

X620
Д36

АКАДЕМІЯ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

Державне будівництво та місцеве самоврядування

Збірник наукових праць

•
Випуск 7

АКАДЕМІЯ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

ІНСТИТУТ ДЕРЖАВНОГО БУДІВНИЦТВА
ТА МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

**Державне будівництво
та місцеве
самоврядування**

Збірник наукових праць

*Видається з 2001 року
Випуск 7*

Харків
«Право»
2004

Засновник

Академія правових наук України

Редакційна колегія

Ю. П. Битяк, канд. юрид. наук, проф. (головний редактор); **О. В. Петришин**, д-р юрид. наук, проф. (заступник головного редактора); **Л. М. Герасіна**, д-р соц. наук, проф.; **Ю. М. Прошевий**, д-р юрид. наук, проф.; **В. П. Колісник**, д-р юрид. наук, доц.; **О. Д. Крупчан**, канд. юрид. наук, доц.; **М. І. Панов**, д-р юрид. наук, проф.; **П. М. Рабінович**, д-р юрид. наук, проф.; **М. Я. Сегай**, д-р юрид. наук, проф.; **О. Ф. Скакун**, д-р юрид. наук, проф.; **Ю. М. Тодика**, д-р юрид. наук, проф.; **І. В. Яковюк**, канд. юрид. наук, доц. (відповідальний секретар)

Видавець

Інститут державного будівництва та місцевого самоврядування

61002, Харків, вул. Пушкінська, 77
Тел. 704-11-26

Видавництво

«Право» Академії правових наук України
61002, Харків, вул. Чернишевського, 80
Тел. 164-553

ISBN 966-8467-12-4

© Інститут державного будівництва та місцевого самоврядування, 2004
© Видавництво «Право», 2004

С. І. Максимов, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування

Принципи легітимації права

Проблема легітимації є однією з центральних проблем правової філософії. За словами О. Гьоффе, «філософська критика спрямована на легітимацію й обмеження права і держави»¹. Але питання легітимності, тобто визначення правомірності державної влади та примусово втілюваного нею права, не ставились і не могли ставитись в умовах світоглядного та політичного мнізму тоталітарного суспільства. Тому в ситуації посттоталітарного суспільства, для якого характерним є світоглядний та політичний плюралізм, з одного боку, та певна загальноправова невизначеність і політична нестабільність — з другого, ця проблема є однією з найактуальніших. Як пише російський політичний філософ Т. О. Алексеева, «під знаком постійної загрози зіскокування до хаосу легітимність влади набуває доленосного значення для реформ»². Процеси легітимації утримують суспільство

© Максимов С. І., 2004

¹ Хёффе О. Политика. Право. Справедливость. Основположения критической философии права и государства: Пер. с нем. — М.: Гнозис, 1994. — С. 3.

² Алексеева Т. А. Личность и политика в переходный период: проблемы легитимности власти // Вопросы философии. — 1998. — № 7. — С. 58.

від саморуйнування й хаосу та обумовлюють образ майбутнього трансформованого суспільного ладу.

Легітимація політичної влади і права є комплексною міждисциплінарною проблемою. У політологічному аспекті їй приділяють увагу С. Макеєв¹, Ю. М. Розенфельд² та ін., в аспекті юриспруденції — А. П. Заєць³, М. Мірошниченко⁴, Л. Шипілов⁵, в аспекті політичної філософії — Т. О. Алексеева⁶, Є. К. Бистрицький⁷. Філософсько-правовий підхід до проблеми легітимації розвивається в працях відомих зарубіжних вчених — Ю. Габермаса⁸, О. Гюффе⁹, Р. Циппелюса¹⁰.

З позиції політології й соціології проблема легітимації розглядається під кутом зору відносин між політичною елітою і народом. С. Макеєв наголошує, що легітимність є необхідною умовою нормального функціонування політичної влади

¹ Див.: *Макеєв С.* Десятирічна криза легітимності правлячих кіл // Політична думка. — 2001. — № 3. — С. 5–9.

² Див.: *Розенфельд Ю. Н.* Проблемы легитимации государственной власти в Украине // Українська державність: становлення, досвід, проблеми: Зб. наук. ст. (за матеріалами XII Харківських політологічних читань). — Х.: Право, 2001. — С. 131–133.

³ Див.: *Заєць А. П.* Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. — К.: Парламентське вид-во, 1999. — 248 с.

⁴ Див.: *Мірошниченко М.* Ідентичність — легітимність — правопорядок: до проблеми реформування правової системи України // Право України. — 2003. — № 5. — С. 31–35.

⁵ Див.: *Шипілов Л.* До юридичного розуміння легітимації влади // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 1. — С. 185–193.

⁶ Див.: *Алексеева Т. А.* Личность и политика в переходный период: проблемы легитимности власти // Вопросы философии. — 1998. — № 7. — С. 58–65.

⁷ Див.: *Бистрицький Є.* Державотворення: шляхи легітимації // Українська державність у XX столітті: історико-політологічний аналіз. — К.: Політична думка, 1996. — С. 320–347.

⁸ Див.: *Габермас Ю.* До легітимації через права людини // Ціпеліус Р. Філософія права. Габермас Ю. До легітимації через права людини: Пер. з нім. — К.: Укр. філос. фонд, 1999. — С. 52–62.

⁹ Див.: *Хёффе О.* Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства: Пер. с нем. — М.: Гнозис, 1994. — 328 с.

¹⁰ Див.: *Циппелюс Р.* Філософія права. Підручник: Пер. з нім. — К.: Тандем, 2000. — 300 с.

й політичної еліти, яка цю владу персоніфікує. Але для визнання легітимності влади недостатньо обмежитися її формальною легальністю, отриманою в перебігу законодавчо встановлених виборчих процедур. Для цього потрібна також легітимація «знизу», тобто наділення її довірою, повагою й визнанням. Це здійснюється, коли влада підтверджує свою легітимність ефективними діями¹.

Для представників політичної філософії характерним є більш широке трактування феномену легітимності й легітимації і прагнення дати таку класифікацію форм легітимації, яка відповідала б умовам переходу від тоталітарного до демократичного суспільства. Так, Є. К. Бистрицький розглядає легітимацію як процес реалізації колективної ідентичності з боку політичної системи на підставі спільних цінностей². Він вирізняє три форми легітимації державної влади в посттоталітарному суспільстві, які послідовно змінюють одна одну: а) легітимація на засадах національної ідеї як свідомого переживання природно-культурної єдності людей; б) легітимація на засадах ідеї державності, або адміністративно-неономенклатурна модель легітимації; в) демократична легітимація, яка орієнтується на створення нової колективної ідентичності — політичної нації. Ця нація є суверенним народом, і в її межах здійснюється «розподіл влади та владних повноважень між людьми на всіх рівнях суспільного життя»³.

У межах юридичної науки легітимація розглядається як підґрунтя розмежування понять «правотворення» і «законотворення». «Якщо законотворення, — пише А. П. Заєць, — є процесом творення закону, владно-державних приписів органами державної влади, який завершується виданням відповідних нормативних актів, то у правотворенні увага акцентується на легітимації, тобто сприйнятті, схваленні, виправданні зазначених норм, визнанні норм поведінки правовими в суспільстві чи його частині»⁴.

¹ Див.: *Макеєв С.* Десятирічна криза легітимності правлячих кіл. — С. 5.

² Див.: *Бистрицький Є. К.* Державотворення: шляхи легітимації. — С. 321.

³ Там само. — С. 329.

⁴ *Заєць А. П.* Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. — С. 38.

В аспекті філософії права на важливість і складність цієї проблеми звертає увагу професор юриспруденції Університету Оксфорда Джон Гарднер. У доповіді «Законність права» на XXI Всесвітньому конгресі Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії він наголошує, що в межах ідеалу верховенства права можливо зрозуміти на перший погляд суперечливе висловлювання про те, що деякі закони є незаконними (цей вираз відповідає терміну «неправовий закон» у вітчизняній юриспруденції. — С. М.). Як артефакти сфери права будь-які закони є законними (правовими). Але при цьому вони можуть не відповідати більш широкому ідеалу моральної законності (легітимності), хоча цей ідеал не є досить чітко окресленим. Дві концепції права: право як *lex*, *Lezetz*, *loi* и право як *ius*, *Recht*, *droit* виражають різні ідеали законності. У такій подвійності відбивається внутрішній зв'язок права і моралі. Таке рішення стимулює постановку питання про те, чи повинен моральний ідеал законності (тобто легітимності) бути цілком точним, чи можемо ми зрозуміти зміст права за допомогою неточних ідеалів¹.

Таким чином, особливістю філософсько-правового підходу є те, що він об'єднує феномени влади і права в єдиному легітимацийному вимірі, і це дає можливість зосередитись саме на легітимациї права, на яку інші підходи не звертають уваги. Тому метою статті є розкриття саме філософського смислу процесу легітимациї та аналіз основних принципів легітимациї права в сучасному суспільстві.

У межах цього підходу необхідність легітимациї пов'язується із самою природою влади і права. З одного боку, влада є необхідною умовою досягнення людьми своїх інтересів — як загальних за рахунок організації зусиль, так і окремих за рахунок їх взаємного обмеження; з другого боку, вона набуває реального буття лише у визнанні її підвладними, спираючись на волю підвладних підкорятися. Будь-яка теорія легітимациї намагається обґрунтувати право на володарювання і примушення. Кінцеве значення цієї процедури виражається

¹ Див.: John Gardner. The Legality of Law // *Associations. Journal for Legal and Social Theory*. Volume 7. — 2003. — Number 1. — P. 89–102.

формулою «справедливе панування»: «Легітимною є не будь-яка держава, а тільки держава справедлива»¹.

Тому в найширшому аспекті легітимация права може розглядатися як оцінка правової системи з позицій категорії справедливості. Право повинне створювати не лише надійний, але й справедливий порядок. «Відповіді на конкретні проблеми не можна точно вивести з державних законів... здійснення правосуддя повинне включати оцінки, і зокрема розуміння справедливості»².

Сучасні уявлення про справедливість як головний принцип легітимациї соціальних інститутів у цілому і легітимациї права, особливо уявлення про первинність справедливості серед всіх інших якостей соціальних інститутів, висловлює Дж. Ролз: «Справедливість є щонайпершою чеснотою суспільних інституцій, достоту як істина для філософських систем. Хоч би яка долана й ошадлива була ця чи та теорія, але, якщо вона виявляється неістинною, її слід відкинути або ж переглянути, переробити; подібним же чином і закони й інституції мають бути реформовані чи скасовані, коли вони виявляються несправедливими»³.

Справедливість є моральною категорією й цінністю, і при цьому вона посідає пріоритетне місце в критичній оцінці (легітимациї) правових інститутів. Ось чому стверджують, що закон є добрим тому, що він є справедливим, а не він є справедливим тому, що є добрим⁴. Справедливої поведінки ми не просто просимо або чекаємо від інших, а вимагаємо один від одного, внаслідок чого вона визнається найбільш соціальною і найбільш правовою з усіх чеснот.

Але тут постає питання: наскільки правомірно вести мову про легітимацию саме права? Чи не є воно самодостатнім і таким, що не потребує легітимациї? Дійсно, право потребує її лише завдяки тому, що державна влада конституюється у

¹ Хёффе О. Політика. Право. Справедливість... — С. 9.

² Циппеліус Р. Філософія права. — С. 77.

³ Ролз Джон. Теорія справедливості: Пер. с англ. О. Мокровольсько-го. — К.: Видавництво Соломії Павличко «Основи», 2001. — С. 26–27.

⁴ Див.: Харп Х. Л. А. Концепція права: Пер. з англ. — К.: Сфера, 1998. — С. 157.

формі права (позитивного). У той же час право вимагає від своїх адресатів не лише поваги, не лише фактичного визнання, але й претендує на те, щоб це визнання заслужити. «Тому, — пише Ю. Габермас, — легітимації конституційованого з правової точки зору державного порядку служать усі публічні обґрунтування та конструкції, метою яких є перетворення таких претензій на справжні претензії»¹.

Класичні правопорядки знаходили форму своєї легітимації в різних конструкціях суспільного договору. Сучасні правопорядки мають іншу структуру й модус значущості легітимації, бо ґрунтуються на суб'єктивних правах, які надають правовій особі законне поле діяльності для досягнення своїх потреб та інтересів. Діючи в межах праводозволеного, людина звільняється від необхідності морально звітувати про свої дії і не зобов'язана публічно їх виправдовувати.

Розв'язання проблеми легітимації включає питання співвідношення визнання та застосування санкцій, які є взаємодоповнюючими чинниками реалізації (здійснення) права.

1. Похідним пунктом чинності (дотримання) правових норм є визнання їх справедливими принаймні обов'язковими для виконання. Але коли б ця чинність ґрунтувалась лише на їх визнанні, тоді б взагалі не було проблеми виправдання примусу правових норм, а останні були б чимось подібним до моральних норм.

2. Чинність правових норм спирається на примус. Водночас, коли ця чинність спиралась б лише на примус, тоді навряд чи можна було б говорити про проблему етичної легітимації примусу правових норм. Правові норми тоді взагалі не були б нормами, а були б чимось схожим на каузальні механізми природи.

Наявність цих двох сторін демонструє особливу структуру правового значення, в якому поєднуються легітимація претензій на раціональний спосіб правової творчості та фактичність державного здійснення права.

«Сучасне право, — наголошує Ю. Габермас — надає своїм адресатам свободу: вони можуть розглядати норми лише як фактичне обмеження поля своїх вчинків і стратегічно поводитися відповідно до передбачуваних наслідків можливих право-

¹ Габермас Ю. До легітимації через права людини. — С. 52.

порушень або ж зважати на правові приписи лише з «поваги до закону»¹. Без єдності цих двох моментів морально відповідальні особи не можуть дотримуватись закону. Тому основна вимога щодо правових норм полягає в тому, щоб їх можна було розглядати одночасно і як закони примусу, і як закони свободи. Принаймні повинна існувати можливість дотримання правових норм не тому, що вони примушують до цього, а тому, що вони легітимні. Значущість правової норми полягає в тому, що державний примус одночасно гарантує легітимну правову творчість і фактичне здійснення права. «Держава мусить гарантувати і те й інше: з одного боку, легальність поведінки особи, яка в основному дотримується санкціонованих норм, не вимагаючи від неї особливого ентузіазму в такому виконанні, а з другого — легітимність приписів, що завжди забезпечує можливість дотримання норм з поваги до закону»².

Легітимація приходить на зміну релігійному й метафізичному обґрунтуванню нормативних систем як засіб утримання їх від розпаду й релятивізації. Основними легітимаційними принципами сучасної цивілізації є суверенітет народу і права людини, які діють у нерозривній єдності.

Принцип суверенітету народу встановлює таку процедуру, легітимні результати якої передбачається виводити на підставі демократичних властивостей суверенності. Цей принцип втілюється в праві на комунікацію та участь в громадському житті, які забезпечують публічну (або громадську) автономію громадянина. Права людини як принцип легітимації втілюються в класичних правах людини, які гарантують громадянам життя та особисту свободу, наприклад, забезпечують людині здійснення своїх життєвих планів, обґрунтовують легітимність панування законів. Вони забезпечують особисту автономію. З цих обох нормативних точок зору встановлене (тобто мінливе) право виявляється легітимним як засіб рівної гарантії особистої та громадської автономії індивіда.

Таким чином, в основі як принципу народного суверенітету, так і принципу прав людини знаходиться поняття автономії, тобто самозаконності людської поведінки.

¹ Габермас Ю. До легітимації через права людини. — С. 53.

² Там само.

Особиста автономія складається передусім з моральної та утилітарної автономії. Моральна автономія полягає в тому, що людина як суспільна і моральна істота може усвідомити значущість і цінність безумовного закону без будь-якого державного впливу, тобто вона здатна розуміти, що є добро і що є зло. Видання будь-яких законів «про моральність» несумісне як з поняттями права і правової держави, так і з розвинутою моральною свідомістю. Тому підтримка моралі — це справа інститутів громадянського суспільства (родини, школи, релігійних громад, добровільних організацій та спілок), а не державних служб. Концепт моральної автономії протистоїть патерналістській ідеї примусового удосконалювання.

Суть утилітарної автономії полягає в тому, що кожному члену суспільства має бути надана можливість самостійно судити, що є для нього вигідним, а що не вигідним. Концепт утилітарної автономії протистоїть ідеї примусового ошасливлення. «Ніхто не може домагатися права бути порадником іншого»¹, — резюмував цей принцип Т. Гоббс. Держава тисне на особистість, коли заважає людині діяти на свій страх і ризик, у чесному суперництві з іншими. Суспільство не застосовує до індивіда державного примусу, доки він не порушує закон.

Таким чином, складається першооснова індивідуальних правомочностей, або статус особистої незалежності (*status libertatis*). Держава забороняє собі втручатися в такі дії підвладних, які стосуються тільки їх самозбереження і щастя і тільки їм можуть завдати шкоди. Диктувати індивіду, як йому слід бути розсудливим, забороняється також і окремим особам. Індивід має право залучити державу собі на допомогу (через апеляцію до суду і адміністративних органів), якщо такі посягання будуть мати місце. А це вже громадянський статус (*status civitatis*), чи сфера позитивних домагань члена суспільства як правової особи. Суспільство зобов'язано задовольнити скарги громадянина з приводу порушення його особистої незалежності та покарати винних. Міра цього покарання повинна визначатись у законі.

Тому особиста автономія, яка робить акцент на невтручанні у власні справи індивіда, що не завдають шкоди іншим громадянам, доповнюється громадянською автономією. Це насам-

¹ Гоббс Т. Соч.: В 2 т. — М.: Мысль, 1991. — Т. 2. — С. 198.

перед етична категорія. Несправедливим є таке положення справ, коли люди не беруть участь у розробці спільних рішень, які стосуються їх власного добробуту та щастя. Це торкається не просто їх інтересів, а самої здібності судження, свобода якої є очевидною для кожного. Правовим виявом громадянської автономії є демократичні права, чи права активного громадянства. Вони дають можливість впливати на саму владу і на законодавчу творчість і полягають у праві обирати і бути обраним до законодавчих органів, обговорювати і критикувати дії урядової адміністрації, брати участь у референдумах та ін. У їх основі є визнання за індивідом активної громадянськості, або політичного статусу (*status politicus*). Завдяки йому стає дійсним легітимацийне правило: «Кожен зобов'язаний підкорятися лише такому закону, на який він сам дав згоду».

Але саме в громадянській автономії збігаються підвалини таких феноменів, як права людини і народний суверенітет. З одного боку, це особисті права участі у створенні законів, а з другого — це участь у вираженні колективної волі.

Ідея народного суверенітету, згідно з якою влада коріниться у волі народу, приходять на зміну ідеї державного суверенітету як принципу легітимациї влади. Але якщо джерелом державного суверенітету споконвіку вважалась божественна воля, то джерелом народного суверенітету є суспільний договір як певна гіпотетична угода між членами суспільства. Вона виникає для обмеження сваволі правителя.

У той же час ідея народного суверенітету має певні обмеженості та недоліки. Так, положення про те, що влада належить народу, є фікцією. По-перше, тому що тільки індивід сприймається як чуттєва реальність, а народ як збірне поняття є ні чим іншим, як конструкцією людського розуму, так само як верховенство громадян. Та обставина, що нація (народ) складається із сукупності усіх громадян і в той же час не отожднює себе з жодним з них, є ще одним доказом того, за своєю суттю нація (народ) є лише юридичною конструкцією, породженою інтелектом людини. По-друге, згідно з конституцією компетенцією наділяються лише фізичні особи, що діють індивідуально або в межах колективного органу (наприклад, парламенту); навіть пряме втручання народу шляхом референдуму саме впливає з об'єднання воль фізичних

осіб; тому фіктивним лунає твердження про те, що рішення походить від юридичної особи.

Інакше кажучи, не можна стверджувати, що громадянин є сувереном, оскільки він змушений додержуватися думки більшості собі подібних; отже, можна стверджувати, що нація і народ є суверенними, лише припустивши фіктивну конструкцію юридичної особи.

Коли конституція проголошує, що національний суверенітет належить народу, то це означає на ділі, що верховною владою в країні наділяються органи, котрим народ вручає відповідні повноваження з ними же визначеними умовами¹.

Відповідно до принципу народного суверенітету жодний закон не є правомірним, якщо він не може трактуватись як такий, що впливає з народного рішення. Однак і саме це рішення не є правомірним, якщо воно не є інтегралом від множинності незалежних та відповідальних особистих волевиявлень. Думка колективу не завжди виражає справжню волю його членів. Тому воля навіть такого колективу, як народ, не може бути безмежною. Вона обмежена особистими правами громадян, що його складають. Права людини є такі суб'єктивні права, на володіння якими може претендувати кожна людина незалежно від обставин. Як принципи легітимації вони являють собою «опосередковуючі принципи справедливості» і «моральні критерії, якими має керуватися правопорядок»². За своїм змістом вони окреслюють простір, який забезпечує кожній людині умови її самореалізації, тобто простір особистої автономії.

