии экспертизы, следует выделить ее социолого-правовую и криминологическую составляющие, которые не должны

разделяться либо противопоставляться, поглощаться либо исключаться, так как их различие заключается в основаниях исследования: социальное действие (право) либо устоявшиеся криминогенные связи (характеристики) и последствия.

Фактически недостатком созданной модели проведения экспертизы является ограничение ее исключительно проектами законов, так как проект закон, оцененный как имеющий минимальные криминогенные риски, может быть развит иными нормативными правовыми актами, способствующими криминогенности общественных отношений. Для ликвидации (минимизации) такого последствия эксперт должен одновременно рассматривать пакет нормативных правовых актов, который ему для изучения не предоставляется (так как планируется быть разработанным позднее) и тем самым выходить за пределы своих полномочий. В противном случае экспертиза изначально будет обладать качеством неточности.

Вышеизложенное позволяет сделать выводы о целесообразности:

- усиления национальных социолого-правовых и криминологических исследований, в том числе создания соответствующих структур;
- расширения круга нормативных актов, подлежащих экспертизе.

ПРОБЛЕМИ ТЛУМАЧЕННЯ НОРМ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

О. Капліна

*Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)*

Принцип законності займає в кримінальному судочинстві одне з центральних місць, оскільки стосується всіх стадій і інститутів кримінального процесу, всіх його суб'єктів, поширюється на всі процесуальні дії і рішення, характеризує всі грані процесуальної діяльності і процесуальних відносин, пронизує всі інші принципи і значною мірою сприяє їх фактичній реалізації. Принцип законності в кримінальному процесі – це вимога нормативного характеру, яка зобов'язує суд, суддю, прокурора, слідчого, орган дізнання, особу, яка провадить дізнання, неухильно, і точно виконувати всі норми Конституції України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, кримінального і кримінально-процесуального законодавства.

Реалізація принципу законності передбачає широкий діапазон юридичного мислення, високу професійну культуру правозастосовних органів, пов'язану з умінням адекватно тлумачити закон, застосовувати його в точній відповідності з його "буквою" і "духом". Таким чином, тлумачення є необхідним і важливим елементом процесу реалізації норм кримінально-процесуального права, а також умовою дотримання законності кримінально-процесуальної діяльності, забезпечення прав і законних інтересів осіб, які залучаються до орбіти кримінального судочинства.

Хоча проблеми тлумачення норм права завжди перебували в центрі уваги юридичної науки, а теорія тлумачення пройшла тривалий шлях свого розвитку, проте ученими ще не вироблена струнка загальна система рекомендацій, спрямованих на те, щоб озброїти правозастосувальників правилами рекомендаційного характеру, які б встановлювали єдині критерії розуміння і аналізу тексту нормативно-правового акта. Крім того, глобальні зміни, що відбуваються в нашій державі, дали новий імпульс до активізації наукової думки у галузі проблем тлумачення норм права, у тому числі і з урахуванням особливостей функціонування окремих галузей права, предмета і методу їх правового регулювання, галузевих принципів.

Процес тлумачення норм різних галузей права, спираючись на загальні закономірності, розроблені теорією держави і права, водночас має свої особливості. Особливістю тлумачення норм кримінально-процесуального права є те, що застосовуються вони в "органічному взаємозв'язку" із застосуванням норм права кримінального. До відмітних особливостей можна також віднести характер самих правовідносин, у рамках яких відбувається процес правореалізації. Враховуючи публічно-правове начало, властиве кримінальному судочинству, специфічною особливістю кримінально-процесуальних правовідносин є участь у них представника державної влади, наділеного владними повноваженнями. На відміну від способів реалізації норм права особами, залученими до орбіти кримінального судочинства, процесу правозастосування органами, наділеними від імені держави владними повноваженнями, властиві особливі ознаки, однією з яких є те, що його завершальним етапом є винесення індивідуального правового рішення (акта застосування права).

Тлумачення норм кримінально-процесуального права також повинне здійснюватися з урахуванням основних засад кримінального судочинства, з урахуванням необхідності забезпечення прав і свобод особи, яка залучається до орбіти кримінального судочинства, з урахуванням правотлумачної практики Європейського суду з прав людини та норм моралі.

Здійснюючи тлумачення норм кримінально-процесуального права, правозастосовник має в своєму арсеналі вироблені юридичною наукою і практикою спеціальні способи. Спосіб тлумачення норм права – це сукупність відносно відособлених прийомів і правил, за допомогою яких суб'єкт, що тлумачить норму права, розкриває смисл (суть, зміст) норми права з метою правильного і уніфікованого її розуміння і застосування.

Спосіб тлумачення визначається, з одного боку, характером неясності, що виникла в нормі права. А з іншого боку – характером тих знань, які застосовує суб'єкт, що тлумачить право, для усунення цієї неясності в нормі права. Таким чином виходить, що кожен спосіб тлумачення має свої правила, які дозволяють використовувати для з'ясування смислу норми права, що тлумачиться певну галузь знань: лінгвістику, логіку, історію, юриспруденцію, філософію та інші.

У юридичній літературі виділяється цілий ряд способів тлумачення норм права. Причому загальновизнаним і незаперечним є лише один – граматичний (філологічний). Інші вказані в юридичній літературі способи визнаються не всіма авторами. До них належать такі способи, як спеціально-юридичний, семантичний, логічний, функціональний, систематичний, телеологічний, юридико-джерелознавчий, політичний (історико-політичний), еволютивний, термінологічний, аналітичний, синтетичний, етичний, соціологічний способи, тлумачення за аналогією.

Проблема способів тлумачення норм права є не чужою і зарубіжній юриспруденції. Дискусії про необхідність виділення спеціальних способів тлумачення норм права, їх кількості, суті, послідовності застосування ведуться і зарубіжними ученими. Спробуємо уточнити, що розуміють автори під тими способами, існування яких вони відстоюють.

Філологічний спосіб тлумачення має різні найменування – мовний, граматичний, текстовий (текстуальний), словесний. Проте, незважаючи на відмінність назв, всі автори єдині в тому, що це сукупність прийомів тлумачення, спрямованих на встановлення за допомогою мовних засобів і їх внутрішньотекстових зв'язків смислових параметрів норми права, які дозволяють адекватно розкрити конкретний її зміст і виражену в ній волю законодавця.

Систематичний (системний) спосіб – сукупність прийомів, за допомогою яких встановлюється місце тлумаченої норми в системі права, а також виявляються її зв'язки з іншими правовими нормами. Необхідність виділення такого способу тлумачення обумовлена системністю права, яка передбачає, що всі норми права пов'язані між собою і кожна з них займає в цій системі чітко визначене місце. Без виявлення місця норми права в системі часом неможливо зрозуміти справжній смисл тлумаченої норми права, а значить правильно застосувати її.

Історичний (політичний, історико-політичний) спосіб є сукупністю таких прийомів, які дозволяють з'ясувати смисл тлумаченої норми з урахуванням історичної обстановки часу її ухвалення, а також, можливо, і суспільно-політичних умов часу ухвалення або самої норми, або всього нормативно-правового акта в цілому, політичних чинників, що зумовили появу акта і вплинули на волю законодавця, щоб зрештою правильно з'ясувати зміст тлумаченого припису і вирішити питання про можливість його реалізації в сучасних умовах.

Семантичним способом (від греч. *sēmantikos* – що позначає) є більш поглиблене вивчення значення мовних виразів. Його існування як способу тлумачення обґрунтовується у зв'язку з необхідністю тлумачення двомовного тексту Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і багатомовністю держав, що її ратифікували.

Логічний спосіб, на думку прихильників його виділення, ґрунтується на застосуванні законів формальної логіки (тотожності, протиріччя, виключеного третього і достатньої підстави). За допомогою цих законів і відбувається проникнення в смисл норми права, що тлумачиться.

Спеціально-юридичний спосіб тлумачення – це дослідження техніко-юридичних засобів і способів викладу волі законодавця, засноване на спеціальних знаннях юридичної науки і перш за все юридичної техніки.

Функціональний спосіб ґрунтується на урахуванні умов і чинників, при яких реалізується норма права. Зокрема, конкретно-історичні аспекти реальності, соціальні умови (політичні, етичні, побутові тощо), особливості місця, часу та інші обставини. При функціональному тлумаченні використовуються оцінки і аргументи, що відносяться до сфери політики, правосвідомості, моралі, оскільки за допомогою даного способу зокрема тлумачаться оцінні поняття. Функціональний спосіб тлумачення іменується вченими також еволютивним, динамічним, соціологічним, реалістичним.

Телеологічний спосіб спрямований на встановлення мети видання норми права або нормативно-правового акта, в якому тлумачена норма міститься. Без з'ясування цілей видання акта – безпосередніх, віддалених, кінцевих ускладнюється ухвалення правильного рішення правозастосовником.

Юридико-джерелознавчий спосіб тлумачення (або "метод аналізу джерел норм права"), виділяється В.С. Нерсисянцем и В.М. Сирих. На думку учених, перша процедура, з якою починається тлумачення норми права, зводиться до того, щоб упевнитися в достовірності норми права і достовірності тексту нормативно-правового акта.

Соціологічний спосіб передбачає з'ясування ставлення до закону з боку тих, кому він адресований, шляхом використання соціологічних спостережень, порівнянь, вибірових опитувань, тестування, матеріалів юридичної практики і т.д.

Проте, необхідно зазначити, що незважаючи на різноманіття способів тлумачення норм права, що виділяються ученими, залишаються недостатньо розробленими уніфіковані підходи до визначення їх кількості, усередині способів не вироблені правила тлумачення, які озброїли б правозастосовну практику типізованими зразками, застосовуючи які можна успішно досягти мети тлумачення. Цілий ряд чинників, що викликають необхідність тлумачення норм кримінально-процесуального права, які вже були розглянуті, зростаючі потреби правозастосовної практики, професійна заінтересованість у вдосконаленні правотлумачної діяльності – все це обумовлює необхідність звернення до детальнішого розгляду конкретних способів тлумачення норм кримінально-процесуального права.

СОВРЕМЕННЫЕ ФИЛОСОФСКИЕ ПОДХОДЫ В ПОНИМАНИИ, ТОЛКОВАНИИ И ПРИМЕНЕНИИ УГОЛОВНО-ПРАВОВЫХ НОРМ

В. Марчук

*Белорусский государственный университет
(Минск, Беларусь)*

Интеграционные процессы, проявляющиеся в современной правовой культуре, стремление к пониманию права с позиции плюрализма правовых идеологий и синтеза методологий в последнее время вызвали научный интерес к опыту различных философских направлений, в том числе, к герменевтике.

Герменевтика понимается в настоящее время в двух смыслах. В узком смысле герменевтика (греч. *hermeneutike* – истолкование) – это искусство истолкования, теория интерпретации и понимания текстов. В широком смысле этот термин определяет направление в философии, в котором понимание рассматривается как осмысление социального бытия. Философская герменевтика, сконцентрировав в себе достижения исторически сложившихся герменевтических дисциплин и отдельных научных представлений философов, создала универсальный понятийно-категорийный аппарат, который может быть использован в любой сфере познавательной деятельности.

В современной юриспруденции идеи герменевтики используются, в основном, в контексте проблемы юридического толкования правовых норм. Герменевтические процедуры «понимание – интерпретация – аппликация» в своем триединстве образуют философскую основу гносеологического процесса. В уголовном праве указанные герменевтические процедуры трансформируются в гносеологическую формулу «понимание – толкование – применение».

Понимание представляет собой познавательную процедуру постижения смысла текста уголовного закона. Понимание неразрывно связано с процедурой толкования уголовно-правовой нормы. Толкование – это не отдельный акт, дополняющий понимание. Толкование есть эксплицитная форма понимания уголовно-правовой нормы. В конечном итоге понимание и толкование редуцируются в применении уголовно-правовой нормы.

Уяснение смысла текста уголовно-правовой нормы предполагает различные типы его понимания. В современном правоведении понимание текста закона рассматривают на двух уровнях: знаковом и когнитивном. Понимание на знаковом уровне означает, что лицо понимает, как соотносятся между собой использованные знаки. На данном уровне можно достичь однозначности в понимании текста, устранив семантические несоответствия и противоречия, двусмысленные синтаксические конструкции и т.д. В этом случае большой эффект может дать применение лингвистического анализа текста. На когнитивном уровне понимание означает не только владение знаковой системой, но и соотнесение данной системы с реальностью. Достичь понимания на таком уровне намного сложнее. Когнитивное понимание не может быть достигнуто чисто лингвистическими средствами. Ясность текста в этом аспекте – это не характеристика текста, а характеристика текста с реальностью. Норма может быть понята в одной ситуации и неясна в другой.