Між принципами суверенітету народу і правами людини існує напруженість або суперечність. Різні політичні теорії по-різному прагнули зняти це напруження, подолати цю суперечність. Республіканізм, що бере початок від Арістотеля, віддавав перевагу публічній автономії громадян перед неполітичними свободами приватних осіб. Лібералізм, що бере виток в теорії Локка, постулював перевагу прав людини перед народною волею, вказуючи на небезпеку тиранії більшості.

Сучасний політичний дискурс обґрунтовує поєднання дії народного суверенітету із системою прав людини. Значення

¹ Див.: *Франсуа Люшер*. Конституційна заштита прав и свобод личности: Пер. с франц. — М.: Издательская группа «Прогресс»—«Универс», 1993. — С. 342.

² *Хейфе О.* Политика. Право. Справедливость... — С. 293.

останніх полягає в тому, що вони інституалізують комунікативні умови для формування розумної політичної волі. Загалом, особиста й публічна автономії взаємно доповнюють одна одну, однак при цьому нормативний пріоритет знаходиться на боці особистих прав.

Внутрішній взаємозв'язок демократії і правової держави полягає в тому, що, з одного боку, громадяни тільки тоді зможуть повністю використати свою публічну автономію, коли вони будуть досить незалежні у своїй однаково гарантованій особистій автономії. Але, з другого боку, вони лише тоді зможуть рівною мірою отримати задоволення від особистої автономії, коли як громадяни держави зможуть знайти потрібне застосування своєї публічної автономії.

Вироблення критеріїв легітимації, що поділяються всіма членами суспільства, — підсумок тривалих і відвертих дискусій, результатом яких повинно стати конституційне (реальне, а не декларативне) закріплення цих принципів. В умовах України це передбачає орієнтацію на здійснення ідеї суспільства як справедливої системи кооперації між громадянами — вільними і рівними особистостями, кожному з яких забезпечені шанси й можливості для самореалізації в суспільстві.

Таким чином, легітимація права є процесом, який обумовлює можливість нормального функціонування правової системи суспільства, оскільки орієнтує на добровільне підкорення правовим нормам, які виходять від влади, що є справедливою і заслуговує на довіру і повагу завдяки ефективним діям. У сучасних умовах основними принципами легітимації є народний суверенітет і права людини, які тісно пов'язані між собою і знаходяться у відносинах взаємодоповнення. Спільною основою цих принципів є визнання автономії громадянина як особистої (моральної та утилітарної), так і публічної (громадянської). У той же час сучасні ціннісні переваги обумовлюють пріоритет принципу прав людини, який обмежує колективні рішення, недоторканністю особистої свободи. Подальший розвиток цієї проблеми у філософсько-правовому аспекті має здійснюватися шляхом більш детальної розробки змісту принципів народного суверенітету і прав людини та їх застосування як легітимаційних критеріїв до окремих законів і до правової системи України в цілому.

О. Г. Данильян, доктор філософських наук, професор, завідувач сектору Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України

Деякі проблеми формування правової культури в перехідному суспільстві

Визначені в Конституції України завдання по створенню демократичної, соціальної, правової держави не можуть бути вирішені без певного рівня правової культури суспільства. Адже відомо, що саме правова культура є найважливішим чинником, що сприяє становленню правової системи держави і демократичних підвалин суспільства, впливає на регулювання всього спектра соціальних відносин у ньому, підтримує і закріплює його цілісність, стабільний правопорядок.

У той же час формування правової культури в перехідному суспільстві, у тому числі й в українському, являє собою досить складне і суперечливе завдання. З одного боку, як уже зазначалося, створення демократичної, правової держави передбачає досить високий рівень правової культури населення, працівників державного апарату; з другого боку, у перехідному суспільстві відсутні необхідні умови для формування правової культури, що знаходиться, як правило, на досить низькому рівні. У зв'язку з цим значної актуальності набуває проблема формування правової культури в умовах перехідно-

го суспільства. Не випадково, що в Засадах державної політики України в галузі прав людини, затверджених Постановою Верховної Ради України від 17 червня 1999 року, завдання по підвищенню рівня правової культури населення і правосвідомості людини і громадянина, формуванню поваги до закону підняті до рівня основних напрямків державної політики. У той же час, незважаючи на свою безумовну актуальність, проблема формування правової культури в перехідному суспільстві залишається в юридичній науці недостатньо розробленою. Як показує аналіз юридичної літератури, проблеми реального стану правової культури в перехідному суспільстві, специфіки формування правової культури в транзитивний період, обґрунтування напрямків по оптимізації процесу формування правової культури в умовах трансформації правової системи, залишаються поки, за рідкісним винятком¹, за межами інтересів сучасних дослідників. Дійсність же така, що немає жодного дня, коли засоби масової інформації не вказували б на правовий нігілізм, юридичний безлад і правове безкультур'я, що процвітають в українському суспільстві.

Одним із об'єктивних показників рівня правової культури населення України є дані про кількість злочинів у країні, про її громадян, засуджених за серйозні правопорушення, а також про тих, хто знаходиться в місцях позбавлення волі і під адміністративним наглядом. За офіційними даними МВС України, в 2001 році вчинено 503,7 тис. злочинів². За даними ж Державного департаменту України з питань виконання покарань, на 1 січня 2003 року в пенітенціарних закладах України знаходилося близько 150 тис. засуджених, а в слідчих ізоляторах — ще близько 43 тис. громадян³. Під наглядом дільничних міліціонерів перебувають ще більше 700 тис. небезпечних

¹ *Тодыка Ю. Н.* Конституционные основы формирования правовой культуры: Монография. — Х.: РАЙДЕР, 2001.

² Звіт перед українським народом. Десять років на варті правопорядку // Міліція України. — 2002. — № 2.

³ Выступление Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека Н. Карпачевой на представлении в Верховной Раде Украины ежегодного доклада о состоянии соблюдения и защиты прав и свобод человека в Украине (18 апреля 2003 года, г. Киев) // Голос Украины. — 2003. — 10 июня. — №106.

рецидивістів, що звільнилися з місць позбавлення волі, а також особи, що знаходяться під адміністративним наглядом¹. Якщо взяти до уваги розрахунки фахівців, що на одне зафіксоване правопорушення і засудженого правопорушника приходить приблизно 10 незафіксованих правопорушень (правопорушників), то рівень правової культури рядових громадян України є очевидним.

На жаль, не є прикладом у сфері правової культури і посадові особи, державні чиновники, керівники підприємств різних видів власності і профілів, від яких багато в чому залежить рівень правової культури суспільства. Наприклад, за останні п'ять років до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини Н. І. Карпачової звернулося більше 270 тис. громадян України, іноземців, осіб без громадянства зі скаргами на протиправні дії посадових осіб різного рівня. Аналіз найпроблемніших питань у сфері прав людини, з якими громадяни звертаються до Уповноваженого, показує, що 50 відсотків усіх звернень стосуються порушення цивільних прав, насамперед права на судовий захист; 40 відсотків — порушення соціальних і економічних прав, у першу чергу права на працю, одержання винагороди за неї, надання житла, пенсій, порушення права власності на землю. Порівняно з 1998 роком у три рази зросла кількість звернень з питання дотримання особистих конституційних прав громадян, зокрема щодо порушення права на повагу гідності, честі, застосування недозволених методів ведення слідства, катувань і інших форм брутального поводження і покарання².

Одним з основних критеріїв рівня правової культури суспільства є забезпечення державними органами влади захисту прав людини на інформацію, свободу думки, на вільний вияв своїх поглядів, адже свобода інформації — це основне право людини і критерій її основних свобод. Моніторинг,

¹ Звіт перед українським народом. Десять років на варті правопорядку // Міліція України. — 2002. — № 2.

² Выступление Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека Н. Карпачевой на представлении в Верховной Раде Украины ежегодного доклада о состоянии соблюдения и защиты прав и свобод человека в Украине (18 апреля 2003 года, г. Киев) // Голос Украины. — 2003. — 10 июня. — № 106.

проведений Уповноваженим Верховної Ради з прав людини, свідчить, що професія журналіста в Україні залишається однією із найнебезпечніших. На думку самих журналістів, у нас існує цензура, що набирає найрізноманітніші форми, починаючи від адміністративного й економічного тиску і закінчуючи прямим застосуванням насильства над журналістами. Тільки за останні десять років в Україні загинуло 38 співробітників ЗМІ. Масовими стали побиття, шантаж, залякування журналістів, блокування рахунків видань і видавництв, вилучення і викрадення тиражів газет і журналів, підсилюється тенденція до монополізації засобів масової інформації¹.

Однак свобода слова має й інший бік, інший вимір і форму впливу на правову культуру перехідного суспільства. У засобах масової інформації України все частіше з'являються матеріали, що пропагують насильство, вседозволеність, аморальність, зневагу до патріотичних і цивільних обов'язків, моральних принципів, зневажливе ставлення до представників державної влади, особливо силових структур. Усе більше на засоби масової інформації починає впливати організована злочинність. У громадськості України і її громадян обурення викликає пропаганда жорстокості, розпусти, «героїзація» злочинності і злочинців, що завдають великої шкоди моральним і духовним цінностям народу, травмують психіку молоді, породжують небачену за своєю жорстокістю злочинність і негативно впливають на правову культуру суспільства.

Провідну роль у структурі органів державної влади, на які покладене забезпечення прав і свобод громадян України, відіграє МВС. Більшість співробітників правоохоронних органів — це чесні і мужні люди, що сумлінно виконують свій конституційний обов'язок по забезпеченню спокою і безпеки громадян нашої держави. За офіційними даними, за минулі 10 років у боротьбі зі злочинністю загинуло 739 співробітників міліції і 4 870 одержали поранення². Тим більше вик-

¹ Выступление Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека Н. Карпачевой на представлении в Верховной Раде Украины ежегодного доклада о состоянии соблюдения и защиты прав и свобод человека в Украине (18 апреля 2003 года, г. Киев) // Голос Украины. — 2003. — 10 июня. — № 106.

² Звіт перед українським народом. Десять років на варті правопорядку // Міліція України. — 2002. — № 2.

ликають серйозне занепокоєння грубі порушення деякими працівниками правоохоронних органів невід'ємних прав громадян України на життя, на недоторканність та повагу до їхньої честі і гідності. Протягом останніх чотирьох років близько 400 працівників міліції притягувалися до кримінальної відповідальності за насильство, 168 із них були засуджені. Тільки в 2002 році за схильність до насильства були звільнені з органів внутрішніх справ близько 1 000 міліціонерів. Найпоширенішими методами насильства, що застосовували злочинці в міліцейській формі, за даними Уповноваженого Верховної Ради з прав людини, є: «тривалі побиття, використання протигаза або поліетиленового пакета з позбавленням можливості дихати, електричного струму, підвішування в наручниках і поміщення в так звану прес-камеру. У ряді випадків катування призводили до смерті або каліцтва, стійкого розладу здоров'я затриманої або підозрюваної особи»¹. Це свідчить про реальність і масштабність цієї проблеми в Україні.

Не на належному рівні знаходиться правова культура посадових осіб у сфері економіки і фінансів. За даними Генеральної прокуратури України, за останні роки в країні зросло число економічних, у тому числі посадових злочинів у бюджетній, паливно-енергетичній, кредитно-фінансовій сферах економіки, зовнішньоекономічній діяльності, на стратегічних об'єктах, в агропромисловому комплексі. Наприклад, тільки за 9 місяців 2000 року було вчинено 45,5 тис. злочинів у сфері економіки, з яких 43 відсотки становлять посадові злочини, у вчиненні яких брали участь близько 10 тис. осіб, з яких 748 діяли в складі злочинних угруповань. За даними контрольно-ревізійного управління, за той же період фінансові порушення були виявлені на 12,6 тис. об'єктах². Не краще ситуація зі злочинністю у сфері економіки і фінансів та рівнем правової культури посадових осіб і в інших перехідних державах.

Ці далеко не повні дані статистики підтверджують висновок про те, що серед державних службовців різного рівня,

¹ Виступлення Уполномоченого Верховної Ради України по правам человека Н. Карпачевой на представлении в Верховной Раде Украины ежегодного доклада о состоянии соблюдения и защиты прав и свобод человека в Украине (18 апреля 2003 года, г.Киев) // Голос Украины. — 2003. — 10 июня. — № 106.

² Вісник прокуратури. — 2000. — № 4 (6). — С. 12-14.

працівників правоохоронних органів, посадових осіб у сфері економіки і фінансів перехідного суспільства рівень правової культури далеко не на висоті. Ці злочини так званого «вищого рівня» здійснюються у сфері економіки і політики особами, що мають владу і доступ до незаконного перерозподілу народного надбання, надзвичайно негативно впливають на рівень правової культури в перехідному суспільстві, тому що вони, як правило, ніколи не зазнають серйозних покарань за вчинені злочини.

Перейдемо безпосередньо до розгляду проблеми формування правової культури перехідного суспільства. З погляду класичного наукового підходу сама постановка питання про цілеспрямоване підвищення рівня правової культури в конкретний термін у певному суспільстві не зовсім коректна. Дійсно, розвиток правової культури (який, до речі, може мати як прогресивний, регресивний, так і катастрофічний характер) — це природний процес, що визначається безліччю об'єктивних факторів, які не залежать від інтересів, планів і намірів соціального суб'єкта. Тому цей процес не можна вирішити «кавалерійським наскоком», прискорити президентським указом або зупинити рішенням парламентської більшості. Коли говорять про формування правової культури, мабуть, повинно йтися про заходи, які створюють для цього процесу необхідні передумови, що дозволяють найвищою мірою виявлятися об'єктивним факторам, які і повинні виступати як умови розвитку правової культури перехідного суспільства.

У той же час об'єктивність процесу формування правової культури суспільства не означає усунення суб'єктивного, людського фактора з цього процесу. У перехідних умовах, коли суспільству необхідно в багатьох сферах соціальної дійсності (політичній, правовій, економічній та ін.) пройти у своєму розвитку за кілька десятиліть шлях, на який західно-європейські країни витратили не менш двох сторіч, формування необхідного рівня правової культури не може бути автоматичним або стихійним процесом. Це процес, який вимагає управлінського впливу, створення ефективних соціальних інститутів по формуванню правової культури, визначення основних напрямків по оптимізації діяльності цих інститутів.

Автор не ставить перед собою завдання докладного розгляду проблеми соціальних інститутів і оптимізації їхньої діяльності, а вважає за необхідне визначити свій підхід до цього питання. На нашу думку, соціальні інститути являють собою сукупність осіб, закладів, забезпечених певними матеріальними засобами, системою санкцій і виконуючих певну суспільну функцію. Іншими словами, це елементи соціальної системи, визначені механізми формалізації і регулювання поведінки суб'єктів у конкретній сфері за допомогою законів, моральних, правових, релігійних і культурних норм, правил, традицій, політичної, правової, економічної доцільності. Отже, весь комплекс безпосередніх і опосередкованих дій суб'єктів і закладів суспільства спрямований на формування правової культури і являє собою сутність соціальних інститутів у цій сфері. До основних інститутів, що тією або іншою мірою виконують функцію по формуванню правової культури в перехідному суспільстві, можна віднести державу, інститути культури і соціалізації, політичні партії і суспільні рухи, інститути правопорядку і соціального контролю, прав людини, правового виховання, регулювання правових конфліктів та ін.

Під оптимізацією діяльності соціальних інститутів по формуванню правової культури в цьому контексті автор розуміє приведення даних інститутів у такий стан, який дозволяє їм виконувати визначені для них функції найефективніше відповідно до критеріїв оптимальності. Основним критерієм оптимальності соціальних інститутів по формуванню правової культури може служити досягнутий рівень правової поведінки, правового виховання, правосвідомості і правозастосування в конкретному суспільстві, який визначається сукупністю різних емпіричних методів.

Оптимізація конкретного соціального інституту по формуванню правової культури в перехідному суспільстві дозволяє вироблення таких технологій соціальної діяльності, у рамках яких ця діяльність давала б максимальний результат. Це можливо за умови, коли напрямки, форми і методи формування правової культури відповідають характеру існуючої правової реальності.

Таким чином, оптимізація діяльності соціальних інститутів по формуванню правової культури надає цьому процесу такі форми, які здатні найбільшою мірою використовувати конструктивний потенціал існуючої правової реальності і знизити до мінімального рівня її деструктивні складові. Саме в цьому полягає суть оптимізації діяльності соціальних інститутів по формуванню правової культури перехідного суспільства.

Найважливішим соціальним інститутом по формуванню правової культури перехідного суспільства є правове виховання. Правове виховання — це цілеспрямована діяльність по трансляції (передачі) правової культури, правового досвіду, правових ідеалів і механізмів вирішення конфліктів у суспільстві від одного покоління до іншого¹. Правове виховання має на меті розвиток правової свідомості людини і правової культури суспільства в цілому.

Поняття правове виховання багатозначне. Його можна розглядати як у широкому, так і у вузькому розумінні цього слова. У широкому розумінні це поняття означає не власне правове виховання, а правову соціалізацію людини, коли вона «виховується» навколишнім середовищем, усією юридичною практикою і поведінкою людей, посадових осіб — представників державного апарату в правовій сфері. У цьому разі соціалізація являє собою об'єктивно-спонтанний процес трансформації індивідуальної свідомості у відповідному соціокультурному контексті, а до її найважливіших функцій відносять: відтворення суб'єкта соціально-історичного процесу, забезпечення наступності в розвитку культури і цивілізації, підтримка безконфліктного стану суспільства за допомогою адаптації суб'єкта до соціального середовища². Що стосується правового виховання у вузькому розумінні, то в цьому разі під ним розуміють цілеспрямований процес засвоєння людиною певної системи правових знань, норм і цінностей, що дозволяють йому функціонувати як повноправному члену суспільства.

¹ Див.: Правосознание, правовая культура и правовое воспитание // Теория государства и права: Учебник / Баранов В. М., Сальников В. П. и др. / Под ред. В. К. Бабаева. — М.: Юрист, 2002. — С. 318.

² Див.: *Можейко М. А.* Социализация // Новейший философский словарь. — 2-е изд. — Минск.: Интерпрессервис; Книжный дом, 2001. — С. 964.

Особлива роль соціалізації в процесі формування правової культури в перехідних суспільствах пояснюється тим, що перехідне суспільство являє собою соціум на етапі різких змін на макросоціальному рівні при досить малих змінах на мікросоціальному рівні. Такі раптові тектонічні зрушення в соціально-політичній, правовій, економічній та інших сферах закономірно викликають потребу в пристосуванні внутрішнього світу людини до змін, що відбуваються. Це пристосування, у свою чергу, можна представити як зміну (трансформацію) соціальних і правових цінностей, зразків поведінки, інтересів відповідно до принципово нової правової системи, характерної для суспільно-політичного буття, що формується.

Складність соціалізації в перехідному суспільстві обумовлюється ще й тим, що в ньому зруйновані або тільки формуються інститути правової соціалізації, покликані виховувати індивідів у дусі нової системи правових цінностей (яка сама ще часто є предметом гострих дискусій).

Однак усі ці проблеми і труднощі не повинні відвертати увагу правлячої еліти суспільства від проблем правової соціалізації, в іншому разі ситуація може набути рис некерованого правового хаосу.

В ідеалі, формуючи, затверджуючи і закріплюючи нові соціальні і правові цінності, перехідне суспільство повинне тим самим визначати бажаний для нього загальний, стратегічний напрямок дії і взаємодії своїх суб'єктів, орієнтуючи їхню поведінку в руслі встановлених ним загальних рамок. Наприклад, якщо демократія з властивим їй гуманізмом визначається як пріоритетна цінність суспільства, то тим самим це суспільство стимулює дії суб'єктів, які живуть у ньому, у руслі визнання пріоритету прав і свобод людини, забезпечення умов справжнього народовладдя і реальної турботи про благо людини.

І навпаки, якщо в суспільстві як пріоритетні цінності визначені цінності «дикого ринку», які ставлять основну масу населення в умови виживання за будь-яку ціну, то в цьому разі таке суспільство стимулює формування в людей світогляду, що сприймає інших людей з позиції «панування — підпорядкування», «свої — чужі», що ще більш розколює суспільство і загрожує соціальними колізіями.

Продовженням правової соціалізації і її складовою частиною в справі формування правової культури в перехідному суспільстві є власне правове виховання, під яким розуміють як цілеспрямований процес виховного впливу на людину, так і результат цього процесу, тобто правова вихованість особи, рівень її правової культури.