В понимании смысла уголовно-правовой нормы приобретает важное методологическое значение опыт философской герменевтики по изучению, «пред-мнения», «пред-суждения». Авторитетный представитель философской герменевтики Х.-Г. Гадамер отмечал: «Чтобы точно установить нормативное содержание закона требуется историческое познание первоначального смысла, и лишь ради этого последнего толкователь-юрист принимает в расчет историческое значение, сообщаемое закону самим законодательным актом. Он не может, однако, полагаться исключительно на то, к примеру, что сообщают ему о намерениях и помыслах тех, кто разработал данный закон, протоколы парламентских заседаний. Напротив, он должен осознать произошедшие с тех пор изменения правовых отношений и соответственно заново определить нормативную функцию закона».

Процессу понимания способствует важный познавательный прием – герменевтический круг. Метод герменевтического круга разработал немецкий философ Ф. Шлейермахер. Его суть заключается в том, что понимание части (например, отдельного слова) невозможно без понимания целого (того предложения, в которое это слово входит), но понимание целого, в свою очередь предполагает понимание частей. Идею Ф. Шлейермахера о герменевтическом круге развил Х.-Г. Гадамер, который отмечал: «Тот, кто хочет понять текст, постоянно осуществляет набрасывание смысла. Как только в тексте начинает проясняться какой-то смысл, он делает предварительный набросок смысла всего текста в целом. Но этот первый смысл проясняется в свою очередь лишь потому, что мы с самого начала читаем текст, ожидая найти в нем тот или иной определенный смысл. Понимание того, что содержится в тексте, и заключается в разработке такого предварительного наброска, который, разумеется, подвергается постоянному пересмотру при дальнейшем углублении в смысл текста».

Важной проблемой понимания и интерпретации текста уголовного закона является однозначность в смысловой определенности. Смысловая определенность предполагает сведение возможного множества значений к единой концепте понимания. Смысловая определенность касается прежде всего уголовно-правовой терминологии. Единое понимание смысла нормы уголовного закона при ее применении может быть достигнуто только в том случае, если формирование (создание) соответствующей нормы будет основано на адекватном понимании его терминов. Уголовный закон должен однозначно пониматься законодателем, лицами, его применяющими, и гражданами, которым он непосредственно адресован. К сожалению, нормы действующего уголовного законодательства содержат много положений, свидетельствующих о смысловой неопределенности (чрезмерная полисемия в терминологии, наличие оценочных признаков и др.). Смысловая неопределенность текста уголовного закона должна преодолеваться в процессе нормотворческой деятельности (соблюдение правил законодательной техники конструирования норм уголовного закона, качественное проведение юридических экспертиз законопроектов и т.д.).

ЗАЩИТА ПРАВ ЛИЧНОСТИ, НАРУШЕННЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЕМ, КАК ЗАДАЧА УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

О. Петрова

*Белорусский государственный университет
(Минск, Беларусь)*

Норма ст. 7 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь (далее – УПК Республики Беларусь) закрепляет, что задачами уголовного процесса являются защита личности, ее прав и свобод, интересов общества и государства путем быстрого и полного расследования преступлений, общественно опасных деяний невменяемых, изобличения и привлечения к уголовной ответственности виновных; обеспечение правильного применения закона с тем, чтобы каждый, кто совершил преступление, был подвергнут справедливому наказанию, и ни один невиновный не был привлечен к уголовной ответственности и осужден.

Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации рельефно отражает направленность уголовного процесса в ст. 6, выделяя в нем две цели. Так, указывается, что уголовное судопроизводство имеет своим назначением: 1) защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений; 2) защиту личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод.

Вместе с тем последний подход нельзя признать удачным. Цели уголовного процесса нельзя сводить к защите прав и свобод личности. Основная его задача – обеспечить надлежащую реализацию мер уголовной ответственности, и уже как следствие – защиту интересов граждан. Однако и далеко не каждое преступление посягает каким-либо образом на интересы конкретного индивида. В связи с этим можно утверждать, что, например, в случае привлечения лица к уголовной ответственности за преступление в налоговой сфере защищаются государственные интересы.

С этой точки зрения более справедливой является формулировка задач уголовного судопроизводства в Уголовно-процессуальном кодексе Украины, согласно ст. 2 которого, «завданнями кримінального судочинства є охорона прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які беруть в ньому участь, а також швидке і повне розкриття злочинів, викриття винних та забезпечення правильного застосування Закону з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до відповідальності і жоден невинний не був покараний».

Указанное подтверждает общепризнанность положения, что решение такой задачи как защита прав и свобод граждан является публичным (общественным) интересом, к достижению которого стремятся органы уголовного преследования и суд. Возникает вопрос, как процесс привлечения к уголовной ответственности виновного может реализовывать такую задачу как защита прав и законных интересов потерпевшего.

Представляется, для этого необходимо, чтобы потерпевшему была обеспечена возможность излагать мнение по вопросам, затрагивающим его интересы, которое должно учитываться органом, ведущим уголовный процесс, при принятии решений и, самое главное, при вынесении приговора.

Действительно, потерпевший как участник уголовного процесса имеет возможность высказать свое мнение по вопросам, подлежащим разрешению по делу, заявлять ходатайства, участвовать в судебном заседании суда первой инстанции, кассационной, надзорной инстанции и при производстве по уголовному делу по вновь открывшимся обстоятельствам, обжаловать приговор и т. д. (ст. 50 УПК Республики Беларусь).

Вместе с тем главное, чтобы меры уголовно-правового воздействия принимались с учетом законных интересов потерпевшего. Однако в силу ст. 62 Уголовного кодекса Республики Беларусь (далее – УК Республики Беларусь) мнение потерпевшего учитывается при вынесении приговора только по делам частного обвинения.

Следует отметить, что главным образом для лица, пострадавшего от преступления, необходимо получить компенсацию причиненного вреда. В настоящее время средством возмещения вреда, причиненного преступлением, остается гражданский иск. В силу принципа публичности обязанность доказывания характера и размера вреда, причиненного преступлением, возложено на органы уголовного преследования (ст. 89 УПК Республики Беларусь). Тем не менее, его сложно назвать эффективным средством защиты прав, нарушенных преступлением. Так, в среднем по Республике Беларусь судебными исполнителями взыскивается только 42 % от подлежащего взысканию по приговорам суда имущественного вреда, причиненного преступлением.

Изложенное выше свидетельствует, что традиционное уголовное правосудие лишь косвенно защищает права и свободы граждан. При этом в ходе привлечения виновных к уголовной ответственности не всегда удается обеспечить возмещение причиненного преступлением вреда.

Вместе с тем новый вид реакции общества и государства на совершенное преступление, так называемое «восстановительное правосудие», непосредственной задачей имеет как раз защиту прав, нарушенных преступлением.

Концепция восстановительного правосудия основана на рассмотрении преступления как нарушения прав конкретного человека и как нарушения отношений в социальной общности. Восстановительный подход к рассмотрению уголовных дел – международно-правовое требование, которые следует внедрять в национальную систему юстиции (п. 7 Декларации ООН основных принципов отправления правосудия для жертв преступлений или злоупотребления властью 1985 года).

В Республики Беларусь существуют материальные и процессуальные основания применения такого порядка рассмотрения споров. Норма ст. 89 УК Республики Беларусь предусматривает возможность освобождения обвиняемого от уголовной ответственности в связи с примирением его с потерпевшим. Кроме того, ст. 30 УПК Республики Беларусь определяет порядок прекращения уголовного дела при таких обстоятельствах.

Вместе с тем прекращение уголовных дел по данному основанию до сих пор не получило распространения в силу того, что не существует учреждений, которые могли бы проводить примирительные процедуры. А без проведения примирительных процедур нельзя говорить о том, что цели данной альтернативы уголовной ответственности достигнуты. Это сдерживает суд и прокурора в применении освобождения лица от уголовной ответственности по основаниям ст. 89 УК Республики Беларусь.

Однако следует отметить, что в Беларуси в 2003 году был подготовлен проект Концепции ювенальной юстиции. В соответствии с п. 3.2 Концепции принципами ювенальной юстиции является, в том числе и приоритет восстановительного подхода при осуществлении социально-реабилитационной деятельности в отношении детей.

В соответствии с Концепцией создаются система ювенальных судов и при них институт социальных работников, которые и будут осуществлять функцию посредничества. При этом региональные органы Комитета по охране детства и прав несовершеннолетних (центрального государственного органа, который, как предполагается, будет определять государственную политику в области защиты прав детей) будут реализовывать реабилитационные и примирительно-восстановительные программы в отношении несовершеннолетних.

Таким образом, реализация программ восстановительного правосудия в рамках системы ювенальной юстиции позволит непосредственно обеспечить задачу уголовного процесса – защиту личности, ее прав и свобод.

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА, ЩО ВИЗНАЧАЮТЬ СИСТЕМУ ПОКАРАНЬ

Ю. Пономаренко

*Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)*

Питання застосування системи покарань, тобто визначеної нормами кримінального права узгодженої і впорядкованої закритої множини видів покарань, що є підставою для пеналізації окремих злочинів, наразі залишаються малодослідженими в науці кримінального права. Більшість криміналістів не надають їм належної уваги, відзначаючи лише, що система покарань є обов'язковою для суду, що суд не може відступити від неї при призначенні покарання конкретній особі, визнаній винною у вчиненні злочину. Проте, на мій погляд, проблема застосування системи покарань знаходиться зовсім в іншій площині.

Дійсно, перелік видів покарань, що лежить в основі системи, є обов'язковим для суду. Однак суд, зрештою, використовує статтю 51 КК у досить небагатьох випадках: для з'ясування пом'якшення чи посилення кримінальної відповідальності (стаття 5 КК); для визначення злочинів невеликої тяжкості (частина 2 статті 12); для призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом (стаття 69); для визначення остаточного покарання при сукупності злочинів та сукупності вироків (статті 70-72); при заміні невідбутої частини покарання більш м'яким (стаття 82). Причому, в цих випадках суд використовує не певну системну властивість всього переліку, а тільки порівнює місця в ньому двох окремо взятих покарань. В інших же випадках суд пов'язаний не так переліком видів покарань, встановленим у статті 51 КК, як санкцією конкретної статті Особливої частини Кодексу. Отож, суд, власне кажучи застосовує не систему покарань, а перелік покарань.

Системні ж властивості системи покарань застосовує сам законодавець при здійсненні пеналізації, тобто при встановленні караності окремих злочинів. При реалізації цього напрямку кримінально-правової політики держави законодавець пов'язаний тими вимогами, які випливають з норм кримінального права України, що визначають саме системні властивості переліку видів покарань. Ці вимоги, на мій погляд, зводяться до наступного.

Перш за все, законодавець обмежений у виборі видів покарань, що можуть застосовуватися при пеналізації злочинів. Однією з властивостей вітчизняної системи покарань, як відомо, є її закритість, яка полягає в тому, що перелік видів покарань у чинному кримінальному законодавстві України є вичерпним. Відповідно до статті 51 КК до осіб, визнаних винними у вчиненні злочину, судом можуть бути застосовані дванадцять видів покарань. В цілому, український законодавець намагається послідовно дотримуватися цієї вимоги. Разом з тим, в чинному КК міститься один досить серйозний відступ від неї, який, на жаль, має системний характер. Мається на увазі передбачена в 53 санкціях статей Особливої частини КК конфіскація предметів злочину, знарядь чи засобів вчинення злочину або речей здобутих злочинним шляхом, яка в літературі традиційно називається спеціальною конфіскацією. Той факт, що вказівка про конфіскацію згаданих предметів поміщується законодавцем до санкцій статей Особливої частини кримінального закону серед видів покарань і, що принципово, після слова «карається», дає підстави вважати, що і вона розглядається законодавцем саме як вид покарання. Більше того, законодавець неодноразово намагається надати спеціальній конфіскації окремих властивостей додаткового покарання. Так, наприклад, в санкціях ч. 2 ст. 216, ч. 2 ст. 240 і ч. 3 ст. 363¹ КК спеціальна конфіскація використовується для посилення покарання за кваліфіковані склади злочинів, передбачених частинами першими відповідних статей. В іншому випадку (ч. 1 ст. 244 КК) спеціальній конфіскації надається властивість факультативного додаткового покарання. Проте погодитися з такою позицією законодавця не уявляється за можливе, оскільки вона не відповідає нормі кримінального права, що визначає систему покарань як вичерпну їх множину.

Крім того, здійснюючи пеналізацію законодавець повинен застосовувати і норми, що визначають поділ всіх видів покарань на основні та додаткові. Аналіз санкцій статей Особливої частини КК свідчить про те, що законодавець вірно визначає в них статус тих чи інших видів покарань як основних або додаткових. В жодному випадку покаранню, яке може бути тільки основним не надано значення додаткового, і, навпаки, покаранню, яке може бути тільки додатковим ніколи не надається статус основного. Разом з тим, в окремих випадках законодавець при конструюванні санкцій не враховує принципів поєднання в них основних та додаткових покарань. Відомо, що провідну роль в досягненні цілей покарання має відігравати саме основне покарання, а додаткове – лише сприяє йому, є допоміжним засобом впливу на засудженого. Саме тому основне покарання має бути більш суворого виду, ніж додаткове. Проте, в літературі вже описані випадки коли, законодавець поєднує в одній санкції менш суворе за видом основне покарання з більш суворим додатковим. Зокрема, непоодинокими є випадки, коли штраф як основне покарання поєднується в санкціях з додатковим покаранням у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. На мій погляд, необхідно переглянути такого роду санкції шляхом надання в них значення основного покарання позбавленню права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю і, відповідно, значення додаткового – штрафу.

Далі, норми, що визначають систему покарань, обмежують законодавця в можливості встановлення окремих видів покарань за окремі види злочинів. Зокрема, в ч. 2 ст. 59 КК передбачено, що «конфіскація майна встановлюється за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини», а в ч. 1 ст. 64 передбачено, що «довічне позбавлення волі встановлюється за вчинення особливо тяжких злочинів». Однак, обмеження на встановлення додаткового покарання у виді конфіскації майна в деяких випадках законодавцем не виконується і це покарання встановлюється в якості обов'язкового додаткового за тяжкі або особливо тяжкі злочини, які не обов'язково є корисливими (наприклад, у санкціях ч. 3 ст. 199, ч. 2 ст. 201, ст. 257 КК). Очевидно, що в подібних випадках законодавець порушує одну з норм, що визначає систему покарань, в результаті чого стаття Особливої частини КК вступає в колізію зі статтею Загальної частини. Жодних правил про те, яким чином слід долати наявні в ньому колізії, чинний кримінальний закон не містить. Очевидно, в таких ситуаціях слід послуговуватися тими загальними правилами, які вироблені для таких випадків загальною теорією права. Одне з них якраз і полягає в тому, що при колізії (не конкуренції!) загальної та спеціальної статті перевага має надаватися саме загальній. У зв'язку з цим статті Особливої частини КК, в яких допущена невідповідність закріпленим у Загальній частині правилам пеналізації злочинів, в даній частині не повинні застосовуватися.

Нарешті, норми, що визначають окремі елементи системи покарань, обмежують законодавця у визначенні мінімальних і максимальних розмірів покарань при встановленні їх у санкціях статей Особливої частини КК. Більшість передбачених чинним КК видів покарань є строковими. Саме тому стосовно них (а також стовно штрафу) в статтях Загальної частини визначаються мінімальні і максимальні розміри, в яких ці види покарань можуть передбачатися в санкціях статей Особливої частини. Такі обмеження, у більшості випадків не допускають виходу за верхню або нижню межу розміру для певного виду покарання. При конструюванні санкцій статей Особливої частини КК законодавець намагається не виходити за мінімальні та максимальні межі, встановлені у Загальній частині цього Кодексу для певного виду покарання (крім передбачених ч. 3 ст. 53 випадків, коли йдеться про максимальну межу штрафу). Разом з тим, у ще відносно невеликій історії чинності КК 2001 року був період тривалістю більше, ніж три з половиною роки, коли дана вимога порушувалася. Мається на увазі санкція ч. 1 ст. 164 КК, в редакції, яка набула чинності з 1 вересня 2001 р., і передбачала покарання у виді виправних робіт на строк до одного року або обмеження волі на той самий строк, тобто також на строк до одного року. Цей припис знаходився в очевидній колізії з положеннями ч. 2 ст. 61 КК, відповідно до якої обмеження волі встановлюється на строк від одного до п'яти років. Слід відзначити, що згодом ця помилка була виправлена: законом України від 3 березня 2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України», який набув чинності з 1 квітня того ж року, максимальний строк обмеження волі у згаданій санкції був збільшений до двох років.

Говорячи про обмеження мінімальних і максимальних розмірів покарань при встановленні їх у санкціях статей Особливої частини КК не можна не звернути уваги на одну пов'язану з цим проблему законодавчої техніки. В цілій низці альтернативних санкцій статей Особливої частини КК

законодавець, використовуючи для визначення розміру окремих видів покарання словосполучення «на той самий строк» часто не звертає увагу на те, що мінімальний строк покарання для окремих його видів є різним. Так, наприклад, у санкції ст. 197 КК серед альтернативних покарань містяться виправні роботи «на строк до двох років» і обмеження волі «на той самий строк». З урахуванням мінімального строку виправних робіт, встановленого ч. 1 ст. 57 КК, дане покарання у згаданій санкції передбачене на строк від шести місяців до двох років. Отже, якщо обмеження волі передбачене «на той самий строк», то це формально означає, що воно також встановлене на строк від шести місяців до двох років. Разом з тим, відомо, що мінімальний розмір для цього виду покарання – один рік. Саме тому, на мій погляд, в тих випадках, коли законодавець в альтернативній санкції передбачає такі основні види покарання, максимальний розмір яких хоч і встановлюються на однаковому рівні, проте для яких є різними мінімальні розміри, використання словосполучення «на той самий строк» є небажаним. І, слід відзначити, що в деяких санкціях законодавець саме так і чинить. Наприклад, в санкції ст. 128 КК за передбачений нею злочин серед інших встановлені покарання виправних робіт «на строк до двох років» і обмеження волі «на строк до двох років».

Викладене дає висновок про те, що норми кримінального права, які визначають саме системні властивості системи покарань, застосовуються законодавцем і визначають його повноваження під час здійснення пеналізації злочинів. Отже, ці норми належать саме до тієї групи кримінально-правових норм, які звернуті в першу чергу не до суду, а до самого законодавця.

ПОЧАТОК ТА ЗАКІНЧЕННЯ ЗАХИСТУ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

В. Попелюшко

*Національний університет „Острозька академія”
(Острозь, Україна)*

Упродовж дії чинного нині КПК України тривалий час вважалося, що захист як процесуальна функція з'являється у справі з моменту пред'явлення особі обвинувачення (М.С. Строгович), бо саме обвинувачення викликає захист з боку того, хто обвинувачується у вчиненні злочину (Ю.М. Грошевий). Така точка зору на початок захисту у кримінальній справі відповідала закону, оскільки особа офіційно набувала це право, а в окремих випадках право на захист за допомогою захисника з моменту пред'явлення їй постанови про притягнення як обвинуваченого (ст.ст. 44, 48, 140 КПК в ред. від 28.12.60 р.). Розширення права на захист в т.ч. на захисника шляхом розповсюдження його на підозрюваного (ст. 43¹ КПК в ред. від 23.12.93 р.) дало підстави визначати захист не тільки своєрідною відповіддю на власне обвинувачення, а й на підозру (С.А. Альперт). Тепер же доповнення КПК ст.ст. 236⁷, 236⁸ (14.12.2006 р.) право на захист отримали особи, щодо яких порушена кримінальна справа та особи, інтересів яких стосується порушена кримінальна справа за фактом вчинення злочину (ч.ч. 2, 3 ст. 236⁷ КПК). Отже, нині можна стверджувати, що поява захисту далеко не завжди обумовлюється формальним обвинуваченням (підозрою). Часто-густо він виникає у зв'язку із здійсненням «кримінального переслідування», правовим поняттям, відомим кримінально-процесуальній науці, ширшим від поняття обвинувачення та включаючим його (М.О. Чельцов). Це поняття широко використовується і в сучасній науковій літературі (М.А. Маркуш, І.В. Вернидубов) та знайшло закріплення в законодавстві деяких держав, зокрема, в новому КПК Російської Федерації (п. 5, ч. 3 ст. 49 КПК).

Так чи інакше, початок кримінального переслідування (обвинувачення), а відтак і початок захисту як кримінально-процесуальної функції, нині чітко формалізовані і проявляються в момент: 1) порушення кримінальної справи щодо конкретної особи (ч. 2 ст. 236⁷, п. 3 ч. 1 ст. 251 КПК); 2) порушення кримінальної справи за фактом вчинення злочину, якщо порушення справи стосується інтересів певної особи (ч. 3 ст. 236⁷ КПК); 3) визнання особи підозрюваним (ст. 43¹ КПК); 4) пред'явлення обвинувачення (ст. 140 КПК); 5) при провадженні справи про застосування примусових заходів медичного характеру – з моменту встановлення факту наявності в особи душевної хвороби (п. 5 ч. 1 ст. 45 КПК); 6) при провадженні справи про застосування примусових заходів виховного характеру – з моменту першого допиту неповнолітнього або поміщення його до приймачника-розподільника (п. 6 ч. 1 ст. 45 КПК). Тому правило про те, що право на захист забезпечується «підозрюваному, обвинуваченому і підсудному» (ч. 1 ст. 21 КПК) слід визнати дещо застарілим.

2. Коли ж закінчується захист у кримінальній справі?

Якщо виходити з точки зору генезису, об'єктивно-причинного зв'язку, у якому кримінальне переслідування (обвинувачення) – причина, а захист – наслідок, то можна дійти висновку, що захист закінчується там і тоді, де і коли припиняється кримінальне переслідування (обвинувачення). Між тим, це далеко не так.

На стадії порушення кримінальної справи кримінальне переслідування може бути припинене прокурором, слідчим, органом дізнання постановою про відмову в порушенні кримінальної справи, якщо в результаті перевірки заяви чи повідомлення про злочин з'ясується відсутність підстав для її порушення (ст. 6, КПК – ст. 99, 236¹ КПК). На стадії досудового розслідування кримінальне переслідування, а у його складі й обвинувачення часто реалізується з цих же підстав (ч. 1 ст. 6 КПК), за недоведеністю участі обвинуваченого у вчиненні злочину (п. 2 ст. 213 КПК) та закриттям кримінальної справи зі звільненням особи від кримінальної відповідальності з підстав, передбачених статтями 7–11¹ КПК, 45–49 КК.

Прокурор в результаті перевірки справи з обвинувальним висновком може відмовитися від відкриття державного обвинувачення і закрити справу (п. 3 ч. 1 ст. 229 КПК). Проте особа (запідозрена особа на стадії порушення кримінальної справи, підозрюваний, обвинувачений) вправі оскаржити усі наведені рішення органів кримінального переслідування (обвинувачення), навіть ті, які не те що припиняють її кримінальне переслідування, а й реабілітують, наприклад, з мотивів чи підстав реабілітації (ст. 236¹–236⁸ КПК).

Отже в усіх таких випадках кримінальне переслідування (обвинувачення) припиняється, захист же продовжує функціонувати, оскільки акт оскарження та його відстоювання перед прокурором, вищестоящим прокурором чи судом неможливо не віднести до способів захисту, в даному випадку до способів захисту прав та інтересів, неадекватно поновлених та задоволених припиненням кримінального переслідування (обвинувачення) чи побічно ним викликаних.

Чітке неспівпадання моментів припинення здійснення обвинувальної функції (І.І. Когутич, В.Т. Нор, А.А. Павлишин), закриття обвинувальної діяльності прокурором (О.Р. Михайленко) та захисту проявляється при відмові прокурора від підтримання обвинувачення в суді (ч. 3 ст. 264 КПК). В цій ситуації підсудний та його захисник можуть з рішенням прокурора не погодитися і подати апеляцію на ухвалу (постанову) суду про закриття кримінальної справи із-за відмови прокурора від обвинувачення (ч.ч. 2, 4 ст. 282 КПК) наполягаючи, наприклад на реабілітації шляхом постановлення виправдувального вироку.