У сфері правового виховання в перехідному суспільстві основними завданнями є: підвищення загальної моралі громадян, популяризація правових знань (у тому числі через засоби масової інформації), використання рольових ігор і практичних ситуацій, пробудження інтересу в населення до правових знань і підвищення їхньої доступності, застосування методів реклами і «public relations», розвиток сімейного правового виховання. Усе це є неможливим без науково обгрунтованої державної політики у сфері правового виховання, яка, на жаль, в Україні поки що відсутня. Тому для піднесення рівня правової культури громадян України насамперед потрібно виробити чітку державну політику у сфері правового виховання, системний, науковий підхід до проведення відповідних заходів, скоординувати всі зусилля державних органів на цьому процесі.

Важливо також повною мірою використовувати весь позитивний досвід, накопичений у нашій країні за минулі десятиліття. Причому використовувати цей досвід необхідно творчо, тому що деякі питання правового виховання слід вирішувати на концептуально новій основі, виходячи із завдань нинішнього етапу розвитку України як суверенної держави, що прагне стати демократичною і правовою. При цьому необхідно пам'ятати і те, що вирішення завдань по формуванню сучасної правової культури в громадян перехідного суспільства залежить не тільки від держави, але й від зусиль усієї громадськості, кожного громадянина країни.

Відомо, що правове виховання тісно пов'язане із правовим навчанням: виховання не може обходитися без навчання, а навчання у свою чергу має і виховний вплив. У зв'язку з цим слід особливо наголосити на правовому навчанні у справі формування правової культури в перехідному суспільстві. Правове навчання — це цілеспрямований, організований,

систематичний процес оволодіння правовими знаннями і навичками правової поведінки. Завдання правового навчання в Україні визначені Конституцією України, яка виходить із того, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека повинні стати найвищою соціальною цінністю. Як наслідок, формування правової культури населення і насамперед молоді є сьогодні однією з основних складових головної мети національної освіти, про що зазначено в державній національній програмі «Освіта (Україна XXI століття)». Іншими керівними документами, що визначають правову освіту в Україні є: Концепція викладання гуманітарних і соціально-економічних дисциплін, проект Державної програми розвитку юридичної науки. Відповідно до цих документів і повинен будуватися процес правового навчання, спрямований на формування правової культури населення.

Позитивне вирішення завдань по формуванню правової культури в перехідному суспільстві неможливе без високого рівня розвитку в країні юридичної науки, зокрема політико-правової думки. Правова культура не може існувати без інтелектуальних джерел у працях наукової, філософської, релігійної творчості, зверненої на осмислення держави, права, прав, свобод і обов'язків людини, конкретних способів регулювання взаємин людей. Для прогресу правової культури першорядне значення має розвиток фундаментальних юридичних досліджень, насамперед у галузі філософії права, загальної теорії держави і права, що створюють поле для розробок спеціальних, галузевих юридичних наук. Без нових базисних досліджень у теорії права і держави правова культура починає «висихати» інтелектуально, втрачати перспективу, розуміння суті того, що відбувається в соціально-політичній і власне юридичній галузях мінливого світу. У сфері юридичної науки і юридичної освіти також необхідний подальший розвиток наукових досліджень у галузі правової культури, подолання розриву між наукою і практикою, підвищення ефективності вищої юридичної освіти, введення юридичних дисциплін у не юридичних вузах і загальноосвітніх закладах.

Серед інших конкретних напрямків по формуванню правової культури в різних сферах життя перехідного суспільства можна вирізнити такі:

у сфері загальнодержавної стратегії — направленість державної політики на захист інтересів особи, вироблення єдиної правової політики, усіляке забезпечення добробуту громадян, найсуворіше дотримання Конституції і законів усіма державними органами;

у сфері правотворчості — професіоналізація законодавчої діяльності, надання населенню права реальної законодавчої ініціативи, поширення знань у галузі юридичної техніки, широке публічне висвітлення законопроектної діяльності, посилення юридичної відповідальності за порушення прав і свобод громадян;

у сфері правозастосування — ліцензування юридичних професій, розвиток судової системи, забезпечення прямої дії норм Конституції, проведення практичних семінарів для працівників державних органів, створення консультативних рад при юридичних відомствах;

у сфері громадянського суспільства й власної ініціативи — розвиток системи громадських організацій, активне відстоювання особою своїх прав, боротьба з будь-якими проявами беззаконня і сваволі¹.

¹ Див.: *Ветютнев Ю. Ю., Шириков А. С., Трифонов А. С.* Правовая культура в России на рубеже столетий (обзор Всероссийской научно-теоретической конференции) // *Политика и право.* — 2001. — № 6. — С. 128.

Л. М. Герасіна, доктор соціологічних наук, професор, завідувач сектором Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України

Особливості модернізації політичних систем країн Азії та Близького Сходу

Політична багатоваріантність світу є нічим іншим, як проявом глобальної закономірності самозбереження загальнолюдської цивілізації; специфіка і життєздатність політичних феноменів відтворюється через культурно-політичну самобутність народів планети. Політичне буття держав континентальної Азії та Близького Сходу є надзвичайно цікавою соціально-політичною матерією, складність якої визначена колосальним історичним досвідом, своєрідністю здійсненої модернізації політичної сфери, а також специфікою сучасного розвитку цього геополітичного об'єкта.

Досліджуючи політичну систему будь-якої держави, доцільно проаналізувати особливості її структурних компонентів: інституційного, функціонального, регулятивного, ціннісного і комунікативного. Ще на початку ХХ ст. в багатьох азійських країнах фактично існували так звані «традиційні» суспільства з рудиментарною політичною системою, в якій панували феодально-станові, династичні або кастові, кланові, а іноді й родові політичні форми і відносини, що

© Герасіна Л. М., 2004

ґрунтуються на ієрархії соціального походження, домінуванні клерикалізму в політичній сфері. Досить низькою залишалася міра диференціації політичних інститутів і функцій, вони були переплетені або інтегровані з неполітичними соціальними інститутами — церквою і релігією, культурою, ритуалами і традиціями, традиційною мораллю; індивідуальний політичний інтерес у традиційних суспільствах залишався слабо розвинутим, як і ступінь політичної активності індивідів.

Відомо, що політичні процеси можуть здійснюватися в трьох версіях інтенсивності: політичної модифікації, модернізації або трансформації. Нам видається, що у ХХ ст. політичний розвиток азійських держав і, зокрема країн Близького Сходу, йшов переважно шляхом так званої *політичної модернізації*. Здобуття політичної незалежності колишніми азійськими колоніями і зміцнення суверенітету цих країн стимулювало пошук нових напрямків і форм удосконалення національної державності та політичних систем у цілому. Для країн Сходу особливо актуальним стало утворення нових політичних інститутів, що забезпечують ефективні канали діалогу між урядом, політичною елітою і населенням. Тому показниками модернізаційного розвитку в цьому регіоні світу можна вважати:

— утворення (або відтворення) сучасних інститутів та інших елементів політичної системи і права в межах стандартів доби ХХ ст.;

— здійснення структурної диференціації цих інститутів, передусім за функціональним навантаженням;

— здатність політичної системи країни до сприйняття інновацій і водночас до мобілізації ресурсів влади заради самозбереження;

— формування тенденції державного стимулювання різних форм політичної участі громадян;

— оволодіння публічними політиками не тільки керівними державними посадами, але й «політичними ролями»; просування до рівноправності й рівної відповідальності усіх суб'єктів політики перед законом¹.

¹ Див., напр.: Пантин В. И. Циклы и волны модернизации как феномен социального развития. — М., 1997; Чилкот Рональд Х. Теории сравнительной политологии. В поисках парадигмы: Пер. с англ. — М.: Весь мир, 2001. — С. 315–320.

Політичною модернізацією після Другої світової війни були охоплені ті країни Азії, що розпочали перехід від архаїчних політичних структур (властивих колоніям) до сучасних політичних інститутів і форм, освоювали нові технології влади та державного управління і в такий спосіб звільнялися від рудиментів у політичній сфері. Отже, політична модернізація азійських країн являла собою процес наближення політичної системи в цілому (чи її окремих фрагментів) до сучасних зразків і більш досконалих форм, до нового рівня політичної практики. Фактично, вона свідчила, що в політиці та праві відбуваються процеси «осучаснення», тобто опанування нових стандартів і моделей політико-правового життя¹.

Об'єктивною основою політичної модернізації в Азії, як і в будь-якому регіоні, виступала реальна цілісність світу і людства в глобально-політичному аспекті, взаємозалежність різних частин планети — континентів, субрегіонів, країн. Суб'єктивні ж фактори модернізації азійських держав Сходу є більш специфічними і формувалися під впливом різних, нерідко і суперечливих мотивів — завоювання, національного звільнення, захисту національної ідентичності, політико-культурної (або етнічної) асиміляції, секуляризації (або десекуляризації), політики «якісного стрибка» в темпах індустріалізації, технологізації та інформатизації, прагнення підвищення рівня політичної і правової свідомості суспільства тощо.

Залежно від певного історичного періоду, народу, типу його культури, пануючої еліти або домінуючої ідеології змінювалися як методи, так і «гасла» політичної модернізації: скорення варварів; цивілізаторська місія; деколонізація та розбудова суверенної держави; «християнізація язичників»; «ісламізація невірних»; експорт «світової революції», демократизація політики і лібералізація економіки, ремісія ринкових відносин та інше.

Якщо використати підхід С. Хантінгтона стосовно розвитку традиційних суспільств², то можна стверджувати, що най-

¹ Див.: Кризиси режимов и конституционная модернизация // Медушевский А. Н. Сравнительное конституционное право и политические институты. — М.: ГУ ВШЭ, 2002. — С. 220–233.

² Див.: Huntington S. P. The third wave: Democratization in the Late Twentieth Century. — Norman, L. 1991.

більш помітними *тенденціями* політичної модернізації ХХ ст. в азійських країнах стали:

— «раціоналізація політичного життя» шляхом заміни або обмеження традиційних політичних, династичних, релігійних, етнокультурних інститутів єдиною світською політичною владою;

— вирізнення нових функцій політичної системи і відповідно спеціалізація політичних структур (наприклад, демонополізація державної влади і вертикальний її розподіл на три самостійні гілки; поява інституту політичного плюралізму, становлення багатопартійності, запровадження технологій представництва в політиці та інше);

— поширення сучасних форм і способів політичної участі серед різних груп традиційних суспільств;

— істотне вдосконалення чинного законодавства, в тому числі виборчого, проведення реформ національних правових систем;

— зростання кількості політичних норм і традицій відповідно до вимог нового режиму влади або політичної системи.

У сучасній доктрині порівняльної політології поширилася характеристика «незахідного» політичного процесу, який описав американський політолог Люсьєн Пай (у статті «Незахідний політичний процес») на підставі відмінностей у так званому «культурному коді», що виказує політичні орієнтації і специфіку політичної поведінки населення певних країн та регіонів світу. Фактично, «незахідний» політичний процес відображає об'єктивний зміст модернізаційного розвитку політичних систем і державної влади у більшості країн континентальної Азії та Близького Сходу¹. Л. Пай сформулював 17 характерних ознак, за якими політичні процеси в незахідних суспільствах відрізняються від аналогічних на Заході:

1. У незахідних суспільствах сфера політики чітко не відділена від сфери громадського і приватного життя.

¹ Див. також: Ильин М. В. Идеальная модель политической модернизации и пределы ее применимости. — М., 2000; Салмин А. М. Политический процесс и демократия // Социально-политические науки. — 1991. — № 6; Мелешкина Е. Ю. Политическое развитие. Политическая модернизация // Политический процесс: основные аспекты и способы анализа. — М.: Весь мир, 2001. — С. 235–255.

2. Політичні партії претендують не стільки на репрезентацію інтересів визначених політичних груп, скільки на вираження ідеологізованого чи клерикального світогляду або на представництво «способу життя».

3. У політичному процесі домінують так звані політичні кліки і «клани».

4. Характер політичних настанов населення країни такий, що припускає значну монополію верхівок політичних угруповань у визначенні стратегії і тактики в політиці.

5. Опозиційні партії та еліти, що прагнуть до влади, часто виступають як революційні рухи, намагаючись підірвати легітимність правлячої верхівки в державі.

6. У політичному процесі немає необхідної інтеграції та взаємодії серед учасників, що є наслідком відсутності в суспільстві єдиної системи комунікаційних зв'язків.

7. Масштаби рекрутування нових суб'єктів та елементів політики для виконання політичних ролей дуже значні (масові).

8. Для «незахідного» політичного процесу типовим є різке розходження у політичних орієнтаціях поколінь.

9. Консенсус по відношенню до узаконених цілей і засобів політичної дії є несуттєвим і неміцним.

10. Незважаючи на інтенсивність та поширення політичних дискусій в суспільстві, вони мало пов'язані з прийняттям державно-політичних рішень і майже не впливають на них.

11. Політичні ролі фактично підмінюються владними посадами в органах держави; властиво також сполучення і заміщення «ролей» у політиці.

12. Реальні організовані «групи інтересів», що мають спеціалізовані функції, відсутні або істотно не впливають на політичний процес.

13. Національне керівництво цих держав часто змушене апелювати до недиференційованої громадськості (за підтримкою або мобілізаційно).

14. Через неконструктивний характер «незахідного» політичного процесу лідери цих держав дотримуються більш визначених поглядів і ведуть більш послідовну політичну лінію частіше на зовнішній арені, ніж у внутрішній політиці.

15. Емоційні та символічні аспекти політики (гасла, ідеали, догми, ритуали) відтискають на другий план раціональні пошуки рішення загальних проблем і конкретних питань соціального життя.

16. Значною лишається роль харизматичних лідерів.

17. У політичному процесі переважно ігнорується «роль» так званих «політичних брокерів».

Таким чином, «незахідними» за своєю політичною ментальністю є ті народи і країни Сходу, що в ході модернізації досить давно вийшли з-під прямої колоніальної залежності, але досить специфічно прямують до сучасних форм політики. Між тим їх політичні системи продовжують випробувати на собі пресинг світових центрів економіко-політичного суверенітету, однак у той же час вони також впливають на політичну картину світу. Так, за свідченням А. Тойнбі, сліди конфуціанської системи, що нараховує понад дві тисячі років, виявляються й у житті пореволюційного Китаю¹; Ф. Фукуяма доводить, що під впливом своєї культури японці «перетворили майже до невпізнанності західний капіталізм і політичний лібералізм»². Отже, слід враховувати, що політичні системи Сходу не здатні й не налаштовані розвиватися шляхом неупорядкованого нав'язування нехристиянським культурам суто «західних» зразків цивілізації; це стимулює глобальний «конфлікт цивілізацій», який сьогодні гостро виявляється в практиці політичної взаємодії Сходу і Заходу, зокрема, мусульманських країн із США та деякими західноєвропейськими державами.

Модернізація політичних систем азіатських і близькосхідних держав безпосередньо була пов'язана з особливостями розбудови їхніх правових систем у той самий період. Певного поширення в цьому регіоні світу отримала романо-германська (кодифікована) система права. Так, Туреччина епохи Танзимату (почалася у 1839 р.) для модернізації своєї системи права використала як зразок європейські кодекси; до

¹ Див.: Тойнби А. Д. Постигание истории. — М.: Прогресс, 1991. — С. 282.

² Фукуяма Ф. Конец истории? // Вопросы философии. — 1990. — № 3. — С. 141.

війни 1914 р. вона ще зберігала вірність мусульманської традиції в праві, але з кінця 20-х рр. XX ст. Туреччина вже цілком належить до романо-германської правової сім'ї.

Арабські держави, що виникли на Близькому Сході внаслідок розпаду в 1918 р. Оттоманської імперії, зберегли і посилили юридичні зв'язки з Францією. Однак вони не секуляризували своє право цілком, як це зробила Туреччина, тому стосовно їхніх громадян, що сповідають релігію ісламу, широко діє мусульманське право. Специфічним прикладом з цієї точки зору є Ірак та Йорданія, де раніше дуже відчутним був вплив загального (прецедентного) права, однак після скасування британського колоніального мандату почалась поступова розбудова кодифікованої правової системи. Іран і Афганістан в 70-80 рр. XX ст. продемонстрували тенденцію повернення до мусульманського права в його майже чистому вигляді, що було обумовлено політичними цілями розбудови так званої ісламської держави (клерикальної політичної системи). Саудівська Аравія та Об'єднані Арабські Емірати здавна знаходились під досить сильним британсько-американським впливом, але водночас активна торгівля нафтою сприяла розвитку їх зв'язків з країнами романо-германської правової сім'ї. Через це в національному законодавстві цих арабських країн можна виявити прямий або опосередкований вплив кодифікованої системи права, утім обмежений окремими правовими галузями¹.

Стосовно інших регіонів Азії романо-германська права родина мала певний успіх у Китаї, В'єтнамі та Північній Кореї, та, незважаючи на перетворення, пов'язані з новим «ринковим» економічним курсом 80–90-х рр. XX ст., в цих країнах зберігається переважно кодифіковане законодавство. Тісні зв'язки з романо-германською правовою сім'єю характерні також для кодифікованих правових систем Японії, Тайваню і Південної Кореї; тут певною мірою розвинута й система судового захисту у сфері публічного і приватного права.

Іспанська колонізація свого часу призвела Філіппіни до включення у романо-германську правову родину, але на-

¹ Див. напр.: Сравнительное конституционное право / Отв. ред. В. Е. Чиркин. – М.: Международные отношения, 2002. – С. 172–175, 193–195; Порівняльне правознавство: Підручник / За ред. В. Д. Ткаченка. – Х.: Право, 2003. – С. 180–209, 237–251.

ступні 50 років американської окупації перетворили філіппінське право на змішане. Правову систему Цейлону — Шрі-Ланки також можна кваліфікувати як змішану. Зрештою, в Індонезії, ще після голландської колонізації, концепції романо-германської правової системи поєднуються як із мусульманським правом, так і з звичаєвим правом (адатом), тому цю систему права вважають змішаною¹.

Здійснюючи порівняльний аналіз різних політичних систем, відомий політолог-компаративіст Чарлз Ф. Ендрейн розглядав їх як певний спосіб вироблення і втілення в життя політичних рішень, тобто як засіб «виробництва політик». Використавши формулювання, раніше запропоновані Девідом Ептером, він виокремив чотири базових *типи політичних систем*: 1) народну (племінну); 2) бюрократичну авторитарну; 3) елітиську мобілізаційну; 4) узгоджувальну. Оскільки ці типи розрізняють головним чином за культурним, структурним і поведінковим параметрами, отже, їх оцінка має, на думку Ч. Ендрейна, становити сутність порівняльного аналізу².

Народні (племінні) системи фактично є бездержавними соціальними спільнотами, де дистанція між правителями і підданими є мізерно малою. Держави ж континентальної Азії і Близького Сходу, на наш погляд, переважно представлені такими варіантами політичних систем.

В *авторитарній бюрократичній* системі держава здійснює суворий контроль за соціальними групами; матеріальні інтереси і моральні (у тому числі політичні) цінності різко відділені одна від одної (наприклад, Китай XIX — поч. XX ст., Японія до поч. XX ст., Індія до 50-х рр. XX ст., Південна Корея, Тайвань, Сінгапур до середини 80-х рр. XX ст., більшість монархій арабського світу).

За умов *елітиської мобілізаційної* системи політичне керівництво країни не розділяє матеріальні цілі, інтереси (інду-

¹ Див.: Рене Давид, Камилла ЖофFRE-Спинози. Основные правовые системы современности. – М.: Международные отношения, 1999. – С. 58–59, 307–377.

² Див. детальніше: Эндрейн Ч. Ф. Сравнительный анализ политических систем: эффективность осуществления политического курса и социальные преобразования. – М.: ИНФРА-М, 2000. – С. 19-26.

ріалізація, електрифікація, ведення війни тощо) та ідеологічні цінності, цілком же раціональним «світським» завданням надається характер «священнодійства». Влада елітських мобілізаційних систем представлена сильною державою і чітко керує політичною діяльністю народу; соціальні групи виявляють лише формальну волю, а між правителями і підлеглими пролягає велика політична дистанція (наприклад, Китай 50–80-х рр. XX ст., Монголія до кінця 80-х рр. XX ст., Японія з початку XX ст. — до середини 40-х рр. XX ст., В'єтнам до кінця 80-х рр. XX ст., КНДР (Північна Корея) з кінця 40-х рр. XX ст. до нашого часу, колишній Ірак, сучасні Іран, Пакистан тощо).

Узгоджувальна система реалізує плюралістичну модель політики: держава має обмежені можливості контролю над самостійними соціально-політичними групами, громадяни активно за власним рішенням беруть участь у політиці. Лідери держави відкриті, більш доступні й опосередковуються соціумом. Диференціація матеріальних інтересів, моральних цінностей та політичних уподобань знаходить відбиття у повній секуляризації політики, правовому і структурному відділенні церкви від держави, а інколи й релігії від світської освіти (як у Японії після Другої Світової війни, сучасній Індії, Ізраїлі, Південній Кореї, Тайвані, Сінгапурі).

Видається також, що розуміння механізмів функціонування азіатських політичних систем безпосередньо пов'язане зі специфікою типів і форм держави, які склалися там до кінця XX ст. Основою градацій сучасних держав Сходу, на думку політологів-країнознавців, найчастіше є соціальний характер влади та специфіка політичного режиму, звідси вирізняють демократичний, авторитарний і тоталітарний типи держави.