3. Аналогічний стан речей має місце й у судових стадіях процесу, оскільки обвинувачення за клопотанням обвинувача може бути припинено за реабілітуючими, нереабілітуючими або процесуальними (нейтральними) підставами при попередньому розгляді справи суддею (ч. 1 ст. 248 КПК), за нереабілітуючими та процесуальними – й під час судового розгляду справи (ч. 1 ст. 282 КПК), а сторона захисту в усіх цих випадках в повному обсязі або у якійсь частині вправі не погодитися із судовим рішенням та оскаржити його в апеляційному (касаційному) порядку (В.Д. Фінько).

Все ж найбільш випукло такий стан речей виявляє себе за результатами розгляду кримінальної справи по суті, зокрема, при постановленні обвинувального вироку, який за змістом повністю співпадає з позицією державного обвинувача в суді. У такому разі функція обвинувачення припиняється одночасно із проголошенням вироку (а не із набранням ним законної сили, як інколи вважають В.Т. Маляренко, І.В. Вернидубов), оскільки в рамках інституту апеляції повноважні прокурори обмежені обвинуваченням, що підтримував прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції (п. 8 ч. 1 ст. 348 КПК).

При розгляді такої справи у вищестоящому суді за скаргою сторони захисту прокурор не виконує обвинувальної функції, тому що не те що відсутня, неможлива обвинувальна теза, на підтримання якої вона могла б бути спрямована. Він висловлює лише свою думку з приводу вироку суду і не більше того.

Вирок суду, сформульовані ним фактичні та правові підстави визнання підсудного винним у вчиненні злочину та засудження навряд чи хто осмілиться називати трансформованим судом у такий спосіб державним обвинуваченням, оскільки суд в жодному разі не перебирає на себе функцію обвинувачення (як і функцію захисту). Постановлений ним обвинувальний вирок є актом правосуддя. Він постановлений безвідносно до обвинувальної позиції прокурора, не від імені обвинувальної влади, а іменем України. У вирокі судді викладають свої власні твердження про те, в чому конкретно підсудний визнаний винним, про характер вини підсудного і наслідки злочину, його юридичну кваліфікацію, міру покарання тощо (Ю.М. Грошевий). Ці твердження та рішення суду в цілому або окремі із них і є предметом спростування стороною захисту в апеляції (касаційній скарзі) та у вищестоящому суді.

4. Отже, слід констатувати, що захист у кримінальній справі протистоїть не лише підозрі та обвинуваченню, а й визнанню особи винною у вчиненні злочину судом, судовому обґрунтуванню такого визнання та його наслідкам, другими словами, протистоїть вирокі, інколи й виправдовувальному, зокрема, в частині мотивів та підстав виправдання (п. 8 ст. 348 КПК).

Звідси, на відміну від кримінального переслідування (обвинувачення), захист у кримінальному судочинстві України має універсальний характер. Він функціонує упродовж усього провадження у справі доти, доки у ньому є потреба, доки закон дозволяє підозрюваному, обвинуваченому,

підсудному, засудженому, виправданому відстоювати свої права та законні інтереси у передбаченому кримінально-процесуальному законі порядку, в тому числі проти держави Україна при провадженні справи в Європейському суді з прав людини.

5. Не є винятком тут також діяльність засудженого та його захисника й на стадії виконання вироку. Хоча в цій стадії процесу питання по суті справи, тобто про винуватість чи невинуватість засудженого не вирішуються, проте ті, що вирішуються, а це в основному питання про покарання, які мають суттєве значення для подальшої долі засудженого, потребують участі та процесуальної допомоги у їх вирішенні захисника професіонала. Та й закон не пов'язує обов'язок захисника по захисту прав та законних інтересів особи у кримінальному судочинстві і по наданню їй необхідної юридичної допомоги із якимись окремими стадіями кримінального судочинства, навпаки (ч. 1 ст. 44, ч. 1 ст. 48 КПК). Що ж до стадії виконання вироку, закон прямо приписує, що при вирішенні питань, зв'язаних з виконанням вироку, в судові засідання, як правило, викликається засуджений, а за його клопотанням і захисник (ч. 2 ст. 411 КПК). Змістом роботи захисту у цій стадії процесу є питання факту та права, сприятливі для засудженого.

Як висновок. При універсальному характері функції захисту у кримінальному судочинстві, початок її виникнення співпадає з моментом появи кримінального переслідування (обвинувачення), діє вона в тій чи іншій формі, можна сказати вимушено, до моменту припинення останнього, а в подальшому продовжується або закінчується в залежності від розсуду суб'єктів сторони захисту, у першу чергу запідозреного, підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, тобто відноситься до сфери диспозитивності захисту.

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ПРИ ВИРІШЕННІ ПИТАННЯ ПРО ПОРУШЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ ЗА ФАКТОМ КРАДІЖКИ

Є. Пряхін

*Львівський державний університет внутрішніх справ
(Львів, Україна)*

В структурі органів внутрішніх справ слідчий займає одне з центральних місць. Саме завдяки його результативній діяльності зусилля усієї правоохоронної системи перетворюються у якісний показник – завершення кримінальної справи та направлення її до суду.

Основна мета у роботі слідчого була і залишається незмінною – захист та поновлення порушених прав і свобод громадян, безумовне дотримання законності у повсякденній діяльності. Як інструмент для її досягнення він використовує норми чинного законодавства. Нажаль, не всі вони відповідають сучасним реаліям життя, що в свою чергу призводить до нарікань на роботу правоохоронців з боку громадян.

На окрему увагу заслуговує пошук шляхів вирішення проблеми, яка в даний час стоїть досить гостро і пов'язана з вирішенням питання про порушення кримінальної справи за фактом вчинення особою крадіжки.

Охорона приватної власності, її захист від злочинних, особливо корисливих, посягань являється одним із найважливіших завдань судів України. Проте аналіз практики застосування законодавства у справах про злочини проти власності свідчить, що не завжди принцип невідворотності відповідальності забезпечується.

Приводи і підстави для порушення кримінальної справи зазначені у ст. 94 КПК України, де вказується вичерпний перелік джерел, з яких слідчий отримує дані про вчинені чи підготовлювані злочини. Порушення кримінальної справи можливе лише у випадку наявності достатніх даних, які вказують на наявність ознак злочину. Коли такої інформації мало (чи вона має сумнівний характер), то до порушення кримінальної справи проводять дослідчу перевірку, яка дає можливість зібрати достатні дані про наявність у події цих ознак.

Розмір суми крадіжки чужого майна, до якої вона розглядається не як злочин, а як адміністративне правопорушення, відповідно до ст. 51 КУпАП становить три неоподатковувані мінімуми доходів громадян.

Відповідно до п. 22.5 ст. 22 Закону України "Про податок з доходів фізичних осіб" встановлено, що для норм адміністративного та кримінального законодавства у частині кваліфікації злочинів чи правопорушень сума неоподаткованого мінімуму встановлюється на рівні податкової соціальної пільги, яка в 2007 р. становить 200 гривень.

Отже, кваліфікувати дії за ст. 185 КК України як крадіжку чужого майна та мати підстави для порушення кримінальної справи можна лише в тому випадку, коли сума нанесеного збитку буде перевищувати 600 грн.

Якщо ж сума завданих крадіжкою збитків менша – у порушенні кримінальної справи відмовляють, а до адміністративної відповідальності можуть притягнути лише в тому випадку, якщо буде встановлена особа. Навіть якщо особа злочинця буде встановлена (чи він буде спійманий "на гарячому"), адміністративне покарання не забезпечує відшкодування завданих ним збитків.

Норма закону, що призвела до таких наслідків, була запроваджена з метою гуманізації законодавства і ставила за мету зменшити кількість осіб, які отримували судимість за незначні проступки. Однак, як бачимо зараз, законослухняні громадяни стали заручниками такого "гуманізму" і не можуть на належному рівні відстояти свої інтереси.

Крім того, ця сума повинна бути підтвердженою документально, а не на словах, тому при збиранні матеріалів дослідчої перевірки основним стає питання визначення реальної вартості викраденого майна. Принцип визначення реальної суми завданих збитків становить чи не найголовнішу проблему в цьому випадку. З цією метою потрібно в законному порядку отримати довідку про вартість майна, що інколи вкрай важко зробити (експертиза не може бути призначена, оскільки не порушена кримінальна справа).

В деяких випадках, наприклад при вирішенні питання про вартість золотих виробів, що стали предметом крадіжки, утворюється замкнуте коло. Щоб порушити кримінальну справу, потрібно взяти довідку з установи, де роблять дослідження виробу. Однак, таку довідку можуть видати, якщо проплачено кошти за проведену роботу. А оплатити її слідчий не має можливості, оскільки не порушена кримінальна справа. На практиці трапляється випадки коли сама особа, проти якої вчинено злочин, платить гроші за отримання такої довідки, маючи надію в подальшому отримати компенсацію в судовому порядку.

Цікавою з цього приводу є думка А. Толопіла, який зазначає, що основним чинником, що здатний затримати вал злочинів такого роду, могло б стати підкріплене практикою усвідомлення потенційним крадієм того, що за протиправне діяння він буде покараний. Так як один з виходів вирішення питання про відшкодування потерпілому завданих збитків – добровільне примирення шляхом відшкодування завданої шкоди.

З метою усунення вказаної проблеми слід внести зміни до діючого законодавства. В першу чергу слід відійти від обрахування завданої злочином шкоди виходячи з розміру соціальної пільги, а суму, з якої крадіжка вважатиметься дрібною, змінити з трьох на п'ятнадцять неоподаткованих мінімумів доходів громадян (255 грн.).

При визначенні вартості викраденої речі потрібно брати не її вартість на день викрадення, а вартість такої нової речі, що в певних випадках вирішить питання про порушення кримінальної справи і слугуватиме пересторогою для можливих крадіїв (буде легше отримати довідку про ринкову вартість).

Однак в деяких випадках від проведення досліджень з приводу вартості викраденої речі не обійтися. Оскільки захист порушених прав і свобод громадян відносить до одного з головних завдань держави, то оплата їх проведення повинна здійснюватися з державного фонду, а в подальшому стягувати цю суму з винуватця (і у випадку притягнення до адміністративної відповідальності, і у випадку притягнення до кримінальної). Це в свою чергу змусить правоохоронні органи активніше проводити роботу щодо пошуку осіб, які вчинили протиправне діяння.

КРИМІНАЛІСТИЧНІ ПОНЯТТЯ «РОЗКРИТТЯ» ТА «РОЗСЛІДУВАННЯ» УМИСНИХ ВБИВСТВ

О. Саїнчин

*Міжнародний гуманітарний університет
(Одеса, Україна)*

У Конституції України, ст. 3, проголошена – людина його життя і здоров'я, честь і воля, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Любою законослухняна людина вправі думати, що з метою реалізації даної, мабуть, найважливішої конституційної норми, державою повинний бути вироблений визначений кримінально-правовий механізм, що захищає й охороняє життя і здоров'я людини від зазіхань, під страхом суворого покарання.

Розбудова правової держави в Україні висуває на перший план завдання створення ефективного механізму протидії злочинності. Лише ефективне та повне розкриття й розслідування злочинів, ужиття заходів по усуненню причин та умов, що сприяють їхньому вчиненню, забезпечить реалізацію принципів законності та невідворотності кримінальної відповідальності й, одночасно, неухильне дотримання прав та законних інтересів особи. Звернутися до теми, винесеної в заголовок цієї статті, нас спонукав незадовільний сучасний стан розкриття злочинів, у тому числі й найбільш небезпечних і резонансних, які посягають на життя та здоров'я людини, саме розкриття та розслідування умисних вбивств на початковому етапі.

В умовах криміналізації суспільства і якісних змін у характеристиці злочинності, актуальною стає проблема – наукового забезпечення діяльності правоохоронних органів, обґрунтування прийомів та засобів боротьби зі злочинністю, що використовуються на практиці.

Разом із тим, не зважаючи на регулярні відомчі та міжвідомчі обговорення, наявність у правоохоронних органах певної інструктивно-методичної літератури та відповідних нормативних документів із цього питання, проблема початкового етапу розкриття та розслідування злочинів залишається актуальною. В юридичній теорії також неодноразово ставилось питання стосовно необхідності серйозного вивчення методологічної (гносеологічної) сутності діяльності з розкриття та розслідування злочинів для її раціоналізації й підвищення ефективності, розширення та поглиблення пізнавальної можливості.

Тому, з метою подальшої оптимізації цього процесу, трохи виходячи за формат наукової статті, ми спробували алгоритмізувати викладення матеріалу, з тим, аби наблизити його до сприйняття практичних працівників.

Для цього потрібно визначитись з теоретичних концепцій з цього питання. Характеризуючи в цілому проблему розкриття та розслідування злочинів, а саме умисних вбивств, слід зазначити, що навіть її термінологічні визначення носять дискусійний характер. Зокрема, на сьогоднішній день юридична наука не прийшла до єдиного загальноновизнаного та прийнятного висновку щодо юридичної природи, процесуальної сутності такого кримінально-процесуального інституту, як розкриття злочину, не визначила єдиних підходів у розумінні пізнавальних засобів розкриття злочину, правил допустимості їхнього використання в кримінальному процесі. Зважаючи на провідне місце поняття „розкриття злочину” в системі категорій не тільки теорії кримінального процесу, але й цілого ряду суміжних наук, таку неоднозначність у його тлумаченні навряд чи можна визнати виправданою.

Такий стан справ породжує цілий ряд негативних факторів у діяльності по боротьбі зі злочинністю: відсутність єдиного законодавчого критерію діяльності органів досудового слідства й дізнання, невизначеність у вирішенні окремих процесуальних та організаційно-тактичних питань, необ'єктивність в оцінці діяльності правоохоронних органів, наявність додаткових перепон у підвищенні ефективності взаємодії учасників розслідування.

На підставі зазначеного можна зробити попередній висновок про те, що поняття „розкриття” і „розслідування”, відносно проблеми боротьби зі злочинністю, є центральними в юридичній науці та практиці, не зважаючи на неоднозначне їхнє тлумачення.

Що значить розкрити вбивство, тобто коли, за яких обставин слід уважати подію встановленою, а виявлену особу викритою? Одні вчені вважають злочин розкритим, коли оперативно-розшуковими засобами встановлена особа й зібрані докази, достатні для порушення кримінальної справи. Таке поняття розкриття називають *оперативним*.

Інші розкриття пов'язують з етапами розслідування. Так, на думку одних авторів, злочин вважається розкритим, якщо досліджені всі обставини, що входять у предмет доказування, достатні для пред'явлення обвинувачення (О.М. Васильєв, А.К. Гаврилов, І.Ф. Герасимов, С.П. Мітричев, О.І. Михайлов, Л.О. Сергєєв, В.Е. Сидоров). Другі – коли доказаність вчинення злочину певними особами відображена в обвинувальному висновку та рішенні прокурора щодо направлення справи до суду (Г.О. Олександров, О.М. Донцов, С.П. Остроумов, С.І. Панченко, В.Г. Танасевич). Деякі вчені момент розкриття переносять на закінчення судового розгляду, вважаючи розкритим злочин тільки після виголошення судом вироку й вступу його в законну силу (І.Ф. Головченко, П.П. Михайленко). Загалом остання позиція нам вважається більш правильною, оскільки тільки суд остаточно вирішує, чи винна людина, що залучена як обвинувачений на попередньому слідстві. Окреслені три погляди на поняття розкриття називають *кримінально-процесуальним*. Загальне, що їх об'єднує – це факт встановлення особи злочинця й події злочину. Відмінність – у рівні доказаності цих обставин.

Але сам підхід не продуктивний, тому що ставить задачу дати універсальне (єдине) поняття розкриття злочину. Узагальнюючи, можна сказати, що на досудовому слідстві, у процесі розкриття злочину, приймають участь дві категорії осіб: оперативний працівник і слідчий. Вони відрізняються правовим статусом і функціональними обов'язками, пізнавальними можливостями, обсягом та кількістю інформації, якою оперують, особливостями оцінки отриманих результатів тощо. Тобто вони забезпечують два відносно самостійних виду діяльності: оперативно-розшукову та слідчу.

Виходячи вже із цього цілком зрозуміло, що мають бути принаймні два рівня розгляду поняття розкриття злочину, не торкаючись третього – судового рівня розгляду.

Тому існує й *криміналістичне поняття розкриття злочину*. Воно не пов'язане зі стадіями кримінального процесу. Розкриття, з одного боку, розуміють як діяльність органів дізнання й попереднього слідства по збиранню й дослідженню доказової інформації стосовно обставин події злочину і його суб'єктів. З іншого боку, – як результат діяльності, тобто сукупність інформації, зібраної на певний момент розслідування.

Між тим, у юридичній літературі й практиці існує й застосовується ще одне поняття – “розслідування” злочину, тому постає питання співвідношення понять “розкриття” і “розслідування”, їхнього змістовного розуміння та субординації.

Професор І.М. Лузгін свого часу так пропонував визначити ці поняття. Розкриття злочину – характеризує відношення до факту злочину: відомий цей факт – розкрито його, не відомий – не розкрито. Розслідування злочину, на його думку – характеризує юридичну діяльність, що забезпечує розкриття злочину й доказування у встановленому порядку його обставин для прийняття відповідного рішення.

Розкриття злочину в такому розумінні являє собою слідчу ситуацію, що виникає, наприклад, під час затримання злочинця на місці пригоди (з речовими доказами), у разі з'явлення злочинця з каяттям, коли особа затримана, але не всі обставини справи ще досліджені. Ці факти більш відомі у випадках скоєння умисних вбивств.

Тому в криміналістичному значенні розкриття злочину може бути здійснене на різних етапах розслідування, оскільки воно досягається на попередньому (досудовому) слідстві, є попереднім рішенням задачі розкриття злочину й викриття винного органом попереднього (досудового) слідства (І.Ф. Герасимов, В.Г. Танасевич).

Таким чином, криміналістичне поняття розкриття (розслідування) злочину як певного виду (різновиду) юридичної діяльності визначається як комплекс слідчих дій, оперативних і організаційних заходів, здійснюваних із метою повного розкриття злочинів, викриття винних та забезпечення умов правильного застосування закону (ст. 2 КПК України).

Зміст діяльності з розкриття умисних вбивств включає наступні відмінні елементи: а) невідкладне провадження слідчих дій і оперативно-розшукових заходів; б) широке використання в цій діяльності інформації, що отримується на місці пригоди від людей і речей; в) концентрування і

координування сил і засобів для швидкого розкриття злочинів за “гарячими слідами”; г) широке використання сил і засобів підрозділів карного розшуку, патрульно-постової служби і ДАІ; д) централізація управління силами і засобами в одних руках; є) широке використання допомоги державних установ, організацій і громадськості.

Крім цього розкриття злочинів за “гарячими слідами” слід розглядати як діяльність органів дізнання й попереднього слідства, відмінну від звичайної слідчої діяльності, тобто розслідування з використанням таких джерел інформації, застосуванням таких прийомів її здобуття, які призводять до швидкого й повного розкриття злочинів і викриття винуватця.

Тому поняття “розкриття умисних вбивств за “гарячими слідами” можна охарактеризувати: по-перше, як організацію діяльності по забезпеченню встановлення за короткий час події злочину та винних у його скоєнні осіб на основі безперервного здійснення розшукових заходів, комплексного використання відповідних сил і засобів; по-друге, як досягнення мети (результату), або створення необхідних передумов для цього, що визначається функціональними обов’язками відповідної служби.

Розкриття умисних вбивств за “гарячими слідами” – це умовне поняття в слідчій і оперативно-розшуковій діяльності, пов’язане з обов’язковим використанням так званих “гарячих слідів”. В іншому випадку, коли не використовуються такі сліди, розслідування й розкриття злочину будуть звичайними.

“Гарячі сліди” – це часова (минуша) характеристика, вона означає якийсь відрізок часу, протягом якого можна використати сліди, і отримувати ефективні результати. Саме в цей період сліди мають найбільшу інформативність, а отже, і значущість для розкриття злочинів. Після закінчення такого часу сліди “остигають (холонуть)”, кількість інформації, що ними відображується, зменшується або втрачаються її якісні властивості, а іноді вона зникає взагалі. Хоч такі сліди в подальшому й використовуються для отримання доказової інформації, але процес розслідування в цьому випадку вже не носить назви розкриття за “гарячими слідами”.

В історичному аспекті поняття “гарячі сліди” виникло в середні віки в період становлення й розвитку розшукового процесу, коли основною формою розкриття злочину використовувався розшук, “гоніння по сліду”, тобто негайний збір поголосу щодо “лихих людей (лиходіїв)” (за сучасною термінологією – збір інформації стосовно підозрюваних за місцем їхнього проживання).

Пізніше всякі дії, що розпочаті негайно після виявлення злочину й спрямовані на його розкриття шляхом використання матеріальних слідів, що збереглися та ідеальних слідів у пам’яті свідків-очевидців, стали називати розкриттям злочину за “гарячими слідами”.

Поняття “гарячі сліди” характеризує принаймні дві обставини:

- час, що пройшов із моменту утворення слідів до моменту їхнього виявлення з метою розкриття злочину;
- відрізок часу, протягом якого можна найбільш ефективно використати “гарячі сліди” в розслідуванні.

За змістом поняття “гарячі сліди” включає матеріальні й ідеальні відображення, що містяться в матеріальних джерелах (речах) і у свідомості (пам’яті) людьми. У першому випадку це сліди-відображення, сліди-предмети й сліди-речовини (засоби вчинення злочину, сліди рук, ніг, знарядь зламу, мікросліди, сліди запаху). У другому – уявні образи, збережені в пам’яті обвинуваченого, потерпілого й свідка-очевидця.

Оскільки термін “гарячі сліди” умовний, були зроблені спроби замінити його, наприклад, замість “гарячі сліди” ввести поняття “свіжі сліди”. Однак і це поняття однозначно не визначає, який слід уважати “свіжим”, а який “несвіжим”. Ця проблема багатогранна й пов’язана з установленням терміну зберігання слідів і відображеної в них інформації, а названі обставини залежать від багатьох чинників: виду відображення, фізичних властивостей матеріальних об’єктів, що беруть участь у відображенні, подальших умов, пов’язаних зі зберіганням, виявленням і фіксацією.

Так, наприклад, слід пальця на доброму папері може бути “старим” (за часом утворення), але не втратити своєї інформаційної значущості. Його й після десяти років можна виявити розчином нігіндірину або радіографічним методом. Навпаки, такий же слід пальця на погано проклясному папері вже через чотири години стає непридатним, втрачає свою інформативність, хоч його. За часом

утворення, треба вважати “свіжим”. У криміналістиці проблема збереження інформаційної цінності слідів досить складна, вона пов'язана з установленням відносно кожного виду об'єкта його індивідуального періоду, тобто часу, протягом якого предмет залишається тим, чим він є, що дозволяє проводити його ототожнення. Отже, поняття, що пропонується, не задовольняє всім вимогам. Тому доцільніше зберегти стару назву “гарячі сліди”, однак, оскільки цей термін умовний, то його завжди потрібно вмішувати в лапки, як це було в перших роботах і підручниках криміналістики.

Розкриття умисних вбивств за “гарячими слідами” – це діяльність органу дізнання або попереднього слідства на початковій стадії розслідування, відразу після виявлення ознак події злочину. Вона протікає в особливих кримінально-процесуальних умовах, для неї характерне широке використання оперативно-розшукових засобів виявлення, закріплення й збереження джерел доказової інформації. Ця діяльність носить яскраво виражений пошуково-розшуковий напрям. Перш ніж установити ознаки злочину, їх необхідно розшукати.

Розкриття злочину за “гарячими слідами” характеризує особливий рівень організації роботи на початковому етапі розслідування, тому його припустимо розглядати як самостійну організаційну форму діяльності, яка характеризується наступним: *фактором часу*, який означає швидкість реагування, починаючи від моменту отримання повідомлення щодо злочину. Швидкість реагування, оперативність (невідкладність) означає: 1) виявлення такої інформації, негайне використання якої дозволить активно вести роботу з виявлення осіб, що скоїли злочин; 2) своєчасно вибрати та використати відповідні засоби і методи; *належною організацією роботи* різних служб органів внутрішніх справ (чергової частини, кримінального розшуку, дільничних, слідчих); *високим рівнем* професійної грамотності (майстерності) працівників цих служб, сумлінним виконанням ними своїх службових обов'язків; *безперервністю роботи* по збору та використанню інформації; *наступальністю* – ініціативністю та інтенсивністю провадження слідчих дій і оперативно-розшукових заходів; *комплексністю* – використанням усіх наявних можливостей; *маневреністю* – використанням сил і засобів ефективних у конкретній ситуації та негайна їхня заміна іншими в разі змін умов.