Демократичним ідеалам і механізмам політичної влади прагнуть відповідати (або наблизитися до них) цілий ряд країн Азії та Близького Сходу — Японія, Ізраїль, Індія, індустріальні країни Індокитаю.

Однак і *авторитарна* держава цілковито може мати (або декларувати) окремі зовнішні, формальні демократичні інститути, що закріплені законодавством, але на практиці слабо або фактично не реалізуються. Виявляється це в такому: незважа-

ючи на політичний плюралізм, кількість і міра впливу політичних партій обмежується; вибори можуть провадитись регулярно, але їх результати реально не відбиваються на політичному процесі; права особи і громадянина, проголошені в законодавчих актах, на практиці є обмеженими тощо. Подібного типу авторитарні держави існують зараз в Індонезії, Пакистані, Йорданії, Таїланді та деяких інших азіатських країнах.

Тоталітарний тип держави в багатьох класичних її показниках до початку XXI ст. зберігався в Іраку (до американської інтервенції), В'єтнамі, Північній Кореї, на рівні окремих політичних рудиментів — має місце в Китаї та Монголії. Крім того, різновидами тоталітарної держави деякі державознавці вважають безпартійні теократичні режими, приміром, Об'єднані Арабські Емірати (ОАЕ), Катар, Іран, колишній політико-клерикальний режим талібів у Афганістані, а також військові диктатури¹. Як і раніше, держава тут являє собою цільний, корумпований партійно-державний апарат, часто з єдиною правлячою партією (або Фронтом політичних сил), керівна роль якої закріплюється конституцією; правляча еліта відкрито панує як партійно-бюрократична номенклатура, а голів держав іноді наділяють повноваженнями незмінюваних довічних президентів; вплив єдино дозволеної офіційної ідеології (політичної або клерикальної) фактично не обмежений.

Зрештою, досить виразно особливості модернізації політичних систем Азії і Близького Сходу в аспекті порівняльного аналізу надає класифікація форм держави, що виходить зі змісту інститутів і механізмів державної влади, атрибутивних і специфічних ознак державності. На цій підставі державознавці вирізняють три основні (генеральні) форми держав, що склалися в минулому та існують і в наш час: *монархічну*, *полікратичну* і *сегментарну*². Подібна градація, на наш погляд, найбільш чітко покаже специфічні особливості функціонування державно-політичного організму азіатських і близькосхідних держав.

Монархічна державна форма вирізняється високоцентралізованим (одноосібним) характером влади; інститути дер-

¹ Див.: Чиркин В. Е. Государствоведение: Учебник. — М.: Юрист, 1999. — С. 114–115.

² Там само. — С. 117–119.

жави забезпечують зосередження її повноважень і ресурсів у руках єдиного центру (органу, особи). Таким центром може виступати і теократичний монарх, як у султанаті Оман, і колегія монархів (Вища рада емірів семи частин федерації в ОАЕ), і «довічні» президенти або прем'єр-міністри (наприклад, аятола в Ірані). Політична влада зовсім не вживає або імітує демократичні методи управління; вона практично закрита для тиску з боку «зацікавлених груп», сама ж еліта влади — закрита, автаркічна, чисельно обмежена і рекрутує нових членів за принципами «системи гільдій».

Подібні політичні режими країн Азії та Близького Сходу дотримуються принципу ідеологічного монізму, нерідко роль клерикальної ідеології виконує релігія (іслам, буддизм); відповідно у державі закріплюється однопартійність або гегемонія однієї партії. Об'єктивні фактори, що сприяють виникненню монархії як форми держави, зазвичай пов'язані: 1) зі стійкою і тривалою історико-політичною традицією, інтегрованою політичною свідомістю (консервативного типу) та низькою політичною культурою населення: абсолютні й напівабсолютні теократичні монархії ряду мусульманських країн; 2) з екстремальними ситуаціями в житті країни, коли за умов слабкості «середнього класу» створюються ситуативні умови для узурпації влади військовою або вузькопартійною елітою (як було в Афганістані чи Іраку).

Монархія система державної влади зустрічається як у державах з високим рівнем економічного розвитку, з домінуючою приватною власністю і ринковими відносинами (наприклад, у Кувейті чи ОАЕ, де середній прибуток на душу населення від продажу нафти не менше, ніж у США), так і в країнах досить бідних, економіка і громадське життя яких сильно одержавлені (Північна Корея, В'єтнам).

Між тим серед монархій держав, які сформувалися в азіатських країнах, видається доцільним внаслідок очевидної політичної специфіки та відмінностей виокремити деякі різновиди:

— *теократична монархія* держава, тип що склався в країнах мусульманського фундаменталізму (наприклад, Іран, Саудівська Аравія, ОАЕ, Катар, султанати Бруней і Оман тощо);

— *мілітаристська монархія* держава — формується коли державна влада належить військовій раді, партійній або релігійній еліті, що агресивно (експансіоністські) налаштовані, а фактично може бути монополізована їх керівником, як в Іраку за часів правління Саддама Хусейна, Афганістані 80–90-х рр. XX ст., Камбоджі 80-х рр. XX ст., Сирії 60-х—початку 70-х рр. XX ст., Лівії та Судані кінця 60-х рр. XX ст., Пакистані та ін.);

— *монархія* держава *тоталітарного* або «арабського» соціалізму: в ортодоксальній версії це — Північна Корея, В'єтнам, Китай до середини 80-х років XX ст.; у версії *панарабізму* — Сирійська Арабська Республіка 70–90-х рр. XX ст. на чолі з лідером партії ПАСВ («Баас»), президентом країни Х. Асадом; Алжир 60-х — початку 90-х рр. XX ст. під керівництвом партії ФНВ; Туніс 1957–1987 рр. доби режиму особистої влади президента Х. Бурґіби; з 1977 р. Лівія (Соціалістична Народна Лівійська Арабська Джамахірія), очолювана «лідером Революції 1 вересня» М. Каддафі¹.

Кожен з наведених різновидів може бути «прикритий» конституцією, парламентською оболонкою, існуванням інших виборних органів, що, однак, не позначається істотно на характері й функціонуванні політичної системи.

Полікратична (багатовладна) форма держави навпаки характеризується демократичним поділом влади, розмежуванням політичних функцій по керуванню країною та виокремленням відповідних політичних «ролей», визначеною автономією адміністративно-територіальних або політико-територіальних одиниць, достатнім розвитком місцевого самоврядування, демократичними методами і технологіями політичного режиму.

У полікратичній державі існує кілька легальних центрів влади: президент або уряд, суди і парламент, органи конституційного і громадського контролю; регулярно й на правовій основі проводяться вибори; має місце багатопартійність, ідеологічний плюралізм і партicipація громадян; права і свободи особи гарантовані й захищені; державна влада відкрита для діалогу з опозицією та тиску з боку різних «груп інтересів».

¹ Див. детальніше: Конституционное право зарубежных стран / Под общ. ред. член-корр. РАН, проф. М. В. Баглая и др. — М.: НОР-МА, 2002. — С. 748–802.

Полікратична форма держави може скластися як при республіканській формі правління, так і при парламентській монархії; вона сумісна з простою унітарною державою (Японія), зі складним унітарним устроєм, за наявності автономних утворень (Ізраїль), а також з федерацією (Індія).

Така форма держави переважно утвердилася в індустріально розвинутих, демократичних країнах Південно-Східної Азії і Близького Сходу, де «середній клас» користується визначальним впливом на державну політику, де у влади стоїть так звана національна буржуазія, що зберегла свій демократичний потенціал і прагне виражати інтереси широких верств населення. За полікратичної форми правління в країні найчастіше складається режим змагальної або соціопримирювальної демократії. Американський політолог А. Лейпхарт до числа таких суспільств відносить Японію, Південну Корею, Тайвань, Ізраїль, а також Індію, суспільство якої він називає «багатоскладовим», а власне її демократичний режим — «суспільною демократією»¹. Нам видається, що Гонконг, Сінгапур і Макао також еволюціонували до полікратичної форми держави.

Сегментарна державна форма — така структура політичного організму, що ніби складається із сегментів цілого; це проміжна форма між державами монархічного і полікратичного типу. Значною мірою вона має олігархічний характер і притаманна тим азіатським суспільствам, що живуть в умовах напівдемократичних режимів. У такому соціумі домінує порівняно велика верства станової або економічної олігархії, але політична еліта, що очолює державу, є досить вузькою і може замикатися на одній вищій посадовій особі — президенті або прем'єр-міністрі (Єгипет, Туреччина, Індонезія, Пакистан, сучасні Сирія, Алжир, Туніс), або монарху (Йорданія, Марокко, Кувейт, Бахрейн).

За такої форми у державі формується не соціопримирювальний режим, а скоріше політична система обмежено змагальної демократії, дещо схильна до конфліктності. Державна влада лише частково відкрита для критики і тиску груп політичних інтересів; політичний плюралізм існує в обмеженому вигляді. Так, у ряді азіатських країн закон встановлює

¹ Див.: *Лейпхарт А.* Демократия в многосоставных обществах. Сравнительное исследование. — М., 1997. — С. 20.

максимальне число дозволених партій: наприклад, в Індонезії — не більш трьох; інші — вживають заходів, що обмежують утворення нових партій (у Єгипті відмовляються реєструвати нові партії, якщо їхні цілі в чомусь подібні вже існуючим).

Сегментарна форма держави припускає деякий поділ функцій політичного управління між інститутами влади: конституція і парламент повинні існувати; у республіках президент має обиратися, в монархії ж діє обмежений у повноваженнях монарх; вибори здійснюються під контролем державних посадових осіб; припускається також часткова автономія окремих адміністративно-територіальних одиниць і виборних місцевих органів влади.

Однак за цієї форми немає реального «балансу» влад, політико-правових механізмів стримувань і противаг; це підтверджується політичним досвідом деяких азіатських країн, коли нерідко монарх дуалістичної монархії або президент у президентській республіці концентрують найзначніші ресурси влади і фактично очолюють верхівку її виконавчої гілки. Причому, не тільки внаслідок харизматичної популярності, але й через відсутність законних обмежень щодо переобрання голови держави, кілька разів поспіль обирали президентами: Сухарто в Індонезії, Г. Абдель Насера в Єгипті, Х. Асада в Сирії тощо. У політичному полі цих країн домінують авторитарні методи керівництва, демократичні ж права і свободи громадян визнаються у конституціях, але на практиці обмежені або не забезпечені реально.

За різних умов на шляху політичної модернізації деяких азіатських країн склалися неоднозначні різновиди сегментарної форми влади: так, політична організація держави в Єгипті або Туреччині суттєво відрізняється від сегментарної форми, що існує в королівстві Таїланд, в дуалістичних монархіях Йорданії, Марокко або в конституційних монархіях Кувейту і Бахрейну. Тому, ймовірно, слід говорити про два її різновиди: порівняно ліберальну і більш авторитарну державу.

Отже, аналізуючи особливості модернізації політичної сфери та інститутів держав континентальної Азії та Близького Сходу, слід враховувати оригінальність їх політичної історії, специфіку політичних цінностей, структур і функцій, на відміну від західних політичних систем.

І. В. Яковюк, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії держави і права
Національної юридичної академії України
імені Ярослава Мудрого

Реалізація соціальної функції держави в умовах європейської інтеграції

У літературі, присвяченій проблемам функціонування сучасної держави¹, фактично відсутні наукові розробки питань, пов'язаних із особливостями реалізації її функцій в умовах інтеграційних процесів. Автори, що досліджують ці процеси на прикладі Європейського Союзу (далі — ЄС) або Союзу Росії і Білорусії, торкаються цієї проблеми побіжно², приділяючи основну увагу питанням визначення правової природи цих об'єднань, державного суверенітету, структури і повноважень союзних інститутів, розмежування повноважень між союзом і державами-членами. При дослідженні певного напрямку політики ці автори переважно зосереджують свою увагу на аналізі завдань і функцій саме інтеграційних («наддержавних») структур³, уникаючи співставлення їх ролі

© Яковюк І. В., 2004

¹ У цій статті під «державою» автор розуміє не будь-яку державу, а таку, що конститується як демократична, соціальна правова.

² Див.: *Мартиненко П.* Проект Конституції для Європи: реформаторський потенціал // Інституційні реформи в ЄС: Аналітичний щоквартальник. — К., 2003. — № 4.

³ Див.: *Європейський Союз: Путеводитель* / Под ред. Ю. Борко, О. Буториной. — М., 1998; *Каргалова М. В.* Европейская интеграция и строительство единого социального пространства ЕС: Доклады Института Европы. — М., 1998. — № 46; *Кернз В.* Вступ до права Європейського Союзу: Навчальний посібник. — К., 2002.

у здійсненні політики із роллю національних урядів. У свою чергу науковці, які займаються розробкою проблем, пов'язаних із функціями держави, в цілому залишають поза увагою питання впливу інтеграційних об'єднань на процес їх реалізації¹. Таким чином, слід визнати, що сьогодні в загальній теорії держави і права в цілому проблема визначення функцій держави залишається ще недостатньо дослідженою, саме це обумовлює потребу у продовженні її комплексної розробки.

Відповідно до традиційного підходу під функціями держави слід розуміти основні напрями її діяльності, які виражають її сутність і соціальне призначення в галузі управління справами суспільства². Саме у функціях з максимальною повнотою розкривається та роль, яку держава відіграє відносно потреб громадянського суспільства, як соціальної системи більш високого рівня організації, і інтересів індивідів та їх груп, що його утворюють. Особливе місце серед них посідає соціальна функція, за наслідками реалізації якої можна дійти висновку про набуття державою статусу соціальної, сприйняття нею положення, згідно з яким людина, її життя і здоров'я, честь і гідність визнаються найвищою соціальною цінністю.

Як відомо, важливою позитивною рисою вчення про правову державу є його здатність до вдосконалення ідейного змісту відповідно до потреб суспільного життя. В історії розвитку цієї теорії простежується еволюція поглядів на співвідношення особистості, суспільства і держави з точки зору виконання державою соціальних обов'язків від повного їх заперечення і до підняття соціально-економічних прав до рівня конституційних. Як наслідок наприкінці ХХ ст. соціальна спрямованість держави стає загально визнаною характеристикою конституційного ладу переважної більшості країн, що сповідають демократичні цінності.

¹ Див.: *Загальна теорія держави і права: Підручник* / За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. — Х., 2002. — С. 68-84; *Загальна теорія держави і права* / За ред. В. Копейчикова. — К., 1997. — С. 71-74; *Теорія держави і права: Курс лекцій* / Под ред. Н. Матусова і А. Малько. — М., 1997. — С. 61-77.

² *Загальна теорія держави і права: Підручник* / За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. — С. 68.

На початку третього тисячоліття новий етап розвитку соціальної правової державності обумовлюють європейські інтеграційні процеси. Утворення ЄС, наділення його країнами-членами широким спектром суверенних прав, перерозподіл повноважень між інститутами Союзу і національними урядами, з одного боку, і визнання пріоритетності соціальної політики, яка є невід'ємною частиною будь-якого напрямку його діяльності, з другого — все це створило якісно нові, належним чином ще не проаналізовані і не узагальнені умови і способи функціонування соціальної держави.

Однак вітчизняна юридична наука попри проголошення європейського вибору України, що вимагає ретельного дослідження усього спектру питань, пов'язаних з інтеграцією до ЄС, зокрема, визначення напрямків модифікації змісту соціальної функції держави, правових форм її реалізації, приділяє недостатньо уваги дослідженням щодо корегування української моделі соціальної державності. Певним чином це можна пояснити тим, що проблематика соціальної держави зацікавила українських правознавців відносно нещодавно. Так, останнім часом у наукових розробках соціальної держави превалювали дослідження питання виникнення соціальної держави, визначення її поняття, принципів і здійснюваних функцій¹. Визначаючи важливість цих досліджень для формування вітчизняної моделі соціальної держави, слід зазначити, що не менш значущим для юридичної науки має стати наукове обґрунтування шляхів інтеграції України до ЄС, зокрема її входження до загальноєвропейського соціального простору.

Соціальна політика ЄС визнана одним з ключових інструментів інтеграції після прийняття Єдиного європейського акта (1987 р.)². Така еволюція поглядів ЄС обумовлена виз-

¹ Див.: Рабінович П. М. Про соціальну сутність сучасних демократичних держав // Вісник Академії правових наук України. — 1993. — № 1; Скрипнюк О. В. Соціальна, правова держава в Україні: проблеми теорії і практики. — К., 2000; Яковюк І. В. Про обсяг поняття «соціальна держава» (на основі порівняльного аналізу моделей ФРН і України) // Право України. — 1998. — № 11; Яковюк І. В. Соціальна держава: до визначення змісту поняття // Вісник Академії правових наук України. — 2000. — № 3.

² Див.: Единный европейский акт. Договор о Европейском Союзе. — М., 1994. — С. 7–45.

нанням того факту, що гармонізація певної сфери економічної політики завжди зачіпає ті або інші соціальні питання, які також не можуть бути вирішені без правового регулювання в масштабі ЄС. Особливість змісту соціальної політики Європейського Союзу полягає у постійній її модифікації залежно від нових факторів, які виникають у процесі інтеграції, змін у соціальній структурі суспільства, рівня політичної активності громадян, специфіки економічної політики і нарешті трансформації соціального питання. Протягом тривалого часу теоретики європейського будівництва вважали, що, по-перше, соціальна гармонізація має стати природним наслідком економічної інтеграції¹, а по-друге, немає об'єктивної потреби в передачі повноважень у соціальній сфері на наднаціональний рівень. Протидія делегуванню повноважень по реалізації соціальної функції походила як від окремих соціальних груп країн-членів, так і від монополій та національних урядів.

Окрім соціальні групи, передусім в країнах з більш високим рівнем добробуту, побоювалися, що наслідком такого делегування стане уніфікація, а відтак і пониження якості соціального захисту. Монополії не бажали нести подвійні (на національному і загальноєвропейському рівні) витрати щодо розв'язання соціальних питань. Національні уряди, у свою чергу, відмовлялися від обмеження своїх суверенних прав у сфері здійснення соціальної політики через побоювання втрати такого вагомого важеля впливу на потенційних виборців. Крім того, у разі успіху в проведенні загальної соціальної політики інститути Європейських Співтовариств отримали б широку соціальну підтримку щодо подальшого здійснення інтеграції, темпи і зміст якої могли б вийти з під контроль національних урядів².

¹ Див.: Договор об учреждении Европейского экономического сообщества // Договоры, учреждающие Европейские сообщества. — М., 1994. — С.176.

² У зв'язку з цим слід нагадати, що в 1976 р. була досягнута домовленість щодо проведення прямих виборів до Парламентської Асамблеї на основі застосування прямого виборчого права. Таким чином, Європарламент перетворився на орган представництва народів країн-членів, через який виборці отримали безпосередню (хоча і обмежену) можливість впливати на процес інтеграції. Показово, що в останні десятиліття саме Європарламент найбільш активно просуває ідею «федералізації» Європейського Союзу.

На момент створення Європейських Співтовариств інтеграція мала галузевий характер. Її автори у відповідних договорах обмежилися формулюванням основних соціальних цілей: забезпечення соціального прогресу, сприяння становленню законодавства про працю, зростання зайнятості і підвищення життєвого рівня, покращення умов праці, вільне пересування робочої сили, соціальне забезпечення, діалог між соціальними партнерами, уникнення негативних наслідків економічної інтеграції тощо. Більшість з цих положень мали декларативний характер. Разом з тим, у Договорі про ЄЕС вперше було зроблено крок у напрямку переведення соціальної політики із сфери ідеології в практичну площину. Так, статтями 193–198 Договору створювався Економічний і соціальний комітет зі статусом консультативного органу, ст. 122 вперше закріплювався обов'язок Комісії вміщувати в щорічний звіт Європарламенту главу щодо соціального розвитку, а ст. 123 засновувався Європейський соціальний фонд, який з часом став реальним фінансовим важелем реалізації соціальних ініціатив.

Несинхронізованість національних і загальноєвропейського процесу розвитку соціальної політики спостерігався до прийняття Єдиного європейського акта (1987 р.). Так, на етапі прискорення темпів розвитку соціальної державності (1960–1975 рр.) відбувається значне розширення її можливостей на національному рівні, внаслідок чого були визначені мінімальні соціальні стандарти, котрі, однак, не набули універсального характеру, нижче яких країни, що визнають право людини на гідне життя, опускатися не можуть. У цілому функціонування соціальної держави протягом цього періоду засвідчило, що її утвердження засноване не лише на волі політичного керівництва, але й пов'язане з фундаментальними структурними змінами в суспільстві, а тому соціальна держава стала розглядатися як центральний елемент суспільства країн Заходу. Більш того, стає очевидним, що між соціальною державою і ринковою економікою немає протиріч, яких не можна було б усунути — цей висновок підтверджується поступовим запровадженням національними урядами моделі соціальної ринкової економіки.