Отже, криміналістична сутність розкриття злочинів за “гарячими слідами” полягає в найскорішому збиранні інформації і її негайному використанні з метою встановлення події злочину й осіб, що його скоїли.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA SPRAWCÓW WYPADKÓW DROGOWYCH NA GRUNCIE PRAWA POLSKIEGO

Rafał Sulej

*Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
(Lublin, Polska)*

Każdy z nas przynajmniej raz w życiu spotkał się ze zdarzeniem, jakim jest wypadek drogowy – będąc jego uczestnikiem albo tylko obserwatorem. Jest to zjawisko na tyle powszechne, że warto by się było mu bliżej przyjrzeć. Liczba wypadków nie tylko nie maleje, ale systematycznie rośnie, stając się jedną z większych plag społecznych. Wpływa na to przede wszystkim szybki i ciągły wzrost liczby pojazdów na naszych drogach.

Warto przyjrzeć się statystykom: w 1995 r. było w Polsce 36.100 wypadków (w tym 4.688 zabitych i 42.290 rannych), a już w 1990 r. – 50432 (7.333 zabitych i 5.9611 rannych), natomiast w 1997 r. zanotowano największą ich liczbę – bo aż 66.586 (7.090 i 83.162). Co prawda w ciągu ostatnich kilku lat nastąpił spadek liczby wypadków, przykładowo w ubiegłym 2004 r. było ich „tylko” 51.069 (5.712 i 64.661), a w 2006 r. – 46.876 (5243 i 59123). Wydaje się jednak, że ta tendencja nie utrzyma się zbyt długo.

Warto by także przytoczyć udział cudzoziemców w wypadkach drogowych na terenie Polski. W 2006 roku cudzoziemcy przyczynili się do powstania 292 wypadków drogowych, w których zginęły 63 osoby, a 425 zostało rannych. Najwięcej wypadków drogowych spowodowali kierujący pojazdami, będący obywatelami takich państw jak: Niemcy (114 wypadków – 44,4%), Ukraina (94 wypadki – 36,6%), Litwa (80 wypadki – 31,1%). Można to wytłumaczyć tym, że Polska z racji swego położenia jest krajem tranzytowym i zdecydowanie największy odsetek cudzoziemców wjeżdżających i przejeżdżających przez nasz kraj to obywatele państw ościennych; szczególnie z linii wschód – zachód.

Należy zaznaczyć, że jeśli cudzoziemiec spowoduje taki wypadek, to zgodnie z art. 5 Kodeksu karnego z 6 czerwca 1997 r. (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.), poniesie odpowiedzialność karną na gruncie prawa polskiego. Zasada terytorialności, wyrażona we wspomnianym art. 5 k.k., oznacza bowiem stosowanie ustawy polskiej do sprawcy, który popełnił czyn zabroniony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, chyba że umowa międzynarodowa, której Rzeczpospolita jest stroną stanowi inaczej. Obowiązuje co prawda Konwencja haska o prawie właściwym dla wypadków drogowych z 4 maja 1971 r., ale dotyczy ona tylko pozaumownej odpowiedzialności cywilnej, a tematem pracy jest przecież odpowiedzialność karna.

Przestępstwo wypadku drogowego uregulowane jest w art. 177 k.k. Wypadkiem jest zdarzenie odpowiadające cechom zawartym w tym przepisie. Zatem wypadkiem drogowym jest zdarzenie mające miejsce w ruchu drogowym, wynikłe z naruszenia chociażby nieumyślnie zasad bezpieczeństwa obowiązujących w tym ruchu, którego skutkiem są nieumyślnie spowodowane obrażenia ciała, powodujące naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia, trwające dłużej niż 7 dni albo śmierć człowieka lub ciężki uszczerbek na jego zdrowiu.

Przestępstwo z art. 177 ma charakter nieumyślny, a więc charakterystyczne jest dla niego nieostrożne zachowanie się sprawcy: „naruszając, chociażby nieumyślnie zasady bezpieczeństwa w ruchu”. Zasady bezpieczeństwa to reguły określone w przepisach drogowych i niepisane reguły wynikające z istoty ruchu drogowego i interpretacji przepisów. Do najistotniejszych zasad doktryna i orzecznictwo zalicza zasadę ostrożnego i rozważnego prowadzenia pojazdów – w tym prędkości bezpiecznej oraz zasadę ograniczonego zaufania do innych uczestników ruchu. Przez prędkość bezpieczną należy rozumieć taką prędkość, która pozwala na panowanie nad pojazdem i zatrzymanie się przed ewentualną przeszkodą, z jaką zawsze trzeba się liczyć (por. art. 19 Ustawy z 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. Nr 98, poz. 602 z zm.)). Jeśli zaś chodzi o zasadę ograniczonego zaufania, to wymaga ona, aby kierowca bacznie obserwował drogę i innych uczestników ruchu, przewidując możliwość ich nieprawidłowego zachowania się i właściwą na nie reakcję (por. art. 4 P. o r. d.).

Podmiotem występkę spowodowania wypadku drogowego może być jedynie uczestnik ruchu, którego dotyczy obowiązek przestrzegania zasad bezpieczeństwa, a więc kierujący pojazdem mechanicznym, pieszy, rowerzysta, osoba prowadząca kolumnę pieszych.

Przestępstwo spowodowania wypadku drogowego może być popełnione nie tylko na drodze publicznej, ale też w miejscu gdzie faktycznie odbywa się ruch pojazdów. (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 5 grudnia 1995 r. (WR 286/95, OSNKW 1996, Nr 3-4, poz. 18).

Przestępstwo to ma charakter materialny, przy czym w zależności od skutków rozróżnia się średni i ciężki wypadek. Średni charakteryzuje się następstwami w postaci średnich obrażeń ciała, tj. spowodowaniu naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia trwającego dłużej niż 7 dni (art. 177 § 1 w zw. z art. 157 § 1). Natomiast ciężkim wypadkiem możemy nazwać taki, którego skutkiem jest śmierć albo ciężki uszczerbek na zdrowiu (art. 177 § 2 w zw. z art. 156 § 1).

Ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu zgodnie z art. 156 § 1 jest uszczerbek w postaci:

- pozbawienia człowieka wzroku, słuchu, mowy, zdolności płodzenia;
- innego ciężkiego kalectwa, ciężkiej choroby nieuleczalnej lub długotrwałej choroby realnie zagrażającej życiu, trwałej choroby psychicznej, całkowitej lub znacznej trwałej niezdolności do pracy w zawodzie lub trwałego, istotnego zespечения lub zniekształcenia ciała.

Skutki te mają znaczenie dla odpowiedzialności karnej tylko wtedy, gdy poniosła je inna osoba, a nie sam sprawca.

W zależności od rodzaju wywołanych następstw różny jest też wymiar kary. Sprawca średniego wypadku drogowego podlega karze pozbawienia wolności od 1 miesiąca do 3 lat., natomiast za spowodowanie ciężkiego wypadku grozi kara pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat.

Przestępstwo spowodowania wypadku drogowego ścigane jest z urzędu, a na wniosek tylko wtedy, jeżeli pokrzywdzonym jest wyłącznie osoba najbliższa dla sprawcy (art. 115 § 11 k.k.).

Są jednak sytuacje, gdy następstwem wypadku jest naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia trwający nie dłużej niż 7 dni. Określa się je jako tzw. lekki wypadek. Większość doktryny kwalifikuje takie zdarzenie jako wykroczenie z art. 86 §1 Kodeksu wykroczeń z 20 maja 1971 r. (Dz. U. Nr 12, poz. 114 ze zm.).

W art. 178 § 1 przewiduje się zaostrenie ustawowego wymiaru kary za przestępstwo spowodowania wypadku drogowego wobec sprawcy, który popełnił to przestępstwo będąc w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego lub zbiegł z miejsca zdarzenia. W takich przypadkach sąd orzeka karę pozbawienia wolności przewidzianą za to przestępstwo w wysokości od dolnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę do górnej granicy tego zagrożenia zwiększonego o połowę.

Pojęcie stanu nietrzeźwości zdefiniowano w art. 115 § 16 k.k. Zachodzi on wtedy, gdy:

- zawartość alkoholu we krwi przekracza 0,5 promila albo prowadzi do stężenia przekraczającego tę wartość
- lub zawartość alkoholu w 1 dm³ wydychanego powietrza przekracza 0,25 miligrama albo prowadzi do stężenia przekraczającego tę wartość.

Pojęcie środka odurzającego zostało natomiast zdefiniowane w art. 6 pkt 2 Ustawy z 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 75, poz. 468). Jest nią każda substancja pochodzenia naturalnego lub syntetycznego, działająca na ośrodkowy układ nerwowy, określona w wykazie środków odurzających, stanowiącym załącznik do tej ustawy.

Zbiegnięcie z miejsca zdarzenia ma miejsce wówczas, gdy sprawca oddala się z miejsca wypadku w zamiarze uniknięcia odpowiedzialności, w szczególności uniemożliwienia lub utrudnienia ustalenia jego tożsamości, okoliczności zdarzenia i stanu nietrzeźwości lub stanu pod wpływem środka odurzającego. (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 15 marca 2001 r. – III KKN 492/99, OSNKW 2001, Nr 7-8, poz. 52).

Ze względu na obserwowany od lat poważny wzrost zagrożenia bezpieczeństwa ruchu ze strony nietrzeźwych kierowców, wprowadzono art. 178a, który kryminalizuje jako występek prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego.

Skazanie sprawcy wypadku drogowego łączy się z koniecznością lub możliwością orzeczenia środka karnego w postaci zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych.

Sąd może orzec zakaz prowadzenia pojazdów określonego rodzaju w razie skazania osoby uczestniczącej w ruchu za przestępstwo spowodowania wypadku drogowego, w szczególności, jeżeli z okoliczności popełnionego przestępstwa wynika, że prowadzenie pojazdu przez tę osobę zagraża bezpieczeństwu w komunikacji (art. 42 § 1 k.k.).

Sąd orzeka zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych albo pojazdów mechanicznych określonego rodzaju, jeżeli sprawca w czasie popełnienia przestępstwa wymienionego w § 1 był w stanie nietrzeźwości, pod wpływem środka odurzającego lub zbiegł z miejsca zdarzenia określonego w art. 177 (art. 42 § 2 k.k.).

Sąd może orzec zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych na zawsze, jeżeli sprawca w czasie popełnienia przestępstwa określonego w art. 177 § 2 był w stanie nietrzeźwości, pod wpływem środka odurzającego lub zbiegł z miejsca zdarzenia (art. 42 § 3 k.k.).

Wreszcie sąd orzeka zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych na zawsze w razie ponownego skazania osoby prowadzącej pojazd mechaniczny w warunkach określonych w § 3 (art. 42 § 4 k.k.).

Wyżej wymienione zakazy orzeka się od roku do lat 10. Orzekając zakaz określony w art. 42 sąd nakłada obowiązek zwrotu dokumentu uprawniającego do prowadzenia pojazdu; do chwili wykonania obowiązku okres, na który orzeczono zakaz, nie biegnie (art. 43 § 1 pkt 1 i 43 § 3 k.k.).

W razie skazania sprawcy za przestępstwo spowodowania wypadku drogowego, sąd na wniosek pokrzywdzonego lub innej osoby uprawnionej orzeka obowiązek naprawienia szkody w całości albo w części (art. 46 § 1 k.k.).

Zamiast obowiązku określonego w art. 45 § 1 k.k. sąd może orzec na rzecz pokrzywdzonego nawiazkę w celu zadośćuczynienia za ciężki uszczerbek na zdrowiu, naruszenie czynności narządu ciała, rozstrój zdrowia, a także za doznana krzywdę (art. 46 § 2 k.k.).

W razie skazania sprawcy prowadzącego pojazd mechaniczny za przestępstwo spowodowania wypadku drogowego, jeżeli był on w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego albo zbiegł z miejsca zdarzenia, sąd może orzec nawiazkę na rzecz instytucji, stowarzyszenia, fundacji lub organizacji społecznej, wpisanej do wykazu prowadzonego przez Ministra Sprawiedliwości, której podstawowym zadaniem lub celem statutowym jest spełnianie świadczeń na cele bezpośrednio związane z udzielaniem pomocy osobom poszkodowanym w wypadkach komunikacyjnych, z przeznaczeniem na ten cel (art. 47 § 3 k.k.).

Jeśli zaś chodzi o to, w jakiej wysokości sąd orzeka nawiazkę to nie może ona przekraczać 100.000 złotych (art. 48 k.k.).