У той же час попри зміцнення матеріальної бази Співтовариства завдяки створенню спільного ринку і прийняттю таких важливих документів, як Європейська соціальна хартія

(1961 р.) та Програма соціальних дій (1972–1974 рр.) у цей період на загальноєвропейському рівні помітного прогресу в реалізації соціальної політики не відбулося. Пояснення цього факту криється в прямій протидії (використання принципу одностайності при прийнятті рішень у соціальній сфері) національних урядів передачі повноважень у соціальній сфері європейським структурам.

Починаючи з 1975 р. розпочався етап уповільнення темпів розвитку соціальної державності. Він супроводжувався загостренням суперечок навколо концепції, що було пов'язано зі зниженням темпів економічного зростання, рядом довгострокових демографічних змін, зростанням безробіття, а також кризою соціалістичної системи. Але оскільки соціальна держава на цей час стала неодмінним елементом системи цінностей та переконань суспільства Заходу, вона не була демонтована.

Наслідком проблем, пов'язаних з розвитком соціальної державності в європейських країнах, стало гальмування процесу формування єдиного соціального простору в рамках Співтовариства. Після прийняття Програми соціальних дій і до набрання чинності Єдиного європейського акта Європейські Співтовариства не прийняли жодного важливого акта в соціальній сфері.

Будівництво єдиного соціального простору в Європі активізувалося у другій половині 80-х рр. ХХ ст. і було пов'язане з необхідністю отримання широкої соціальної підтримки інтеграційного процесу, який вийшов на рівень перетворення Європейських Співтовариств на Європейський Союз. У 1987 р. було прийнято Єдиний європейський акт, який вніс в порядок денний таке складне завдання, як формування єдиного соціального простору в межах Співтовариства. Реалізація цього завдання потребувала зміни існуючих підходів і вони відбулися. Так, текст Договору про ЄЕС було доповнено розділом «Економічне і соціальне з'єднання», ст. 118а, яка передбачала відповідальність країн-членів за розв'язання соціальних проблем, ст. 22, яка поклала на Комісію обов'язок щодо сприяння діалогу між соціальними партнерами. Однак найсуттєвішою новацією стало порушення принципу одностайного голосування: передбачалося, що питання, пов'язані з безпекою і здоров'ям робітників, приймаються кваліфікованою більшістю голосів.

Наступним суттєвим кроком на шляху формування європейської соціальної моделі стало прийняття у 1989 р. Хартії основних соціальних прав робітників Співтовариства, яка закріпила 12 базових прав: на працю у будь-якій країні-члені; на справедливу винагороду за працю; на покращення умов життя і праці; на соціальний захист відповідно до правил країн-членів та інші¹.

Реалізація положень Хартії виявилась неможливою без внесення змін у первинні джерела права Співтовариства. Розширення правової бази соціальної політики було здійснено в результаті підписання Маастрихтського договору щодо заснування Європейського Союзу² (1992 р.), який доповнив Договір про заснування ЄЕС розділами VIII «Соціальна політика, освіта, професійне навчання і молодь» і XIV «Економічне і соціальне з'єднання», і Амстердамського договору³ (1997 р.), який передбачав активізацію соціальної політики і гармонізацію національного соціального законодавства.

Маастрихтський договір супроводжувався Угодою про соціальну політику та Протоколом про соціальну політику⁴. Серед вказаних документів особливий інтерес становить Протокол, який вперше закріпив право ЄС на здійснення соціальної політики і визначив межі такого втручання⁵. Ці договори із додат-

¹ Див.: Хартия основных социальных прав рабочих ЕЭС // Диалог. — 1991. — № 13. — С. 77–82.

² Див.: Единый европейский акт. Договор о Европейском Союзе. — С. 88, 95–97, 225–233.

³ Див.: Европейское право: Учебник / Под общ. ред. Л. М. Энтина. — М., 2002. — С. 521–552.

⁴ При розробці Договору передбачалося, що Угода і Протокол стануть його складовими, однак через позицію Великої Британії вони залишилися додатками.

⁵ Раді ЄС надано право шляхом видання Директив встановлювати мінімальні соціальні стандарти та технічні умови праці. Протокол також розширив коло питань, з яких рішення приймається кваліфікованою більшістю голосів. У віданні національних урядів залишилося управління системами соціального захисту, тоді як Інститути ЄС здебільшого здійснюють координацію національних політик у сфері соціального захисту і забезпечують взаємодію між ними. Отже, політика ЄС у соціальній сфері набула субсидіарного характеру щодо соціальної діяльності держав-членів.

ками та Програма соціальних дій визначають сьогодні юридичну основу соціальної політики Союзу і забезпечують правові умови для реалізації проголошених у Хартії прав.

Про реальність намірів Комісії ЄС захищати права робітників свідчать її ініціативи щодо реалізації проектів TESS і EURES. Аналізуючи діяльність європейських організацій у рамках цих проектів, М. В. Каргалова¹ доходить таких висновків. Інформаційна мережа, створена TESS, дозволяє згрупувати на загальноєвропейському рівні усю інформацію, що стосується статусу громадянина ЄС і його пільг за весь період його трудової діяльності в будь-якій країні ЄС. У результаті його право на пенсійне забезпечення буде здійснюватися з урахуванням усіх видів діяльності в усіх країнах ЄС. Через мережу EURES відбувається обмін інформацією щодо запиту і пропозицій робочих місць, про зміни на ринку праці, умов життя і праці. Реалізація цих проектів наочню доводить здобутки ЄС у реалізації соціальної політики, її наближення до захисту соціальних прав кожного громадянина ЄС без чого реалізацію соціальної функції у сучасних європейських країнах важко собі уявити.

Аналіз еволюції соціальної політики, яку проводить ЄС, дозволяє зробити ряд висновків. По-перше, сьогодні вже склалася загальноєвропейська соціальна модель, яка ґрунтується, з одного боку, на європейських моделях соціальної правової державності та держави добробуту, а з другого — на достатньо розвинутому соціальному праві ЄС. По-друге, реалізуючи соціальну політику, ЄС діє відповідно до принципу субсидіарності, поділяючи відповідальність за забезпечення соціального захисту населення Союзу з урядами держав-членів. По-третє, з ініціативи ЄС відбувається поступове визнання того факту, що повноцінна економічна і політична інтеграція не може здійснюватися без її поширення на соціальну сферу. По-четверте, бажаючи бачити Україну інтегрованою до структур ЄС, уряд має залучити вітчизняну науку, передусім юридичну, до дослідження широкого спектру проблем, пов'язаних з реалізацією цього завдання. До таких проблем

¹ Див.: Каргалова М. В. Европейская интеграция и строительство единого социального пространства ЕС. — С. 29–30.

слід віднести: визначення правової природи ЄС, вивчення його права, наслідків для розвитку української державності, її вступу до ЄС (маючи на увазі передачу Союзу як квазідержавній організації ряду важливих суверенних прав), пошук можливих інших форм співпраці, зокрема в соціальній сфері. Ці проблеми фактично визначають перспективні напрямки досліджень як для загальної теорії держави і права, так і науки конституційного, міжнародного права та права соціального забезпечення.

О. Ю. Тодика, кандидат юридичних наук,
докторант Національної юридичної Академії України імені Ярослава Мудрого

Проблеми реалізації органами місцевого самоврядування своїх повноважень в аспекті здійснення народовладдя

Визнання на конституційному рівні України як демократичної, правової держави актуалізує проблему реалізації народовладдя. Україна знаходиться на трансформаційному етапі розвитку. Конституції пострадянських держав надають суттєвого значення закріпленню принципу народовладдя та механізму його реалізації.

Народовладдя — основоположний принцип конституційного ладу України, інших країн СНД. Визнання державою і гарантування нею місцевого самоврядування є також важливою засадою цього ладу (ст. 7 Конституції України). Згідно з ч. 1 ст. 5 Конституції України народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Таким чином, у розділі I «Загальні засади» Конституції України містяться ці взаємопов'язані між собою принципи основ конституційного ладу України. Вони не лише тісно взаємопов'язані між собою, але мають суттєве значення для забезпечення механізму народовладдя, визначення демократичного вектору розвитку держави і суспільства.

У юридичній літературі в Україні, Російській Федерації значна увага приділяється правовому статусу місцевого самоврядування та його органів¹, що насамперед зумовлено усвідомленням важливості їх ролі в забезпеченні соціально-економічного розвитку держави і суспільства, прав і свобод людини і громадянина, формування громадянського суспільства. Відхід від радянської системи, яка будувалася на марксистсько-ленінській ідеології, демократичному централізмі, керівній ролі КПРС, сьогодні по-новому ставить проблему діяльності органів місцевого самоврядування, в тому числі в аспекті народовладдя.

Роль і місце цих органів у забезпеченні народовладдя в українській конституційно-правовій літературі майже не досліджена. А вона є досить актуальною не лише в теоретичному, а й практичному аспектах, оскільки пов'язана із механізмом реалізації влади, забезпеченням прав людини і громадянина, розвитком демократії, соціально-політичної активності громадян. Функціонування органів місцевого самоврядування в Україні, в інших країнах СНД свідчить про те, що їх потенціал використовується явно недостатньо, що зумовлено низкою об'єктивних і суб'єктивних чинників. Можливості цих органів бути виразником волі населення відповідної адміністративно-територіальної одиниці, територіальної громади значною мірою визначаються їх юридичною природою, якістю конституційно-правового регулювання їх статусу, ма-

¹ Див.: Батанов О. В. Конституційно-правовий статус територіальних громад в Україні. — К., 2003; Выдрин И. В., Кокотов А. Н. Муниципальное право России. — М., 1999; Постовой Н. В. Муниципальное право России. — М., 1998; Баймуратов М. А. Европейские стандарты локальной демократии и местное самоуправление в Украине. — Х., 2000; Делія Ю. Місцеве самоврядування як суб'єкт конституційних відносин // Право України. — 1999. — №12; Шаповал В. Сутність характеристики місцевого самоврядування // Право України. — 2002. — № 3; Борденюк В. Концептуальні основи співвідношення функцій місцевого самоврядування та його органів з функціями держави // Право України. — 2003. — № 11; Борденюк В. Місцеве самоврядування в механізмі держави: конституційно-правовий аспект // Право України. — 2003. — № 4; Ярмиш О. Н., Серьогін В. О. Державне будівництво та місцеве самоврядування в Україні. — Х., 2002.

теріально-фінансовою базою їх функціонування, організаційним забезпеченням їх роботи. На ці питання в аспекті народовладдя є необхідність звернути увагу в цій статті.

Ситуація, яка склалася в Україні з діяльністю органів місцевого самоврядування, свідчить про те, що сьогодні стосовно місцевого самоврядування та його органів відсутня чітка правова політика держави. А від неї багато залежить у цій сфері відносин. Вважаємо, що така політика в Україні в цій сфері повинна бути, і важливо щоб вона була спрямована на створення належних умов для реалізації конституційних повноважень органів місцевого самоврядування, забезпечення гарантій місцевого самоврядування, реалізацію конституційних прав громадян на участь у вирішенні справ місцевого самоврядування.

Органи місцевого самоврядування повинні створювати громадянам належні умови для реалізації конституційних прав. Це важливо з точки зору забезпечення конституційного принципу народовладдя. А це, на наш погляд, означає створення умов для реалізації громадянами насамперед таких прав: а) обирати і бути обраними до органів місцевого самоврядування; б) здійснювати місцеве самоврядування через виборні та інші органи місцевого самоврядування; в) брати участь у вирішенні питань місцевого значення шляхом прямого волевиявлення (насамперед, через місцеві референдуми), а також шляхом організації і діяльності територіального громадського самоврядування. Необхідним є створення ефективною системи взаємодії органів місцевого самоврядування з населенням, що потребує формування чітких механізмів контролю за ефективністю діяльності органів місцевого самоврядування з боку населення; становлення системи відповідальності цих органів та їх посадових осіб перед населенням; організація чіткої системи роз'яснення населенню конституційних засад місцевого самоврядування і державної політики його розвитку. Важливо забезпечити належну гласність у роботі органів місцевого самоврядування, що необхідно з точки зору підвищення політичної активності населення¹.

¹ Див.: Тодика Ю., Серьогін В. Конституційний принцип гласності як гарантія основних прав і свобод громадян // Право України. — 1998. — № 6.

Положення Конституції України, які визначають основні принципи місцевого самоврядування, є результатом осмислення вітчизняного досвіду організації місцевої влади з урахуванням Європейської хартії місцевого самоврядування, загальних для демократичних держав принципів децентралізації управління, самоорганізації громадян, законності, здійснення публічно-владних повноважень на рівні, що дає можливість найбільш ефективно їх виконувати.

Місцеве самоврядування відіграє особливу роль у становленні громадянського суспільства в Україні, будучи при цьому одночасно і механізмом формування такого суспільства, його невід'ємною частиною. Включення членів місцевого співтовариства в процес прийняття суспільно значущих рішень є одним із важливих механізмів реального здійснення народо-владдя. Місцеве самоврядування дає можливість оптимізувати використання ресурсів. Місцеві співтовариства мають змогу вирішувати свої проблеми в різних сферах соціальної практики в найефективніших формах з урахуванням конкретних умов кожної окремої території. Але для реалізації своїх завдань органи місцевого самоврядування повинні мати належну підтримку з боку держави. На жаль, у багатьох випадках вона недостатня, і це не дає можливість належним чином розкрити потенціал місцевого самоврядування.

На реалізацію волі населення відповідної території через органи місцевого самоврядування позитивно впливають такі чинники: а) визнання на рівні Конституції України місцевого самоврядування як інституту народо-владдя і принципу конституційного ладу; б) більш детальне правове регулювання статусу місцевого самоврядування і його органів у поточному законодавстві; в) визнання територіальної громади основою місцевого самоврядування; г) закріплення в Конституції положення, що права місцевого самоврядування захищаються в судовому порядку; г) встановлення на конституційному рівні принципів, на основі яких територіальна громада обирає строком на чотири роки сільського, селищного та міського голову; д) закріплення в Конституції матеріальної і фінансової основи місцевого самоврядування. Суттєве значення має положення ст. 144 Конституції, що органи

місцевого самоврядування в межах повноважень, визначених законом, приймають рішення, які є обов'язковими до виконання на відповідній території.

Разом з цим на функціонування місцевого самоврядування та його органів в Україні в аспекті забезпечення народо-владдя, прав і свобод людини і громадянина, на наш погляд, негативно впливають відсутність: а) реальної децентралізації державної влади на місцях; б) стабільної фінансової основи діяльності місцевого самоврядування; в) узгодженості нормативної бази міжбюджетних відносин; г) чіткої стратегії регіональної політики; г) чіткого розмежування функцій і компетенції місцевих державних адміністрацій і органів місцевого самоврядування; д) належної взаємодії між парламентом і органами місцевого самоврядування; е) здатності значної частини апарату місцевих рад працювати в нових соціально-економічних і політичних умовах; є) достатнього рівня правової культури кадрів.

Сьогодні проблема підвищення ролі і можливостей органів місцевого самоврядування має суттєве значення для забезпечення народо-владдя. Без цього не досягти сталого розвитку держави і суспільства. На жаль, місцеве самоврядування в Україні перебуває в самоізоляції і замкненості, а його органи у своїй роботі не використовують належним чином зразки європейського та світового досвіду громадянського суспільства, оскільки мало з ним обізнані.

Реалізація функцій і повноважень місцевого самоврядування, його органів значною мірою залежить від їх матеріально-фінансового забезпечення. А воно явно не відповідає сучасним вимогам. Багато залежить від державної влади. Але вона не повинна брати на себе вирішення тих питань, які можуть успішно вирішувати органи місцевого самоврядування. На парламентських слуханнях «Регіональна політика і місцеве самоврядування в Україні: законодавчі аспекти», що відбулися 16 квітня 2003 року, зазначалося, що освіта, охорона здоров'я, соціальний захист у нашій країні — це державні функції і державні стандарти. Але вони сьогодні становлять у бюджетах місцевого самоврядування до 80% видатків. У світі до функцій самоврядування, як правило, належать дороги, благоустрій те-

риторії, паркування, житлово-комунальний фонд та його обслуговування, навколишнє природне середовище. Відповідно утримання цих об'єктів є головною функцією територіальних громад. І на це мають йти ті самі 80% місцевого бюджету, а не на виконання суто державних функцій¹.

Сьогодні немає чіткого розподілу на стабільній основі фінансових ресурсів держави. На жаль, як і в радянський період, функції місцевого самоврядування не забезпечені адекватними доходними джерелами. Відповідно доходів, закріплених за місцевими бюджетами, явно недостатньо для виконання покладених на місцеві органи функцій, а самі вони практично не забезпечують себе бюджетними коштами. Нині основним джерелом надходжень до місцевих бюджетів є загальнодержавні податки і трансферти з державного бюджету. Така ситуація не суперечить чинній Конституції України, оскільки згідно з ч. 3 ст. 142 Конституції держава бере участь у формуванні доходів бюджетів місцевого самоврядування, фінансово підтримує місцеве самоврядування. Але навіряд чи можна вважати нормальною ситуацію, коли питома вага доходів місцевих бюджетів за останні три роки зменшилася із 77% до 57% у бюджетному 2003 році, а кількість субвенцій за цей час зросла з 2 до 36. Це, безумовно, призвело до послаблення зацікавленості місцевої влади у нарощуванні податкової бази та мобілізації доходів, негативно впливає на економічний розвиток регіонів². Така ситуація не підвищує авторитет органів місцевого самоврядування і можливості вирішувати ними питання місцевого значення.

Слід враховувати те, що в структурі видатків місцевих бюджетів домінують витрати на забезпечення повноважень, делегованих органам місцевого самоврядування. Йде процес централізації фінансових ресурсів у державному бюджеті.

¹ Див.: Про деякі засадничі проблеми розвитку місцевого самоврядування. Із виступу Голови Верховної Ради України В. Литвина на нараді з депутатами, керівниками місцевих органів влади та місцевого самоврядування Дніпропетровської області, 19 грудня 2003 р. // Голос України. — 2003. — 30 грудня.

² Див.: Про деякі засадничі проблеми розвитку місцевого самоврядування // Голос України. — 2003. — 30 грудня.

Проблема полягає в тому, що доходи, закріплені за місцевими органами влади для фінансування делегованих повноважень, і трансферти з державного бюджету не є фінансовим ресурсом, яким вони можуть вільно розпоряджатися. Відповідно вказані кошти не можуть використовуватися для фінансування власних повноважень органів місцевого самоврядування. Відсутність у законодавстві чіткого розмежування делегованих і власних повноважень місцевих органів влади «при плануванні та виконанні місцевих бюджетів і забезпеченні затверджених стандартів і нормативів соціального захисту населення не дає можливості прозоро використовувати кошти державного бюджету, надані на виконання делегованих функцій»¹. Це дає підстави для висновку, що нормативна база, яка регулює міжбюджетні відносини та використання органами місцевого самоврядування коштів державного бюджету, є недосконалою, а в деяких випадках і неузгодженою.

Процес надання трансфертів з державного бюджету базується не тільки на об'єктивних економічних критеріях, а й на суб'єктивних рішеннях. Тому мають місце недоліки при наданні субвенцій на виконання інвестиційних проектів. В. Литвин наголошує, що через відсутність відповідного закону нерідко порушується справедливість розподілу суспільного багатства між територіальними громадами. Тому вирішення цих та інших складних питань формування місцевих бюджетів та міжбюджетних відносин повинно стати одним із головних завдань бюджетної політики держави.

Формування повноцінного самоврядування неможливо без децентралізації державної влади. І це добре вже засвоєно в країнах з усталеними демократичними традиціями. Так, колишній прем'єр-міністр Франції М.Рокар писав, що необхідно відмовитися від передачі функцій, оскільки в основному саме така сучасна форма децентралізації і застосовується, а слід надати всю повноту влади відповідним органам — комунам, і коли кожному буде зрозуміло, що пошук нових форм у сфері соціальних заходів, надання допомоги людям похилого віку та інвалідам, профілактики злочинності та наркоманії

¹ Про деякі засадничі проблеми розвитку місцевого самоврядування // Голос України. — 2003. — 30 грудня.

належить до департаментських органів, що розвиток економіки, підтримка системи освіти та фінансування творчої діяльності повинні бути в компетенції регіонів, тоді держава буде розвантажена від завдань, які вона виконує погано. Саме тоді вона може зосередитись на тих завданнях, які їй необхідно вирішувати¹.