ПРОБЛЕМЫ ИСТРЕБОВАНИЯ, ПРЕДСТАВЛЕНИЯ И ФИКСАЦИИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ (НА ПРИМЕРЕ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ)

В. Шпак

*Белорусский государственный университет
(Минск, Беларусь)*

В уголовном процессе собирание доказательств возможно путем как производства следственных действий, так и иными процессуальными способами. Процессуальные действия по собиранию доказательств в своей конструкции более просты по сравнению со следственными действиями, что нашло отражение в менее детальной правовой регламентации порядка их проведения. Однако относительная простота этих способов доказывания не означает, что доказательства, полученные в результате их применения, имеют меньшую ценность, чем те, которые были получены при производстве следственных действий. В этой связи особый интерес представляют иные (неследственные) процессуальные способы собирания доказательств.

Истребование является самостоятельным процессуальным способом получения доказательств, не сопровождаемым мерами принуждения, отличающимся соответственно простотой правовой регламентации, который может быть применен в любой стадии уголовного процесса. Истребование доказательств – это процессуальные действия, состоящие в предъявлении лицом, ведущим уголовный процесс по находящемуся в его производстве делу (материалам) требования, обращенного к участникам процесса, должностным лицами и гражданам, о представлении объектов, которые могут установить по делу необходимые фактические данные, а также исполнение требования последними и фиксация этого действия в материалах дела.

Из ч. 2 ст. 173 и ч. 3 ст. 452 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь 1999 года (далее – УПК) следует, что до возбуждения уголовного дела органы уголовного преследования могут получать «дополнительные документы» и «другие материалы». Как свидетельствует практика работы правоохранительных органов, чаще всего это письменные документы (накладные, справки, акты ревизий, выписки из приказов, характеристики и т.п.). По нашему мнению, под термином материалы понимаются не только письменные документы, но и предметы. Данный вывод вытекает из анализа закона, в соответствии с ч. 2 ст. 103 УПК органам уголовного преследования при собирании доказательств разрешено требовать представления необходимых предметов и документов.

Истребование предметов и документов можно подразделить на: 1) требование представить уже имеющиеся предметы и документы; 2) требование составить и представить документы (справки, характеристики и т.п.). Требование о представлении материалов распадается на его составление и направление адресату. Его направление кладет начало второму этапу истребования – деятельности лица, которому оно адресовано, состоящей в его исполнении. Этот этап законом не регламентирован. Думается, что указание в законе сроков, в пределах которых должно быть исполнено такое требование (3-5 суток), и санкций за его неисполнение, позволило бы в определенной степени повысить эффективность данного способа собирания доказательств, т.к. при изучении нами практики встречались случаи, когда промежуток между истребованием и представлением документов составлял 7-8 дней и даже 13 дней. Третий этап истребования – представление необходимых материалов лицу, ведущему уголовный процесс. Далее должен следовать осмотр истребуемого объекта, и в случае установления его относимости и допустимости – приобщение в качестве доказательства к материалам или уголовному делу.

Истребование необходимых материалов в порядке предусмотренном УПК – самостоятельное уголовно-процессуальное действие. Если это так, то такое действие должно и оформляться соответствующим образом, в форме процессуального документа. Вместе с тем, закон не устанавливает формы и порядка предъявления требования о представлении предметов и документов. Мы разделяем

мнение тех ученых, которые обоснованно считают, что требование о представлении предметов и документов должно быть облечено в письменную форму. Это позволяет уточнить, какой именно предмет или документ истребуется, какие данные и за какой период необходимо представить и т.п., что предотвращает получение ненадлежащего объекта. Для всех документов, возникающих в результате деятельности предприятий, учреждений и организаций, запрос является основанием для их выдачи. Кроме того, наличие в деле письменного запроса объясняет пути появления доказательства, без чего невозможно судить о его допустимости.

Считаем необходимым закрепить процессуальный порядок истребования предметов и документов путем введения в УПК нормы следующего содержания – «Требование органа уголовного преследования и суда о представлении предметов и документов, по находящимся в их производстве материалам и уголовному делу, облечается в письменную форму. Такое требование обязательно для исполнения указанными в нем органами и лицами в течение трех суток, либо в более продолжительный срок, в случае указания такового в требовании».

Содержание представления доказательств как познавательного приема исчерпывается доставлением объекта (предмета или документа) без предварительного требования об этом. В литературе указывается, что представление доказательств включает в себя, кроме непосредственного представления объекта, и ходатайство о приобщении его к делу в качестве такового. Лица же, не являющиеся участниками процесса, не имеют права заявлять ходатайства, а могут лишь ставить вопрос о приобщении объекта путем подачи соответствующего заявления. Без рассмотрения заявленного лицом, доставившим данный объект, ходатайства или заявления и принятия по нему решения, данный прием теряет свою доказательственную значимость. Считаем, что представление доказательств является одним из способов собирания доказательств, заключающимся в добровольных действиях по передаче органам уголовного преследования и суду предметов и документов, могущих установить факты, имеющие значение для дела, и включает в себя рассмотрение заявленного ходатайства (заявления), с последующим его удовлетворением или отказом в этом.

Представление доказательств обычно понимается как непосредственное представление предметов и документов. В литературе высказывались различные мнения о представлении не только предметов и документов, но и сведений об их местонахождении, с соответствующими пояснениями об обстоятельствах и источниках их получения. Однако, сообщение о месте нахождения объекта – это показание, но не представление в натуре предмета или документа, который после может быть признан вещественным доказательством.

Процессуального порядка представления доказательств в своих работах касались многие ученые. Однако ни теория, ни практика не выработали устоявшихся процессуальных правил представления доказательств, не дается в законе наименование и процессуального документа, который, по логике вещей, должен составляться при представлении доказательств. Как показал опрос, проведенный нами среди прокуроров по надзору за дознанием в органах внутренних дел, 53,8% респондентов полагает, что факт представления доказательств должен фиксироваться в процессуальных документах.

Считаем нужным закрепить процессуальный порядок представления доказательств посредством введения в УПК нормы следующего содержания: «Представление предметов и документов без предварительного требования об этом органу уголовного преследования и суду включает в себя рассмотрение заявленного ходатайства (заявления) о принятии представленных предметов и документов в качестве доказательств лицом, производящим расследование, и судом, с последующим его удовлетворением или отказом».

Закрепление (фиксация) доказательств в уголовно-процессуальном праве рассматривается в качестве самостоятельного процессуального института и понимается как регламентированная законом деятельность уполномоченных лиц по процессуальному закреплению фактических данных посредством предусмотренных уголовно-процессуальным законом процедур. УПК предусматривает возможность представления доказательств участниками уголовного процесса не определяя процедуру фиксации их представления, что следует признать пробелом. Некоторые авторы ограничиваются указанием на то, что такая передача материалов должна быть оформлена, не поясняя, как это следует сделать. Именно в данный момент объект вводится в уголовный процесс, и от того, насколько точно и

полно он зафиксирован в своих свойствах, зависит признание за ним значения доказательства. В связи с этим обоснованно возникает вопрос о необходимости составления специального процессуального документа, в котором должен быть отражен факт передачи предметов и документов, сообщены сведения, которые необходимы для оценки их как доказательств.

В процессуальном плане фиксация доказательственной информации есть выражение удостоверительной деятельности субъекта доказывания. При истребовании документов лицом, ведущим уголовный процесс, функция удостоверения относительно проста и сводится к приобщению к делу запроса и полученных результатов.

Предлагаем закрепить в УПК процессуальный порядок приобщения к материалам и уголовному делу истребованных предметов и документов следующим образом: «Предметы и документы, истребованные органом уголовного преследования и судом, приобщаются к находящимся в их производстве материалам и уголовному делу вместе с требованием об их предоставлении. Факт приобщения предметов и документов к материалам и уголовному делу, предоставленных участниками уголовного процесса без предварительного требования об этом, удостоверяется путем составления протокола».

Зміст

П. Рабінович

ВНЕСОК ПРОФЕСОРА ПЕТРА ОМЕЛЯНОВИЧА НЕДБАЙЛА У РОЗВИТОК ВІТЧИЗНЯНОГО ПРАВОЗНАВСТВА.....	I
---	----------

СЕКЦІЯ ТЕОРЕТИКО- ТА ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ НАУК

✓ *М. Баймуратов*

ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА У ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ	3
--	----------

✓ *Е. Белякова*

ЗНАЧЕНИЕ ТОЛКОВАНИЯ НОРМ ПРАВА ДЛЯ ПРОЦЕССА СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ СИСТЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА	6
---	----------

✓ *П. Біленчук, В. Теліпко*

ТЛУМАЧЕННЯ ПРАВОВИХ НОРМ: ПОНЯТТЯ, СПОСОБИ, ВИДИ	8
---	----------

С. Бобровник

ПРАВОВІ КОЛІЗІЇ: ПІДХОДИ ДО КЛАСИФІКАЦІЇ	12
---	-----------

✓ *Д. Боcharов*

ІСТИНА ЯК «СВЯЩЕННА» СКЛАДОВА ПРАВАЗАСТОСОВЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ	15
--	-----------

Н. Григорук

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ІНСТИТУТУ СМЕРТНОЇ КАРИ В КОНТЕКСТІ ПРАВА ОСОБИ НА ЖИТТЯ	17
--	-----------

✓ *С. Грудницька*

ТЛУМАЧЕННЯ СОЦІАЛЬНОЇ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ ЯК СУБ'ЄКТА ГОСПОДАРЮВАННЯ	19
--	-----------

✓ *Т. Дідич*

СТАНОВЛЕННЯ ПРАВОТВОРЧОСТІ В УМОВАХ РОЗВИТКУ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ В УКРАЇНІ	21
--	-----------

Н. Єфремова

РОЗВИТОК КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ ІДЕЙ В РЕЧІ ПОСПОЛИТИЙ У XVI – XVIII СТ.	24
--	-----------

М. Кобилецький

ДЖЕРЕЛА МАГДЕБУРЗЬКОГО ПРАВА	27
---	-----------

В. Ковальчук

ПРО ПРАВОВЕ РОЗУМІННЯ ЛЕГІТИМНОСТІ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ	29
---	-----------

✓ *Н. Крестовська*

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЯКНАЙКРАЩИХ ІНТЕРЕСІВ ДИТИНИ ЯК ПРИНЦИП ТЛУМАЧЕННЯ НОРМ ЮВЕНАЛЬНОГО ПРАВА	32
---	-----------

А. Крижанівський

ПРАВОЗАКОННІСТЬ І ПРАВОПОРЯДОК У ПРИЗМІ ПРАВОРОЗУМІННЯ	34
---	-----------

Ю. Лобода

ЕТНІЧНІСТЬ ПРАВА ТА ПРОВОА ТРАДИЦІЯ (ПРАВОЗАСТОСУВАЛЬНИЙ АСПЕКТ)	36
---	-----------

✓ С. Максимов

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ЯК ІДЕЯ І ПРИНЦИП	39
---	-----------

Л. Мурашко

ПРАВОВАЯ НОРМАТИВНОСТЬ КАК ВЫРАЖЕНИЕ ЕСТЕСТВЕННОЙ ФОРМЫ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ	41
---	-----------

✓ С. Погребняк

ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА: СУТНІСТЬ І СТРУКТУРА	44
---	-----------

С. Рабінович

ПРИРОДНЕ ПРАВОРОЗУМІННЯ В РИМСЬКІЙ ПРАВОВІЙ КУЛЬТУРІ: СОЦІАЛЬНА УТОПІЯ ТА ЮРИДИЧНА ПРАКТИКА	46
--	-----------

Е. Салей

ИМПЕРАТИВНЫЕ НОРМЫ НАЦИОНАЛЬНОГО ПРАВА КАК ОГРАНИЧЕНИЕ ПРИМЕНЕНИЯ ИНОСТРАННОГО ПРАВА (НА ПРИМЕРЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ)	48
---	-----------

✓ В. Смородинський

СУДДІВСЬКЕ ТЛУМАЧЕННЯ ПРАВА	51
--	-----------

Н. Толкачова

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВА ОСНОВА ЗАСТОСУВАННЯ СУДАМИ ЗВИЧАЄВИХ НОРМ	53
--	-----------

А. Червяцова

ПРАВО НА ЖИТТЯ В РІШЕННЯХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ	56
---	-----------

Е. Шишкіна

ПРАВО ЛЮДИНИ НА ПОВАГУ ДО СВОЄЇ ГІДНОСТІ ЯК ОБ'ЄКТ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ В АКТАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ	57
--	-----------