Роль держави в процесі становлення місцевого самоврядування є досить значною. Кожна держава наділяє органи самоврядування повноваженнями з урахуванням своїх національних, історичних та інших традицій. «Але за всіх обставин обсяг їх повноважень є тим лакмусовим папірцем, яким перевіряється ступінь довіри держави до своїх громадян, ступінь демократичності держави»². Разом з цим, це і вираз народовладдя, можливість реалізації волі населення відповідної адміністративно-територіальної одиниці. Держава повинна створювати правові, матеріально-фінансові та організаційні умови для належного функціонування місцевого самоврядування, тим більше, що в ст. 7 Конституції закріплено, що держава визнає та гарантує місцеве самоврядування. Це важливо і з точки зору забезпечення стабільності конституційного ладу. Найавторитетніші соціологічні дослідження свідчать, що найбільший рівень довіри населення мають органи місцевого самоврядування — 38%. Це вдвічі більше, ніж мають гілки державної влади³. А що було б, якби самоврядуванню дали належне правове та фінансове забезпечення?

На науково-практичній конференції «Шляхи посилення дієздатності місцевого самоврядування в Україні в контексті політичної реформи з урахуванням європейського та світового досвіду», що відбулася в травні 2003 року у Вінниці, зазначалося, що право місцевої громади самостійно вирішувати питання свого життя ледве жевріє на рівні середніх та великих міст і практично відсутнє на інших рівнях, що чинне законодавство, реальна система влади дають багато важелів для втручання органів державної влади у роботу органів місцевого

¹ Див.: *Рокар М.* Трудиться с душой. — М., 1990. — С.197.

² Про деякі засадничі проблеми розвитку місцевого самоврядування // *Голос України.* — 2003. — 30 грудня.

³ Див.: *Скритник В.* Ледве жевріє... // *Голос України.* — 2003. — 29 травня.

самоврядування. Фактично існує повна залежність сільського, селищного, міського самоврядування від районної й обласних державних адміністрацій. І це за умови, що голови цих адміністрацій призначаються зверху, а органи місцевого самоврядування та їх керівники обираються населенням відповідної адміністративно-територіальної одиниці. Такий підхід побудови влади на місцях, на наш погляд, не дуже відповідає принципу народовладдя.

Тому об'єктивно необхідно розмежувати функції та повноваження місцевих державних адміністрацій та органів місцевого самоврядування. При цьому не повинно бути питань, за які ніхто не відповідає, так само, як і тих питань, за які відповідальність несуть одразу на кількох рівнях влади. Більшість проблем, що хвилюють людей, вирішуються на місцях. Але тут існує система політичного й економічного двовладдя між обраними населенням органами місцевої влади та державними адміністраціями. Тим самим сьогодні штучно створена ситуація конкуренції, коли обидві сторони змагаються за контроль над фінансовими ресурсами, власністю тощо. У програвші від цього залишається населення. У зв'язку з цим Голова Верховної Ради В. Литвин зазначає, що на зріла необхідність уточнити та розмежувати з урахуванням сучасних реалій повноваження між місцевими державними адміністраціями та органами місцевого самоврядування. На черзі перегляд Закону «Про місцеві державні адміністрації» та Закону «Про місцеве самоврядування в Україні». «При розгляді цих законодавчих актів у такій парі можна говорити про зміну системи місцевої влади на користь територіальних громад, а отже — і на користь держави та її народу»¹.

Для реалізації органами місцевого самоврядування своїх завдань суттєве значення має наявність у них комунальної власності. Так, згідно з ч. 1 ст.143 Конституції України територіальні громади села, селища, міста безпосередньо або через утворені ними органи місцевого самоврядування управляють майном, що є в комунальній власності. Але сьогодні немає чіткого розмежування державної та комунальної влас-

¹ Про деякі засадничі проблеми розвитку місцевого самоврядування // *Голос України.* — 2003. — 30 грудня.

ності, визначення правового статусу останньої. На практиці є тільки багато розпоряджень та контрольних дій з боку держави за цією власністю.

Проведення на сучасному етапі конституційної реформи в Україні спрямоване на перехід від президентсько-парламентської до парламентсько-президентської республіки. Хоча розділ XI Конституції України «Місцеве самоврядування» і не є предметом конституційної реформи, але якщо реформа буде проведена, то вона безумовно вплине на статус місцевого самоврядування. Науковці, деякі народні депутати слушно ставлять питання, що органи місцевого самоврядування, їх статус теж повинні бути предметом реформування. І для такого висновку є всі підстави.

Наприклад, постає питання — наскільки існуюча система місцевого самоврядування на районному і обласному рівні є повноцінною? Відповідаючи на нього слід враховувати, що передбачена чинною Конституцією організація державної влади та місцевого самоврядування на цих рівнях будувалася у свій час в Україні відповідно до конституції президентсько-парламентської республіки, яка потребує сьогодні свого реформування. У зв'язку з цим Голова Верховної Ради В. Литвин слушно наголошує, що слід підвищити роль обласних і районних рад у вирішенні питань місцевого та регіонального розвитку, що сьогодні ці органи нерідко виконують роль своєрідного статиста при місцевих державних адміністраціях. Відповідно настав час для переосмислення їх функцій.

Все це ставить питання про необхідність прийняття в новій редакції Закону «Про місцеве самоврядування в Україні», оскільки чинний закон не відповідає сучасним соціально-економічним та політико-правовим реаліям і не вписується в головні завдання конституційної реформи. Можливий й інший варіант нормативно-правового регулювання різних ланок місцевих рад — це прийняття окремих законів: про сільську і селищну раду; про міські ради; про обласні ради. В Україні чинний Закон «Про місцеве самоврядування в Україні» є досить складним з точки зору його освоєння працівниками апарату місцевих рад і застосування його норм. Ратифікація Верховною Радою України Європейської хартії місцевого са-

моврядування, прийняття законів, спрямованих на забезпечення регіонального розвитку та місцевого самоврядування, створили певне законодавче підґрунття для роботи органів місцевого самоврядування. Але цього явно не достатньо для ефективності їх діяльності, що значною мірою пов'язане з тим, що належним чином не розмежовані функції і повноваження між органами місцевого самоврядування і державними адміністраціями, недостатньо високою є правова культура працівників апарату місцевих рад.

Існують концептуальні питання, які можна вирішити тільки на законодавчому рівні. Так, відповідно до Закону України від 21 травня 1997 р. «Про місцеве самоврядування в Україні»¹ сільський, селищний, міський голова є головною посадовою особою територіальної громади. Однак передусім у містах функціонує ряд державних структур, зокрема, податкові інспекції, контрольно-ревізійні органи, органи внутрішніх справ та інші, впливу на які міський голова не має. Таким чином виходить, що за законом цей голова повинен мати причетність до всіх проблем, які мають місце на території громади, а реально його роль суттєво звужена. Виходячи з цього, В. Литвин слушно зазначає, що сьогодні пріоритетними слід вважати нову редакцію Бюджетного кодексу, законів «Про місцеве самоврядування в Україні» та «Про адміністративно-територіальний устрій», в яких слід системно, з урахуванням сучасних реалій вирішити питання міжбюджетних відносин, власності, місцевих податків і зборів, статусу сільських, селищних, міських голів, проведення реформи адміністративно-територіального устрою².

Проблема оптимізації розподілу повноважень між органами місцевого самоврядування і державними адміністраціями пов'язана і з питанням розуміння юридичної природи місцевого самоврядування. Суттєвий вплив на пошук оптимальної моделі місцевого самоврядування зробили та продовжують робити дві основні теорії місцевого самоврядування: державницька та громадівська. В основі державницької теорії

¹ Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 24. — Ст. 170.

² Про деякі засадничі проблеми розвитку місцевого самоврядування // Голос України. — 2003. — 30 грудня.

лежить ідея децентралізації виконавчої влади на рівні територіальних громад та їх органів, які вони обирають. Прихильники цієї теорії виступають за певну правову, організаційну і фінансову автономію місцевого самоврядування та його органів стосовно центральних та місцевих органів державної влади, але не самої цієї влади, розглядаючи місцеве самоврядування як засіб здійснення функцій держави за допомогою недержавних за своєю сутністю суб'єктів — місцевого населення та його органів. При такому підході до розуміння природи місцевого самоврядування воно досить органічно вписується в механізм народовладдя, оскільки його коріння — в тій владі, джерелом якої є народ, а не його частина (громада), а обсяг повноважень — у законі, в якому виражається воля всього народу України. Прихильники громадівської теорії місцевого самоврядування розглядають його первинні суб'єкти — громади (комуни, муніципалітети) — як самостійне джерело такої публічної влади, яка не належить державі, а є самостійною так званою «муніципальною» владою. Громадівська теорія місцевого самоврядування була започаткована практикою державотворення США, оскільки будова цієї держави починалася із самоврядних громад переселенців — колоністів, які згодом об'єдналися в державні утворення — штати, а ці останні — у федерацію — США¹.

Державницька та громадівська теорії місцевого самоврядування почергово брали вверх при розробці законів, що регулюють правовий статус місцевого самоврядування та їх органів таких, як: Закон України від 8 грудня 1990 р. «Про місцеві Ради народних депутатів та місцеве самоврядування»; від 7 грудня 1990 р. «Про місцеві Ради народних депутатів та місцеве і регіональне самоврядування»; від 3 лютого 1994 р. «Про формування місцевих органів влади і самоврядування». У Конституції України, як зазначає відомий конституціоналіст М. І. Корнієнко, вибір зроблено на користь громадівської теорії².

¹ Докладніше див.: *Корнієнко М. Г.* Місцеве самоврядування: вибір зроблено, проблеми залишилися // Вісник Академії правових наук України. — 1996. — № 7; *Борденюк В.* Місцеве самоврядування в механізмі держави: конституційно-правовий аспект // Право України. — 2003. — № 4.

² Див.: *Корнієнко М. І.* Місцеве самоврядування: вибір зроблено, проблеми залишилися. — С. 88–89.

У зв'язку з цим серед учених і практиків все частіше ставиться питання про те, що конституційна реформа має розв'язати проблему поєднання окремих посад з мандатом депутата місцевої ради. Сьогодні склалася ситуація, коли голови місцевих державних адміністрацій, їх заступники, керівники структурних підрозділів місцевих державних адміністрацій можуть бути депутатами місцевих рад. В. Литвин зазначає, що саме по собі питання не викликало б сумнівів, якби не одна обставина. Районні та обласні ради делегують частину своїх повноважень місцевим державним адміністраціям. Останні є підзвітними районним та обласним радам. Таким чином, більшість керівних осіб місцевих державних адміністрацій, маючи депутатські мандати, виступають у ролі «суддів» у власних справах у районних і обласних радах. Тому при проведенні конституційної реформи, вважає В. Литвин, слід відмовитись від делегування повноважень місцевого самоврядування державним органам. «Законодавчо закріплена практика в цьому питанні з наукової точки зору є консенсусом»¹.

Вирішення проблем нормативно-правового регулювання повноважень органів місцевого самоврядування, матеріально-фінансового забезпечення їх функціонування, підвищення правової культури їхніх кадрів має безпосереднє відношення до реалізації конституційного принципу народовладдя. Вважаємо, що результатом проведення конституційної реформи в Україні повинна бути не лише оптимізація розподілу владних повноважень між гілками державної влади на загальнодержавному рівні, а й створення законодавчих передумов для підвищення ролі і авторитету місцевих рад у всіх сферах суспільного життя. Сьогодні це важливо в аспекті формування в Україні демократичної, правової держави, громадянського суспільства, реалізації механізму народовладдя, забезпечення прав і свобод людини і громадянина. Європейський вибір України спонукає органи місцевого самоврядування йти до європейських стандартів у питаннях організації і функціонування місцевого самоврядування.

¹ Про деякі засадничі проблеми розвитку місцевого самоврядування // Голос України. — 2003. — 30 грудня.

І. І. Бодрова, кандидат юридичних наук, провідний науковий співробітник Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України

Концептуальні підходи визначення поняття територіальної громади

Провідне місце в запровадженій в Україні системі місцевого самоврядування посідають територіальні громади. Визнання на найвищому законодавчому рівні територіальної громади як джерела самостійної форми публічної влади в Україні, первинного суб'єкта, носія функцій і повноважень місцевого самоврядування вимагає формування та функціонування громади не як простої сукупності жителів певного населеного пункту, а як дієздатного суб'єкта, соціально і політично активного, самодостатнього з точки зору забезпечення матеріально-фінансовими ресурсами, спроможного на ефективне та відповідальне управління власними справами, а також потребує узгодження його статусу з правовим статусом інших суб'єктів місцевого самоврядування, побудови ефективної системи розподілу функцій та повноважень місцевого самоврядування. Тому прийняття Конституції України 1996 р. актуалізувало подальшу законодавчу регламентацію функціонування територіальних громад та активізувало науково-теоретичні та практико-прикладні дослідження по-

© Бодрова І. І., 2004

няття і правового статусу цього суб'єкта місцевого самоврядування.

У юридичній науці поняття «територіальна громада» не мало і не має єдності визначень та підходів дослідження. Серед усього їх кола умовно можна вирізнити такі концептуальні підходи, як територіальний, інтелектуально-комунікативний, публічно-правовий та комплексний. Виокремлення їх базується на визнанні науковцями тієї або іншої ознаки територіальної громади або їх сукупності як основоположної, понятійно-утворюючої.

Територіальний підхід до визначення поняття територіальної громади пов'язаний з використанням такої характеристики, як постійне проживання осіб на території певного населеного пункту, і відповідним застосуванням термінів «населення», «жителі», «громадяни, які мешкають на території», «територіальний колектив» тощо. Зокрема, М. І. Корнієнко визначає територіальний колектив як первинний суб'єкт місцевого самоврядування, ототожнюючи його з населенням відповідної адміністративно-територіальної одиниці¹. В. М. Кампо вказує, що початковим суб'єктом місцевого самоврядування фактично виступає територіальний колектив в особі жителів села, селища або міста². Ю. О. Тихомиров вживає термін «соціальна спільнота», під яким розуміє населення міст, сіл тощо³. Цей підхід був використаний і законодавцем: у ч. 2 ст. 1 Закону України від 21 травня 1997 р. «Про місцеве самоврядування в Україні» він визначає територіальну громаду як жителів, об'єднаних постійним проживанням у межах села, селища, міста, що є самостійними адміністративно-територіальними одиницями, або добровільне об'єднання жителів кількох сіл, що мають єдиний адміністративний центр⁴. Як базове таке

¹ Див.: *Корнієнко М.* Пошук варіантів місцевого самоврядування ще продовжується // Місцеве та регіональне самоврядування України. – 1994. – Вип. 4 (9). – С.17.

² Див.: *Кампо В.* Деякі проблеми становлення і розвитку місцевого самоврядування // Місцеве та регіональне самоврядування України. – 1993. – Вип.1-2 (4-5). – С.70–71.

³ Див.: *Тихомиров Ю. А.* Публічне право: Учебник. – М.: БЕК, 1995. – С.118.

⁴ Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

визначення використовується в багатьох сучасних дослідженнях проблем місцевого самоврядування.

Вказаний підхід до визначення поняття територіальної громади дозволяє сформулювати дві інституціоналізуючі ознаки цього суб'єкта місцевого самоврядування — інтеграційну, що характеризує громаду як сукупність фізичних осіб, причому законодавче застосування узагальнюючого терміна «жителі» надає підстави включити до її складу не лише громадян України, але й іноземних громадян і осіб без громадянства, які перебувають на території України на законних підставах; та територіальну, що розкриває формування громади як сукупності тих осіб, що пов'язані з територією відповідного населеного пункту фактом постійного проживання. Крім того, він створює підстави встановлення видів територіальних громад (територіальна громада села або добровільного об'єднання в сільську громаду жителів кількох сіл; територіальна громада селища; територіальна громада міста; територіальна громада району в місті¹) та визначення територіальної основи їх функціонування (територія окремого села, селища, міста, які є самостійними адміністративно-територіальними одиницями, а також кількох сіл, що мають єдиний адміністративний центр, у разі добровільного об'єднання громад).

Застосування територіального підходу до визначення поняття територіальної громади дає підстави уявити громаду як

¹ У науковій літературі застосовуються й інші підходи до класифікації територіальних громад. Див.: *Іванов С. Н., Югов А. А.* Территориальные коллективы в системе социалистического самоуправления советского народа: XXVII съезд КПСС и повышение эффективности конституционного регулирования: Межвузовский сборник научных трудов. — Свердловск: Изд-во Свердловского юридического института, 1988. — С. 94; *Орзих М.* Самоврядні території в системі державного устрою України // Місцеве та регіональне самоврядування України. — 1993. — Вип. 1-2 (4-5). — С. 65–67; *Баймуратов М. О.* Територіальна громада в політичній системі і системі місцевого самоврядування України // Муніципальне право України: Підручник / За ред. В. Ф. Погорілка, О. Ф. Фризького. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — С. 125; *Батанов О. В.* Територіальні громади як первинні суб'єкти місцевого самоврядування: проблеми класифікації // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — Одеса: Юридична література, 2002. — Т. 1. — С. 141–142; та ін.

певну соціально-територіальну спільноту, але й вимагає розмежування її з іншими спільнотами, які також можуть бути сформованими за територіальним принципом. При цьому використовуються як кількісні, так і якісні показники. Перші відбивають відмінність територіальної громади за чисельністю жителів певного населеного пункту, серед інших виокремлюються особливості правового статусу, юридичного зв'язку з територією функціонування, місця в політико-територіальній організації суспільства¹.

Разом з цим територіальний підхід до визначення поняття територіальної громади видається дещо звуженим, оскільки, як вказує Ю. Наврузов, всю систему стосунків між індивідуумами, які є членами громади, зводить лише до належності або неналежності до певної території². При цьому, зазначає М. О. Баймуратов, втрачається соціально-правова сутність феномену територіальної громади, який полягає в розумінні населення як локального співтовариства громадян (місцеве співтовариство), об'єднаних спільною діяльністю, інтересами, цілями щодо задоволення потреб, пов'язаних з побутом, середовищем проживання, дозвіллям, навчанням, вихованням, спілкуванням³.

Більш повним, на погляд цих вчених, і таким, що доповнює попередній, є той підхід, що розглядає територіальну громаду як особливу соціальну спільноту, засновану на спільності інтересів і потреб осіб, які складають її, системності зв'язків і відносин між ними, і який у зв'язку з цим можна визначити як інтелектуально-комунікативний. Зокрема, Ю. Наврузов

¹ Див.: *Выдрин И.* Территориальный коллектив как субъект местного самоуправления (государственно-правовые аспекты) // Правоведение. — 1992. — № 4. — С. 88.

² Див.: *Наврузов Ю. В.* Системне визначення поняття категорії «громада» // Актуальні проблеми державного управління: Зб. наук. пр. УАДУ (Львівський філіал) / За заг. ред. А. О. Чемериса. — Львів: ЛФ УАДУ; Кальварія, 2000. — Вип. 4. — С. 223–224.

³ Див.: *Баймуратов М. О.* Територіальні громади: конституційні, законодавчі та наукові аспекти регламентації // Матеріали науково-практичної конференції «Теоретичні та практичні питання реалізації Конституції України: проблеми, досвід, перспективи». 25 червня 1997 р., Київ / Упорядник Ю. М. Прошевий. — Х.: Право, 1998. — С. 10.

характеризує територіальну громаду як певний соціальний організм, визначальною ознакою якого є узгодженість, гармонійність суспільних і індивідуальних потреб та інтересів¹. Саме за умови існування такої узгодженості і спільності громада, вказує П. П. Білик, має право і можливість існувати².

Дійсно, уявлення про територіальну громаду як не просту сукупність мешканців певного населеного пункту, а відносно усталену і цілісну соціальну спільноту вимагає знаходження і вивчення дії інтеграційного чинника не в зовнішніх обставинах, а в особливостях самої соціальної матерії територіальної громади. Він породжує такі відносини і зв'язки між членами громади, які, з одного боку, обумовлюють її своєрідність, а з другого — об'єднують членів громади в єдину соціальну спільноту. Як такий інтеграційний чинник виступають різноманітні, різнопланові та різнорівневі інтереси, що формуються і реалізуються в межах територіальної громади. Вони виступають формою ставлення осіб — членів громади до своїх потреб і визначаються суспільно-історичними умовами їх проживання на території певного населеного пункту. Інтереси стають і причиною соціальної взаємодії. Різноманітність соціальних зв'язків і відносин між членами територіальної громади зумовлює формування та функціонування громадської інфраструктури громади, до якої можна віднести різні організаційні форми та інститути, спрямовані на задоволення потреб та інтересів членів громади, — громадські об'єднання, засоби масової інформації, органи самоорганізації населення, підприємства, організації, суб'єкти підприємницької діяльності тощо. У зв'язку з цим застосування інтелектуально-комунікативного підходу вимагає розмежування територіальних громад з об'єднаннями громадян, на що в науковій літературі вже зверталася увага³.

¹ Див.: *Наврузов Ю.* Системне визначення поняття категорії «громада». — С. 227.

² Див.: *Білик П. П.* Проблеми дефініції територіальної громади як ознаки правової сутності «регіону» // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. — 2001. — № 1. — С.145.

³ Див.: *Баймуратов М. О.* Функції і повноваження територіальних громад // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — Одеса: Юридична література, 2002. — Т. 1. — С.112-113.

Важливу інституціоналізуючу територіальну громаду роль виконують місцеві інтереси — інтереси територіальної громади. Вони, як зазначає П. П. Білик, не можуть бути ототожненими з інтересами населення території, з інтересами окремих громадян, які проживають у певній місцевості, інтересами особистості і всього населення¹. Інтереси територіальної громади мають колективний характер і не дорівнюють простій сукупності інтересів індивідуальних. Вони отримують такий характер внаслідок спільного мешкання осіб — членів громади на території певного населеного пункту. Місцеві інтереси, зароджуючись у кожній окремій особистості, первісно усвідомлюються як такі, що є спільними з іншими особами і можуть бути реалізованими лише за допомогою колективних дій. При цьому важливими психологічними чинниками формування територіальної громади стають усвідомлення особою важливості і спільності місцевих інтересів, самоідентифікація її як члена цієї спільноти — носія місцевих інтересів, готовність особи в разі необхідності підпорядковувати свої інтереси колективним і розуміння нею того, що в реалізації місцевих інтересів реалізується і її індивідуальний інтерес, здатність своїми активними діями якщо не реалізовувати, то сприяти реалізації місцевих інтересів, розуміння значущості цих дій і готовність нести за це відповідальність.

Місцеві інтереси, зумовлені соціально-економічними, територіальними, історичними та іншими особливостями існування та функціонування територіальних громад, спрямовуються на забезпечення належних умов життєдіяльності і розвитку цих соціальних спільнот. Власне такі інтереси визначаються і гарантуються державою як публічно-правові, відокремлюються від інтересів державних. Сферою їх дії є місцеве господарство, благоустрій населених пунктів, соціальне забезпечення та захист населення, екологічна, протипожежна безпека, забезпечення правопорядку, питання комунальної власності, місцевих бюджетів та фінансів тощо. Проте розмежування цих інтересів з інтересами державними викликає певні труднощі, оскільки будь-яке загальне питання є в той же самий час і місцевим для кожної окремої території, і,

¹ Див.: *Білик П. П.* Проблеми дефініції територіальної громади як ознаки правової сутності «регіону». — С.145.

навпаки, у вирішенні багатьох місцевих питань бере участь загальнодержавний інтерес¹.

Отже, місцеві інтереси, здатність їх опрацювати і реалізувати є тією новою якісною ознакою, яку отримує територіальна громада як цілісна соціальна спільнота і яка не лише інституціоналізує громаду, а й виступає одночасно і її породженням. Дослідити дію місцевих інтересів, розкрити сутнісний аспект поняття територіальної громади як особливої цілісної соціальної спільноти дозволяє інтелектуально-комунікативний підхід. Його застосування надає змогу встановити такі інституціоналізуючі громаду ознаки, як інтелектуально-комунікативна, котра передбачає наявність місцевих інтересів, що є колективними інтересами територіальної громади, та системи різноманітних інтересів, соціальних зв'язків і відносин, яка існує в межах громади, а також історико-культурна ознака, котра пов'язана з наявністю у територіальній громаді певних соціокультурних надбань (історії, звичаїв, традицій, свят тощо), які вшановуються як особлива цінність і відбиваються, зокрема, у символіці територіальних громад.

Територіальний і інтелектуально-комунікативний підходи мають важливе значення для розкриття поняття територіальної громади, але характеризують громаду у її статичі. Функціонально-цільова активність, що є змістовним аспектом поняття громади, може бути дослідженою лише при застосуванні публічно-правового підходу. Він тісно пов'язаний з вже зазначеними підходами. В основі правової, в тому числі й конституційної, інституціоналізації територіальних громад лежить визнання та гарантування місцевих інтересів як публічно-правових, а їх носіїв — територіальних громад — як суб'єктів, здатних до цілеспрямованої діяльності щодо їх реалізації. Місцеві інтереси стають інтеграційним чинником побудови цілісної системи місцевого самоврядування². Так,

¹ Див.: *Кизеветтер А. А.* Местное самоуправление в России. — М.: Типография Императорского Московского Университета, 1910. — С. 146.

² На відміну від загальної системи, яка є утворенням комплексним, ознакою цілісності, вказує М. І. Корнієнко, наділена лише система місцевого самоврядування певного села, селища або міста (Корнієнко М. І. Конституційно-правові основи місцевого самоврядування // Муніципальне право України: Підручник / За ред. Погорілка В. Ф., Фрицького О. Ф. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — С. 89).

дія місцевих інтересів в інституційній підсистемі зумовлює формування та функціонування таких інститутів, які відповідають вимогам ефективного та оптимального їх задоволення, в тому числі й використання тих чи інших форм здійснення місцевого самоврядування. У функціонально-компетенційній підсистемі місцеві інтереси визначають зміст питань місцевого значення, важливість і пріоритетність їх вирішення, а реалізація місцевих інтересів — основні напрямки діяльності суб'єктів місцевого самоврядування. Вони стають основною причиною здійснення більшості юридично значущих дій; як зазначає В. І. Бирлєдяну, за допомогою задоволення або незадоволення місцевих інтересів формується певне емпіричне поле опрацювання загальноприйнятих локальних правил поведінки, спрямованих на вирішення питань місцевого значення¹. Така модель дозволяє, вважає П. П. Білик, трансформувати проблеми муніципального управління з рівня надбудови на базовий рівень. При цьому функції самоврядування виступають не як результат розподілу та децентралізації влади і управління, а як похідна від колективних інтересів територіальних громад². Це є принципово важливим з точки зору побудови нової демократичної державності в Україні — не держава і органи влади ставлять завдання перед людиною, а сама вона висуває певні вимоги до органів влади, її потреби й інтереси стають визначальним чинником їх діяльності.

Застосовування публічно-правового підходу дозволяє встановити місце і роль територіальної громади в системі місцевого самоврядування й організації публічної влади в цілому та вимагає розмежування її з іншими суб'єктами місцевого самоврядування.

Територіальні громади виступають, як зазначає Ю. М. Тодика, самостійним джерелом публічної недержавної (муніципальної) влади, і ця ідея покладена в основу усієї моделі

¹ Див.: *Бирлєдяну В. И.* Публично-правовые интересы населения муниципального образования: Дис...канд. юрид. наук: 12.00.02. — Саратов, 1998. — С. 50–51.

² Див.: *Білик П. П.* Проблеми дефініції територіальної громади як ознаки правової сутності «регіону». — С. 146.

місцевого самоврядування, що реалізується в Україні¹. Публічна влада територіальної громади, обмежуючись територією певного населеного пункту, поширюється на всіх осіб, що перебувають на цій території. Вона спрямовується на вирішення питань місцевого значення і реалізується територіальною громадою безпосередньо, а також через створені нею органи місцевого самоврядування на основі власної самостійної та достатньої матеріально-фінансової бази.

Процесом реалізації належної громаді влади виступає специфічна форма управління, яка має характер самоврядування, тобто такого управління, суб'єкти і об'єкти якого співпадають. Самоврядна діяльність територіальної громади характеризується наявністю та власним змістом таких її елементів, як цілі, завдання, функції, компетенція, форми діяльності. Філософські та загальносоціальні основи теорії управління дають підстави визначити особливість територіальної громади — суб'єкта управління як такого, що, з одного боку, здійснює самодіяльність, саморегулювання та самоорганізацію, а з другого — перебуває у сфері упорядковуючого впливу з боку держави, виступаючи об'єктом зовнішнього стосовно нього управління. Ця особливість втілюється у підзаконному характері діяльності територіальної громади — вона реалізує своє право на здійснення місцевого самоврядування лише в межах Конституції та законів України.

Отже, хоча в сучасних дослідженнях поняття територіальної громади здебільшого панує той підхід, за яким визначення його надається окремо від зазначення особливих ознак правового статусу цього суб'єкта², публічно-правовий підхід надає підстави уявити громаду як первинний колективний суб'єкт місцевого самоврядування, який має право і реальну здатність на самодіяльність шляхом реалізації наданої компетенції щодо самостійного вирішення питань місцевого значення на підставі власної матеріально-фінансової бази,

¹ Див.: *Тодыка Ю. Н.* Основы конституционного строя Украины: Учебное пособие. — Х.: Факт, 1999. — С. 80.

² Підстави для цього надав законодавець, який не увів інституціоналізуючі територіальну громаду ознаки, що впливають з її правового статусу, до визначення громади.

на самоорганізацію за допомогою форм безпосередньої і представницької демократії та на саморегулювання шляхом прийняття локальних нормативно-правових актів у межах Конституції і законів України. Вказаний підхід дозволяє також встановити такі ознаки громади, як, по-перше, функціонально-цільова, що передбачає особливий зміст діяльності територіальної громади і виявляється у її самостійних функціях та компетенції; по-друге, організаційна ознака, яка розкриває самоорганізацію територіальної громади шляхом запровадження організаційної системи — сукупності інститутів і форм здійснення місцевого самоврядування; по-третє, нормативна ознака, що характеризує саморегулювання територіальної громади шляхом прийняття локальних нормативно-правових актів, особливе місце серед яких посідає статут територіальної громади; по-четверте, майнова ознака, що встановлює наявність у територіальної громади матеріально-фінансової основи, яка перебуває у її власності.

Вищепроаналізовані територіальний, інтелектуально-комунікативний та публічно-правовий підходи до визначення поняття «територіальна громада» надали змогу встановити основні інституціоналізуючі і понятійно-утворюючі ознаки територіальної громади — інтеграційну, територіальну, інтелектуально-комунікативну, історико-культурну, функціонально-цільову, організаційну, нормативну та майнову. Кожен з цих підходів має достатні об'єктивні, в тому числі і законодавчі, підстави застосування. Проте взяті окремо вони розкривають лише один з аспектів поняття «територіальна громада». Повне ж розкриття його можливе лише шляхом поєднання їх у єдиному, комплексному підході. Такий підхід був застосований, зокрема, В. І. Кравченком, який визначає територіальну громаду як сукупність громадян, що спільно проживають у міському або сільському поселенні, мають колективні інтереси і визначений законом правовий статус¹. Н. І. Руда характеризує територіальну громаду як визнану законом групу людей, що володіє правом на місцеве самоврядування і виражає свою волю у самостійному розв'язанні

¹ Див.: *Кравченко В.* Місцеві фінанси: Навчальний посібник. — К.: Знання, 1999. — С. 77, 82.

місцевих справ, єдиному зверненні до державних органів і посадових осіб місцевого самоврядування¹.

Найбільш розгорнуте визначення територіальної громади було запропоноване О. В. Батановим: це територіальна спільність, що складається з фізичних осіб — жителів, які постійно проживають, працюють на території села (або добровільного об'єднання в спільну громаду жителів кількох сіл), селища або міста, безпосередньо або через сформовані ними муніципальні структури вирішують питання місцевого значення, мають спільну комунальну власність, володіють на цій території нерухомим майном, сплачують комунальні податки і пов'язані територіально-особистими зв'язками системного характеру². Але слід погодитися з П. М. Любченком у тому, що це визначення не позбавлене деяких дискусійних моментів, зокрема, щодо включення до складу членів територіальної громади поряд з особами, які постійно проживають, також осіб, які працюють на цій території або мають нерухоме майно, або є платниками комунальних податків³.

Отже, вивчення соціально-територіальної сутності та публічно-правової природи територіальної громади дозволяє охарактеризувати її як специфічний первинний колективний суб'єкт місцевого самоврядування, що складається з громадян України, іноземних громадян й осіб без громадянства, об'єднаних фактом постійного проживання на території населеного пункту (села, селища або міста) та спільністю місцевих інтересів, наділений гарантованим державою

¹ Див.: Руда Н. І. Територіальна громада — суб'єкт конституційно-правових відносин: теоретичний та історичний аспекти // Правова держава: щорічник наукових праць Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — К., 2001. — Вип. 12. — С. 236.

² Див.: Батанов О. В. Територіальні громади як первинні суб'єкти місцевого самоврядування в Україні: Проблеми класифікації // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — Одеса: Юридична література, 2002. — Т. 1. — С. 137.

³ Див.: Любченко П. М. Територіальна громада: проблеми регулювання правового статусу // Державне будівництво та місцеве самоврядування: Зб. наук. пр. — Х.: Право, 2002. — Вип. 2. — С. 54.

правом самостійно на підставі власної матеріально-фінансової основи в межах Конституції і законів України вирішувати питання місцевого значення в різних формах реалізації компетенції.

Розглянуті концептуальні підходи визначення поняття територіальної громади можуть бути використані у подальшій науково-дослідницькій роботі, а встановлені за їх допомогою результати — при вдосконаленні законодавчого регулювання правового статусу територіальних громад та в навчально-методичній роботі.

І. В. Жилінкова, доктор юридичних наук, професор, завідувач сектору Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України

Транскордонне співробітництво суб'єктів місцевого самоврядування

У Конституції України вперше на конституційному рівні проголошено, що в Україні визнається і гарантується місцеве самоврядування (ст. 7)¹. Сприйняття місцевого самоврядування як невід'ємного елемента народовладдя та демократії тільки формується в нашій свідомості, хоча в деяких країнах Західної Європи історія розвитку місцевого самоврядування нараховує століття. Незважаючи на такий контраст історичного досвіду, Україна робить необхідні кроки щодо створення власних демократичних традицій і розбудови інститутів місцевого самоврядування. У цьому розумінні важливого значення набувають міжнародні стандарти місцевого самоврядування, відповідність законодавства України міжнародно-правовим нормам, які регламентують процес його функціонування.

Міжнародні стандарти стосуються різних аспектів місцевого самоврядування, визначаючи загальні принципи, функції та завдання самоврядної діяльності. При цьому вони можуть стосуватися не лише внутрішніх, але і міждержавних ас-

пектів, бо процеси міжнародної інтеграції поміж іншого знаходять свій прояв у відносинах, які виникають на рівні суб'єктів місцевого самоврядування. У цьому аспекті важливе значення мають стандарти, які стосуються взаємодії та співробітництва суб'єктів місцевого самоврядування сусідніх країн. Після розпаду СРСР значна частина кордону України перестала мати внутрішній, умовний характер і набула статусу кордону з іншими державами. Україна також має традиційні зв'язки з іншими державами, з якими вона пов'язана спільним кордоном. Завдяки тому, що зовнішній кордон України є найдовшим серед європейських країн, а більшість її областей (19 з 25) є прикордонними, вона становить значний інтерес та має потенційні можливості для розвитку прикордонного та транскордонного співробітництва. У відносинах з сусідніми державами знаходять свій прояв загальні принципи зовнішньополітичної діяльності України, які, зокрема, полягають у підтриманні мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства (ст. 18 Конституції України).

Співробітництво сусідніх держав може здійснюватися на різних рівнях, в тому числі і на рівні суб'єктів місцевого самоврядування. Важливе значення в цьому розумінні має той факт, що Україна приєдналася¹ до Європейської рамкової конвенції про основні принципи транскордонного співробітництва між територіальними общинами або органами влади 1980 р. (Мадрид, 21 травня 1980 р.). Як зазначалося в літературі, приєднання України на запрошення Ради Міністрів Ради Європи ще до її вступу до Ради Європи стало не лише визнанням потенційних можливостей України як держави, яка бажає брати участь у європейських інтеграційних процесах, але і як спосіб формування та розширення компетенції органів місцевого самоврядування шляхом сприйняття між-

© Жилінкова І. В., 2004

¹ Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

¹ Постанова Верховної Ради України від 14 липня 1993 р. «Про приєднання України до Європейської конвенції про основні принципи транскордонного співробітництва між територіальними общинами або органами влади 1980 р.» // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 36. – Ст. 370.

народних норм¹. Це дійсно так, бо політика держави, що бере на себе зобов'язання дотримуватися міжнародних стандартів у сфері місцевого самоврядування, сприймається європейською та світовою спільнотою як відкрита та зрозуміла.

Європейська рамкова конвенція про основні принципи транскордонного співробітництва між територіальними громадами або органами влади складається із преамбули та дванадцяти статей, в яких закріплюються основні обов'язки держав щодо сприяння співробітництву суб'єктів місцевого самоврядування. Передусім Конвенція (п. 1 ст. 2) визначає транскордонне співробітництво як будь-які спільні дії, спрямовані на посилення та поглиблення добросусідських відносин між територіальними громадами або властями, які знаходяться під юрисдикцією двох або кількох Договірних Сторін, та на укладення з цією метою будь-яких необхідних угод або досягнення домовленостей.

Саме на розвиток транскордонного співробітництва мають бути спрямовані дії України як держави, яка приєдналася до Конвенції. Загальна спрямованість та конкретні кроки, які мають бути зроблені в цьому напрямку, окреслені у Конвенції таким чином.

По-перше, держава повинна підтримувати та заохочувати транскордонне співробітництво між територіальними громадами або властями. Для цього вона має підтримувати будь-які ініціативи територіальних громад і властей, що ґрунтуються на розроблених у Раді Європи рамкових домовленостях між територіальними громадами та властями, а також прагнути до усунення юридичних, адміністративних або технічних труднощів, які можуть затримати розвиток та безперешкодне здійснення транскордонного співробітництва.

По-друге, держава зобов'язана витримувати певні вимоги щодо інформаційного забезпечення транскордонного співробітництва. Для цього кожна з держав надає на прохання іншої якнайповнішу інформацію з метою сприяння ос-

¹ Див.: *Баймуратов М. А., Григорьев В. А.* Роль международных стандартов местного самоуправления в формировании компетенции публичной самоуправленческой (муниципальной) власти. — Одесса: Фенікс, 2003. — С. 12.

танній у виконанні її зобов'язань; піклується про те, щоб зацікавлені територіальні громади або власті були інформовані про засоби діяльності, які їм надаються згідно з Конвенцією, а також надає Генеральному секретарю Ради Європи всю відповідну інформацію щодо угод та домовленостей, які були укладені в рамках транскордонного співробітництва.

По-третє, держава зобов'язана здійснювати певні організаційні заходи, спрямовані на реалізацію транскордонного співробітництва між територіальними громадами або властями. Для цього держава може визначити органи, які за її внутрішнім законодавством мають право здійснювати контроль або нагляд щодо відповідних громад і властей, а також розглянути питання про доцільність надання територіальним громадам або властям, які беруть участь у транскордонному співробітництві, такого самого режиму, який їм надається у співробітництві на національному рівні.

По-четверте, держава зобов'язана сприяти укладанню угод та досягненню домовленостей між територіальними громадами або властями. Домовленості та угоди можуть ґрунтуватися на типових і рамкових угодах, статутах та договорах, які наводяться в Додатку до Конвенції. Додаток містить диференційовану систему типових угод. Така диференціація зроблена з метою розрізнення двох головних типів угод залежно від їх рівня. До першого рівня належать типові міждержавні угоди, укладення яких належить виключно до компетенції держави. До другого — рамкові угоди, статuti та договори між місцевими властями, спрямовані на безпосередню реалізацію транскордонного співробітництва суб'єктів місцевого самоврядування.

Міждержавні угоди (перший рівень угод) спрямовані на точне визначення контексту, форм та меж, у яких територіальні власті можуть здійснювати свою діяльність, а також на усунення юридичних розбіжностей, що можуть створити проблеми при її здійсненні. До таких угод, зокрема, належать: 1) типова міждержавна угода про розвиток транскордонного співробітництва; 2) типова міждержавна угода про транскордонні регіональні консультації; 3) типова міждержавна угода про транскордонні місцеві консультації; 4) типова міждержавна

угода про транскордонне співробітництво на договірній основі між місцевими властями; 5) типова міждержавна угода про органи транскордонного співробітництва між місцевими властями. Держави, зацікавлені в підтримці транскордонного співробітництва суб'єктів місцевого самоврядування, можуть укласти одну, кілька або навіть усі із вказаних типових міждержавних угод, можуть робити це одночасно або поступово. Держави інформують регіональні та місцеві власті про визначену для них сферу діяльності і надають їм відповідну допомогу у здійсненні заходів щодо транскордонного співробітництва.

З урахуванням цього суб'єкти місцевого самоврядування здійснюють власні дії, спрямовані на розвиток транскордонного співробітництва. Для цього вони можуть укладати відповідні рамкові угоди, устами та договори (угоди другого рівня). Додаток до Конвенції містить шість рамкових угод, договорів та статутів, які відповідають різним рівням і формам транскордонного місцевого співробітництва. До них належать: 1) рамкова угода про створення консультативної групи між місцевими властями; 2) рамкова угода про координацію управління транскордонними місцевими державними справами; 3) рамкова угода про створення транскордонних асоціацій на основі приватного права; 4) рамковий договір про поставки товарів або надання послуг місцевими властями прикордонних районів (типу «приватне право»); 5) рамковий договір про поставки товарів або надання послуг між місцевими властями прикордонних районів (типу «публічне право»); 6) рамкова угода про створення органів транскордонного співробітництва між місцевими властями.