О. Ющик

ЮРИДИЧНА НОРМА: ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ	59
--	-----------

Л. Ярмол

ПРАВО НА ЗАМІНУ ВИКОНАННЯ ОКРЕМИХ ЮРИДИЧНИХ ОБОВ'ЯЗКІВ, НЕСУМІСНИХ ІЗ ПЕРЕКОНАННЯМИ ЛЮДИНИ: ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ	62
---	-----------

СЕКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НАУК

Ю. Барабаш

ФУНКЦІОНАЛЬНЕ ПРИЗНАЧЕННЯ ІНСТИТУТУ РОЗПУСКУ ПАРЛАМЕНТУ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ	65
---	-----------

О. Батанов

МУНІЦИПАЛЬНА ВЛАДА ТА ОСНОВНІ ЧИННИКИ ЇЇ СТАНОВЛЕННЯ	67
---	-----------

Н. Батанова

ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У СФЕРІ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ	70
--	-----------

Л. Бориславський

ОЦІНКА КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ: СУПЕРЕЧЛИВІСТЬ І ПРОГАЛЕНІСТЬ, ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НОРМ	72
---	-----------

В. Кивель

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ГОСУДАРСТВА В ОБЛАСТИ ЗАЩИТЫ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ ЛИЧНОСТИ	75
---	-----------

Н. Клименко

СТАТУТ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ГРОМАДИ ЯК ДЖЕРЕЛО КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ	77
---	-----------

Т. Цимбалістий

ОФІЦІЙНЕ ТЛУМАЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЇ І ЗАКОНІВ УКРАЇНИ КОНСТИТУЦІЙНИМ СУДОМ УКРАЇНИ	79
---	-----------

Т. Шаповал

ПОНЯТТЯ ВЛАДИ НАРОДУ В КОНТЕКСТІ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ	81
---	-----------

В. Шишкін

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВИХ ВИМОГ ЩОДО ЗВЕРНЕНЬ ДО КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ	883
---	------------

СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ НАУК

В. Авер'янов, А. Пухтецька

НАГАЛЬНІ ЗАВДАННЯ ФОРМУВАННЯ УКРАЇНСЬКОЇ ДОКТРИНИ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА: ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНИЙ АСПЕКТ	86
--	-----------

З. Гладун

ТЛУМАЧЕННЯ НОРМ ПРАВА, ЩО РЕГУЛЮЮТЬ ПРАВОВІДНОСИНИ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я	89
--	-----------

В. Дадак

ОРГАНІЗАЦІЙНІ ПАТОЛОГІЇ ЕКОНОМІЧНИХ ІНСТИТУЦІЙ	92
---	-----------

В. Дерещ

ПРИНЦИПИ НАЛЕЖНОГО УРЯДУВАННЯ В ДІЯЛЬНОСТІ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ	98
--	-----------

Dr Michalina Duda

BRAK PRAWA DO ODLICZENIA PODATKU NALICZONEGO W PRZYPADKU BEZPODSTAWNEGO WYKAZANIA VAT W FAKTURZE.....	100
--	------------

Bożena Kazberuk, Jerzy Wasiluk

FAKTYCZNA REALIZACJA ZAŁOŻEŃ ZAPISÓW USTAWY O PARTNERSTWIE PUBLICZNO PRYWATNYM.....	10103
--	--------------

Л. Кисіль

АДМІНІСТРАТИВНІ ПРОЦЕДУРИ: СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ	106
---	------------

З. Кісіль

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ “АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОЦЕС” І “АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРОВАДЖЕННЯ”	110
--	------------

Mgr Bartosz Kuś

ZASADY WSPÓŁPRACY JEDNOSTEK SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO Z ORGANIZACJAMI POZARZĄDOWYMI W PRAWIE POLSKIM.....	11113
---	--------------

А. Мазурек

ВІДШКОДУВАННЯ ПОДАТКУ НА ДОДАНУ ВАРТІСТЬ ЯК ЕЛЕМЕНТ УНИКНЕННЯ ПОДВІЙНОГО ОПОДАТКУВАННЯ В ЄВРОПЕЙСЬКІЙ СИСТЕМІ VAT	117
--	------------

М. Мацелик

ТЛУМАЧЕННЯ ДЕФІНІЦІЇ „ПОДАТКОВИЙ ОБЛІК” В ПОДАТКОВОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ	120
--	------------

Ф. Медвідь, Я. Медвідь

ПРАВОВА КУЛЬТУРА ПОДАТКІВЦЯ: НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ.....	12123
--	--------------

Dr Kazimierz Ostaszewski

ASPEKTY ADMINISTRACYJNOPRAWNE POMOCY PUBLICZNEJ DLA PRZEDSIĘBIORSTW	126
--	------------

Ю. Педько

ПРОБЛЕМИ СУДОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВ І СВОБОД ГРОМАДЯН У ПУБЛІЧНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИНАХ.....	130
---	------------

А. Письменницький

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ОСНОВИ СУЧАСНОГО РОЗУМІННЯ СИСТЕМИ ІНФОРМАЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА І ПРАВА.....	13133
---	--------------

Н. Пронюк, А. Камінський

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВОЗАХИСНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ МІСЦЕВОЇ МЛПЦІ В УКРАЇНІ.....	136
--	------------

І. Самсін

ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНУ ЗА АНАЛОГІЄЮ ЯК ПРИЙОМ ТЛУМАЧЕННЯ НОРМ ПОДАТКОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА.....	139
--	------------

В. Стеценко

ЗАКОНОПРОЕКТ ПРО ЗАГАЛЬНООБОВ'ЯЗКОВЕ ДЕРЖАВНЕ МЕДИЧНЕ СТРАХУВАННЯ ТА РЕФОРМА В СИСТЕМІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я	14143
--	--------------

О. Чуприс

ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ УСМОТРЕНИЯ В ГОСУДАРСТВЕННОЙ СЛУЖЕБНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ.....	146
--	------------

СЕКЦІЯ ЦИВІЛІСТИЧНИХ НАУК

О. Зверева

ТЛУМАЧЕННЯ НОРМ ПРО ПРАВА СПОЖИВАЧА	148
--	------------

М. Мацько

ПРАВОВЕ СТАНОВИЩЕ ТА ЕКОНОМІЧНІ ІНТЕРЕСИ ЧЛЕНІВ СПОЖИВЧИХ ТОВАРИСТВ.....	150
---	------------

О. Михайленко

ТЛУМАЧЕННЯ ЗМІСТУ Ч. 1 СТ. 413 ЦК УКРАЇНИ ЩОДО ПІДСТАВ ВИНИКНЕННЯ СУПЕРФІЦІАРНОГО ПРАВА	15153
--	--------------

П. Рагойша

ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ МОМЕНТА ВОЗНИКНОВЕНИЯ РОДИТЕЛЬСКОГО ПРАВООТНОШЕНИЯ	156
--	------------

В. Сердюк

ТЛУМАЧЕННЯ ПРАВОВИХ НОРМ ЩОДО ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ЗДІЙСНЕННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО СУДОЧИНСТВА.....	159
--	------------

Mgr Iwona Szewczak

EUROPEJSKI FUNDUSZ SPOŁECZNY JAKO INSTRUMENT REALIZACJI STRATEGII LISBOŃSKIEJ W POLSCE.....	161
--	------------

Dr Marcin Szewczak

EUROPEJSKA WSPÓŁPRACA TERYTORIALNA 2007-2013 CZYNNIKAMI ROZWOJU GOSPODARCZEGO REJONÓW PRZYGRANICZNYCH POLSKI I UKRAINY	164
---	------------

СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО, ЗЕМЕЛЬНОГО ТА АГРАРНОГО ПРАВА

Д. Бусуйок

ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТТЯ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ ЗЕМЕЛЬНИМ ФОНДОМ В ЮРИДИЧНІЙ ЛІТЕРАТУРІ РАДЯНСЬКОЇ ДОБИ	167
---	------------

П. Кулинич

ПРОБЛЕМА ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРИ РЕГУЛЮВАННІ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН	169
---	------------

*О. Курылёва***ТОЛКОВАНИЕ НОРМ, ОПРЕДЕЛЯЮЩИХ СФЕРУ
НАДЗОРА И КОНТРОЛЯ ПРИ РЕАЛИЗАЦИИ
ТРУДОВОГО ПРАВА.....**

171

*О. Паславська***ТЛУМАЧЕННЯ НОРМ ПРАВА, ЩО РЕГУЛЮЮТЬ
ПРАВОВІДНОСИНИ У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ ТА ОХОРОНИ
ЗЕМЕЛЬ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ.....**

17173

*Dr Magdalena Pyter***STATUS PRAWNY I PROCEDURA AWANSU
ZAWODOWEGO NAUCZYCIELA
W ŚWIECLE PRAWA POLSKIEGO.....**

176

*К. Томашевский***ИСТОЧНИКИ ТРУДОВОГО ПРАВА
ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ БЕЛАРУСИ И УКРАИНЫ:
СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АСПЕКТ.....**

180

*В. Уркевич***ПРО ПРИВАТНІ ТА ПУБЛІЧНІ ЗАСАДИ
В АГРАРНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ.....**

18183

**СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО,
КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА
ТА КРИМІНОЛОГІЇ***В. Бурдін***ДО ПИТАННЯ ПРО ПРИЧИНИ НЕОСУДНОСТІ.....**

185

*К. Голдзіцький***КОНТРОЛЬ СУДУ ЗА ЗАКОННІСТЮ ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ
В ЖИТЛІ ЧИ ІНШОМУ ВОЛОДІННІ ОСОБИ.....**

187

*Б. Головкін***ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ СТ. 69 КК ПРИ ПРИЗНАЧЕНІ
КРИМІНАЛЬНИХ ПОКАРАНЬ ЗА ТЯЖКІ ТА
ОСОБЛИВО ТЯЖКІ НАСИЛЬНИЦЬКІ
КОРИСЛИВІ ЗЛОЧИНИ.....**

190

*С. Калинин***О НОРМАТИВНОМ ОБЕСПЕЧЕНИИ
КРИМИНОЛОГИЧЕСКОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ
В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ.....**

19193

*О. Капліна***ПРОБЛЕМИ ТЛУМАЧЕННЯ НОРМ
КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА.....**

196

*В. Марчук***СОВРЕМЕННЫЕ ФИЛОСОФСКИЕ ПОДХОДЫ
В ПОНИМАНИИ, ТОЛКОВАНИИ И ПРИМЕНЕНИИ
УГОЛОВНО-ПРАВОВЫХ НОРМ.....**

199

О. Петрова

ЗАЩИТА ПРАВ ЛИЧНОСТИ, НАРУШЕННЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЕМ, КАК ЗАДАЧА УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА.....	201
--	------------

Ю. Пономаренко

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА, ЩО ВИЗНАЧАЮТЬ СИСТЕМУ ПОКАРАНЬ.....	20203
--	--------------

В. Попелюшко

ПОЧАТОК ТА ЗАКІНЧЕННЯ ЗАХИСТУ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ.....	206
---	------------

Є. Пряхін

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ПРИ ВИРІШЕННІ ПИТАННЯ ПРО ПОРУШЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ ЗА ФАКТОМ КРАДІЖКИ.....	209
---	------------

О. Саїнчин

КРИМІНАЛІСТИЧНІ ПОНЯТТЯ «РОЗКРИТТЯ» ТА «РОЗСЛІДУВАННЯ» УМИСНИХ ВБИВСТВ.....	211
--	------------

Rafai Sulej

ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA SPRAWCÓW WYPADKÓW DROGOWYCH NA GRUNCIE PRAWA POLSKIEGO.....	215
---	------------

В. ІІІпак

ПРОБЛЕМЫ ИСТРЕБОВАНИЯ, ПРЕДСТАВЛЕНИЯ И ФИКСАЦИИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ (НА ПРИМЕРЕ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ).....	218
--	------------

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ТЛУМАЧЕННЯ І ЗАСТОСУВАННЯ ЮРИДИЧНИХ НОРМ

Збірник статей учасників міжнародної науково-практичної конференції,
присвяченої пам'яті професора П.О. Недбайла

(28–29 березня 2008 року)

Підписано до друку 25.01.2008 р.
Формат 60х84/8. Умов. друк. арк. 28,7.
Папір друк. 1'арн. Таймс. Наклад 300 прим.
Друк ПП Кундельський Г.Л.
м. Львів, вул. Дорошенка, 14.
тел (0322) 72-78-97