Таким чином, відповідно до Конвенції, транскордонне співробітництво має дві взаємопов'язані складові: по-перше, це дії держави, спрямовані на підтримку, заохочення та забезпечення спілкування прикордонних територій, та, по-друге, дії самих суб'єктів місцевого самоврядування, жителів прикордонних територій, які безпосередньо підтримують та розвивають транскордонні економічні, соціальні та культурні зв'язки. Кожна складова має власне законодавче забезпечення, яке дозволяє надати транскордонному співробітництву чіткі, взаємовизначені форми.

З метою розвитку законодавчої бази транскордонного співробітництва Кабінетом Міністрів України 29 квітня 2002 р. було прийнято постанову № 587 «Деякі питання розвитку транскордонного співробітництва та євrorегіонів», в якій, зокрема, зазначено, що однією з форм транскордонного співробітництва адміністративно-територіальних одиниць сусідніх держав відповідно до двосторонніх та (або) багатосторонніх угод для розв'язання спільних проблем або вирішення тотожних завдань за узгодженими механізмами є створення євrorегіонів. У постанові Кабінету Міністрів України зазначається, що за період з 1993 р. вже створено євrorегіони «Буг», «Нижній Дунай», «Верхній Прут», Карпатський євrorегіон. До функціонування цих євrorегіонів з української сторони залучені Волинська, Чернівецька, Закарпатська, Одеська, Івано-Франківська та Львівська області. Від прикордонних іноземних держав участь у створенні цих євrorегіонів брали адміністративно-територіальні одиниці Польщі, Білорусі, Румунії, Словаччини, Угорщини, Молдови, Австрії, Німеччини та Франції. Основними напрямками співробітництва створених євrorегіонів є поєднання зусиль в економічній сфері, розбудові соціальної, інформаційної та виробничої інфраструктури, будівництві та модернізації інфраструктури кордону, розвитку транспортної мережі, науковій та культурній співпраці, охороні навколишнього природного середовища, обміні досвідом між відповідними органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, взаємній допомозі в ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій, боротьбі зі злочинністю і нелегальною міграцією тощо. Постановою Кабінету Міністрів України затверджена Програма розвитку євrorегіонів, яка передбачає розв'язання соціально-економічних, екологічних, транспортно-комунікаційних та інших проблем розвитку прикордонних регіонів на майбутнє.

Необхідність впровадження прикордонних та транскордонних відносин суб'єктів місцевого самоврядування сьогодні є очевидною. На цей аспект діяльності територіальних громад було звернуто увагу і під час VIII Всеукраїнських муніципальних слухань, які відбулися в м. Судак (Автономна Республіка Крим, 29 липня — 2 серпня 2002 р.). У Резолюції

«Ресурси місцевого і регіонального розвитку: національний та міжнародний аспекти», яка була прийнята за підсумками роботи, було, зокрема, зазначено, що міжнародний аспект ресурсного забезпечення місцевого та регіонального розвитку передбачає: розвиток міжрегіонального, прикордонного та транскордонного співробітництва; вдосконалення інституційних компонентів ресурсного забезпечення через ефективно діючу мережу агентств регіонального розвитку, підтримку діяльності недержавних організацій, налагодження координації зусиль вітчизняних, зарубіжних та міжнародних організацій у розв'язанні проблем ресурсного забезпечення; створення необхідних правових умов, адаптованих до законодавства Європейського Союзу, для міжнародної кооперації у сфері ресурсного забезпечення місцевого та регіонального розвитку¹.

Треба зазначити, що в рамках законодавчого забезпечення процесу співробітництва сусідніх регіонів в Україні розроблено проект відповідного закону², який має визначити правові, економічні та організаційні засади співробітництва, внормувати спільні дії, спрямовані на поглиблення економічних, соціальних, науково-технічних, культурних та інших відносин між територіальними громадами та місцевими органами виконавчої влади України і територіальними громадами та відповідними органами влади сусідніх держав. Державна політика у сфері транскордонного співробітництва базується на принципі забезпечення рівних можливостей для регіонів України щодо співпраці в рамках транскордонного співробітництва. Відповідно до законопроекту таке співробітництво здійснюється територіальними громадами та місцевими органами виконавчої влади України (суб'єкти транскордонного співробітництва) у межах компетенції, визначеної національним законодавством. При цьому держава бере на себе підтримку розвитку такого співробітництва шляхом

¹ Див.: Ресурси місцевого і регіонального розвитку: національний та міжнародний аспекти // Аспекти самоврядування. Часопис українсько-американської програми «Партнерство громад». — 2002. — № 3 (15). — С. 4.

² Див.: www.rada.gov.ua.

здійснення певних дій і прийняття відповідних рішень організаційного, правового, фінансового характеру органами державної влади України, спрямованих на реалізацію проектів (програм) транскордонного співробітництва.

Для України як країни, яка знаходиться у центрі Європи і намагається стати реальним учасником європейського інтеграційного процесу, дотримання міжнародних стандартів у питаннях розбудови місцевого самоврядування має велике значення. У свою чергу саме транскордонне співробітництво суб'єктів місцевого самоврядування, якщо воно здійснюватиметься відповідно до міжнародних стандартів, здатно надати процесу інтеграції України у європейське товариство суто людської привабливості. Це пов'язано з тим, що люди, які проживають на сусідніх територіях, незважаючи на їх належність до різних держав, мають багато питань, які вони можуть ефективно вирішувати спільно. Україна, яка підтримує та заохочує процес транскордонного співробітництва суб'єктів місцевого самоврядування і діє при цьому відповідно до міжнародних стандартів, норм та правил, робитиме свій внесок у зміцнення солідарності, що об'єднує народи Європи. Саме з цією метою і створювалася Європейська рамкової Конвенція про транскордонне співробітництво між територіальними громадами або властями.

М. М. Страхов, член-кореспондент АПрН України, провідний науковий співробітник Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України

Місцеве селянське самоврядування в Україні за реформою 1861 р.

Сьогодні, коли в Україні розгорнувся процес становлення організаційно-правових основ місцевого самоврядування як особливої системи публічної влади, корисно звернутися до історичного досвіду подібних інститутів. У зв'язку з цим доцільно розглянути основні принципи побудови і діяльності місцевого селянського самоврядування, яке було створено за реформою 1861 р., визначити його як позитивні риси, так і недоліки.

В історичному минулому в Російській імперії після селянської реформи 1861 р. відбулися серйозні зміни в управлінні селянством. Це, природно, мало пряме відношення і до України. У цій статті й досліджуються особливості місцевого селянського самоврядування в українських губерніях у другій половині XIX ст.

Після скасування кріпосного права, а разом з тим і влади поміщиків над селянством у царській Росії було створено ряд установ, які здійснювали управління селянами. Такими установами, за Маніфестом від 19 лютого 1861 р., були: сільські та волосні правління, волосні суди, мирові посередники, по-

© Страхов М. М., 2004

вітові з'їзди мирових посередників, губернські по селянським справам присутствія, земський відділ міністерства внутрішніх справ і головний комітет для влаштування селянського побуту¹.

Найбільший інтерес серед цих установ становить система так званого селянського громадського управління у вигляді сільського управління на чолі з сільським старостою та волосного управління на чолі з волосним старшиною, яку відразу ж намагалися представити як зразок місцевого селянського самоврядування.

Уведенню селянського громадського управління уряд надавав особливого значення. Його заснування покладалося на міністерство внутрішніх справ, яке вимагало від губернаторів негайно розпочати оформлення сільських громад, здійснити їх розподіл по волостях і створити сільські та волосні установи.

Уряд поспішав з організацією сільського і волосного управління, рекомендуючи завершити цю роботу протягом шести місяців. Однак на цей час волосні правління в багатьох місцях, в тому числі і в Україні, ще не були створені. Так, у Волинській губернії їх не було ще й на кінець листопада. Аналогічне становище було в Чернігівській та Полтавській губерніях. Швидше цей процес відбувався в Катеринославській губернії та Київській, де на початок листопада було вже 125 волостей. Пояснювалось це протестами селян, їх відмовою від виборів службовців сільського і волосного правління, боротьбою проти запровадження такого управління, яке опинялось у повній залежності від мирових посередників та місцевої адміністрації і виконувало їх волю. Подібні виступи відбувалися в багатьох губерніях України: Подільській, Полтавській, Харківській, Чернігівській, Катеринославській. Не випадково, що міністерство внутрішніх справ прохало губернаторів повідомляти «про найважливіші події при заснуванні селянського громадського управління... і особливо про те, який вплив справлятимуть ці установи на виконання селянами їх обов'язків»².

¹ Див.: Российское законодательство X-XX веков: В 9 т. — М., 1989. — Т. 7. — С. 29–30.

² Бондаревський А. В. Волосне управління та становище селян на Україні після реформи 1861 року. — К., 1961. — С. 31.

Селянське громадське управління мало становий характер і йому підлягали лише селяни, які були відокремлені від усього іншого населення сільської місцевості.

Слід зазначити, що ця система управління взагалі не була новою. Її зміст було запозичено з Установи про управління державним майном у 35 оброчних губерніях від 30 квітня 1838 р., яка була важливим законодавчим актом реформи управління державними селянами за проектом П. Кисельова, проведеної у 1837–1841 рр.¹ 28 грудня 1839 р. проект П. Кисельова було запроваджено на Правобережній Україні. Тут така система існувала до 1866 р., коли державних селян передали у відання загальних губернських і повітових установ і на них було поширене Положення 1861 р. (далі — Положення). За зразком управління, яке існувало у державних селян, тепер після скасування кріпацтва вводилась система селянського громадського управління.

В Україні сільське і волосне правління були створені на основі Загального положення про селян, що вийшли з кріпосної залежності, від 19 лютого 1861 р., другий розділ якого визначав порядок створення, структуру, компетенцію сільських і волосних установ².

Нижчою, або першою, ланкою системи селянського управління було сільське громадське правління, що складалося з сільського сходу і сільського старости.

У сільському сході брали участь усі домогосподарі громади і службові особи сільського правління. Закон надавав право домогосподарю посилати на схід замість себе одного з членів своєї родини. Сільський сход скликався в разі потреби старостою переважно у дні недільні або святкові. У той же час мировий посередник міг наказати старості скликати сход. Таке ж право на період тимчасово зобов'язаного становища селян надавалося й поміщику, якщо він визнавав за потрібне скликати сільський сход.

Загальне положення докладно визначало компетенцію сільського сходу. До його відання належали такі справи: ви-

¹ Див.: Дружинин Н. М. Государственные крестьяне и реформа П. Д. Киселева. — М.-Л., 1946. — Т. I. — С. 519.

² Див.: Российское законодательство X-XX веков. — С. 45–70.

бори службових осіб, призначення обраних на волосний сход, прийняття постанов про висилку з громади так званих «порочних» селян, звільнення з громади її членів та прийняття нових, розкладка державних податків, визначення порядку виконання повинностей, вирішення деяких майнових відносин у селянській родині тощо. Перелік справ, які вирішував сільський сход, був вичерпним і тому, якщо на сході були поставлені питання, не передбачені його компетенцією, його рішення вважалися недійсними, «а особи, які брали участь у їх укладанні або самовільному скликанні сходу, залежно від важливості справи, або зазнавали стягнення за рішенням мирового посередника, або віддавалися до суду»¹. Надалі і без того обмежений круг компетенції сільських сходів все більше звужувався.

Рішення сільських сходів визнавалися законними тільки тоді, коли на них були присутні сільський староста або його заступник і не менш половини усіх селян, що мали право брати участь у роботі сходу. Усі справи вирішувалися або за загальною згодою, або більшістю голосів. У деяких випадках слід було зібрати дві третини голосів. При цьому рішення сходу вимагали обов'язкового затвердження з боку мирового посередника.

Вирішальна роль у сільській громаді належала старості. Його обов'язки були різноманітними. Староста скликав сільський сход і підтримував порядок на ньому, виконував усі рішення сільського сходу, а також розпорядження волосного управління, наглядав за утриманням шляхів, містків та ін., стежив за сплатою селянами податків і виконанням повинностей. Сільський староста виконував усі накази волосного старшини у справах поліцейського відомства: вживав заходів «для охорони порядку і благочинності», затримував бродяг, військових дезертирів, при вчиненні злочину провадив попереднє дізнання і затримував винних та ін. Положення вимагало беззаперечного підкорення сільських старост законним вимогам і розпорядженням поміщиків, мирових посередників тощо.

Сільському старості надавалось право за малозначні провини піддавати винних покаранню: призначати на громадські

¹ Российское законодательство X-XX веков. — С. 48.

роботи строком до двох днів, накладати штраф до одного карбованця або арештовувати на строк до двох днів.

Другою ланкою селянського громадського управління було волосне управління, до складу якого входили волосний сход, волосний старшина з волосним правлінням і волосний селянський суд.

Волосні сходи склалися з службових осіб волосного і сільського правління та з виборних від сільських громад, які обиралися на сільських сходах з розрахунку один представник від десяти дворів.

Волосний сход, який за Положенням мав бути головним розпорядчим органом усього управління, на практиці такої ролі не відігравав. Компетенція волосних сходів обмежувалась невеликим колом питань: вибори службових осіб волосного правління та нагляд за їх діяльністю, розподіл податків та самооподаткування, вибір суддів волосного суду, справа про рекрутську повинність (з 1874 р. — військова повинність), затвердження постанов сільських сходів про висилку «порочних» членів та ін. Таким чином, питання, які мав право розглядати волосний сход були обмежені господарсько-адміністративними справами волості¹. Волосному сходу суворо заборонялось виходити за межі своєї компетенції, в іншому разі застосовувалось покарання — аж до судової відповідальності.

Виконавчим органом волосного сходу було волосне правління, що складалося з волосного старшини, старост усіх сільських громад, які входили до складу волості, і збирача податків.

За Положенням волосне правління повинно було збиратися, якщо це було можливо і зручно, в недільні дні, а в разі потреби — і в інші дні. Волосне правління розв'язувало лише деякі питання: витрати з волосних сум, затверджених волосним сходом, продаж селянського майна за борги поміщику або казні, призначення та звільнення службових осіб, що працювали за наймом. Щодо розв'язання інших питань, то волосний старшина «тільки радиться з правлінням, але розпоряджається на свій розсуд, під свою особисту відповідальність»².

¹ Див.: История Украинской ССР: В 10 т. — К., 1983. — Т. 4. — С. 254.

² Российское законодательство X-XX веков. — С. 56.

Таким чином, волосне правління являло собою наче колегію, яка діяла не постійно, а скликалась тільки у визначені дні для розв'язання певного кола питань, де вирішальна роль належала волосному старшині¹.

Головним завданням волосного старшини була «охорона загального порядку, спокою і благочинності у волості», тобто виконання поліцейських функцій. Відповідно до цього Положення спочатку перелічує обов'язки волосного старшини у справах поліцейських (оголошувати за наказом земської поліції закони і розпорядження уряду, охороняти благочинність в громадських місцях і безпеку осіб та майна від злочинних дій, затримувати бродяг та утікачів, стежити за точним виконанням правил про приписку та звільнення селян, запобігати злочинам і провинам та ін.), а вже потім дає перелік обов'язків у справах громадських (скликати волосний сход, виконувати його рішення, контролювати виконання державних і земських повинностей, стежити за роботою шкіл, лікарень, що утримуються на волосні кошти, тощо). При цьому волосний старшина був зобов'язаний виконувати беззаперечно «усі законні вимоги мирового посередника, судового слідчого, земської поліції і всіх установлених властей»².

Для ведення діловодства волосного правління волосний сход обирав або призначав волосного писаря. Щоправда, здебільшого писарів призначали мирові посередники та земські начальники.

Майже все, що стосувалось функцій волосного правління, зокрема, складання різних поліцейських протоколів, проведення виборів і перевірка діяльності сільських службових осіб, обстеження торговельних підприємств, оцінка, опис майна та будівель, а також безпосереднє вирішення поточних справ, вимагало присутності і участі писаря. Якщо зважити на те, що старшини в переважній більшості були малописьменні, а нерідко і зовсім неписьменні, то стане зрозумілим, що писар при його володінні канцелярською технікою перетворювався з непомітного чиновника на одну з головних фігур волосного правління.

¹ Див.: Бондаревський А. В. Волосне управління та становище селян на Україні після реформи 1861 року. — С. 53.

² Российское законодательство X-XX веков. — С. 55.

Таким чином, «замість колегіального царський уряд створив волосне правління з єдиноначальником — волосним старшиною — та канцелярією, якою видав волосний писар. Таке об'єднання волосного старшини і писаря вважалося волосним правлінням»¹. У дійсності вони і вирішували всі поточні справи, виконуючи численні вимоги і доручення урядових установ та чиновників царської Росії.

До складу волосного правління як його невід'ємна частина входив волосний суд. Становий характер суду підкреслювався тим, що його юрисдикція поширювалась тільки на селянське населення тієї або іншої волості².

За Положенням волосний суд не був постійно діючою установою і для розв'язання справ мав засідати «по можливості в неділю через кожні два тижні, а в разі необхідності — за скликанням волосного старшини в інші дні і частіше». До складу суду щороку на волосному сході обиралося від чотирьох до дванадцяти суддів. У засіданні суду мали брати участь не менше трьох суддів. Головою волосного суду призначався один із суддів за пропозицією мирового посередника. Обов'язки секретаря покладалися на волосного писаря, який записував рішення суду до спеціальних книг.

Волосний суд розглядав цивільні справи «у спорах і позовах селян», які не перевищували ста карбованців, вирішував справи про надільну землю.

Розглядав волосний суд і кримінальні справи про незначні провини селян. Суду надавалось право стягати з селян штраф у розмірі до трьох карбованців, ув'язнювати їх у волосну в'язницю до семи днів, віддавати на «громадські» роботи до шести днів, а також у певних випадках піддавати тілесному покаранню до 20 ударів різками. Усі вироки волосних судів згідно з Положенням були остаточними і не підлягали оскарженню. Однак указ від 14 лютого 1866 р. «Про порядок скасування рішень волосних судів» передбачав можливість скасування рішень волосних судів волосним мировим з'їздом³.

¹ Бондаревський А. В. Волосне управління та становище селян на Україні після реформи 1861 року. — С. 53.

² Див.: История Украинской ССР. — С. 304.

³ Див.: Российское законодательство X-XX веков. — С. 95.

Справа у волосному суді розпочиналась не інакше як за скаргою позивача. Своє рішення суд приймав переважно на підставі місцевих звичаїв, які були прийняті у селянському побуті, і на підставі законів, що стосувалися лише селян. За Положенням волосний суд мав бути незалежним. Волосний старшина як представник виконавчої влади у волості не повинен був втручатися в судочинство. Волосні старшини і сільські старости не мали навіть права бути присутніми на суді. Проте в дійсності волосні старшини, безумовно, впливали на волосний суд. Скликання суду, призначення справ до розгляду, виклик позивачів, свідків — усе це залежало від волосного старшини. На рішення волосних судів ще більше, ніж старшини і писарі, впливали мирові посередники і земські начальники, які призначали писарів і нерідко давали їм вказівки, як треба вирішувати ту або іншу справу¹.

Система селянського громадського управління не залишалася незмінною. Поступово вона втрачала навіть ті незначні елементи самоврядування, які були їй властиві на момент уведення. Так, реформа селянських установ 1874 р. підпорядкувала волосні правління адміністративному нагляду поліцейського управління. Волосні правління по суті перетворилися на установи, якими керували волосні писарі під наглядом поліції. Ще більш жорсткий нагляд за селянським управлінням було введено в 1889 р. після запровадження інституту земських дільничних начальників і скасування повітових у селянських справах присутствій. І тільки на Правобережній Україні і надалі залишались мирові посередники. Відмова від деяких демократичних основ у селянському управлінні була викликана контрреформами кінця XIX ст.

На земських начальників, зокрема, покладался «нагляд за всіма установленнями селянського громадського управління» і в першу чергу за діями волосних старшин і сільських старост. Земським начальникам належало право усувати з посади неблагонадійних волосних і сільських писарів, скасовувати вироки волосного або сільського сходу та ін.²

¹ Див.: Бондаревський А. В. Волосне управління та становище селян на Україні після реформи 1861 року. — С. 65.

² Див.: Хрестоматія з історії держави і права України: У 2 т. — К., 2000. — Т. 1. — С. 286—287.

Зазнав змін і волосний суд. За законом від 15 червня 1912 р. волосні суди з відання міністерства внутрішніх справ передавалися у відання міністерства юстиції. Запроваджувалися нові апеляційні і касаційні інстанції. Волосним суддям встановлювалась платня залежно від розряду суду. Утримувалися суди за рахунок держави. Цей закон перетворив волосні суди на ланку загальних судових установ, а виборних суддів — в урядових чиновників¹.

Розглянутий матеріал надає можливість зробити деякі висновки щодо сутності та характеру органів селянського громадського управління. Дворянські і ліберально-буржуазні дослідники кінця ХІХ — початку ХХ ст. не мали сумніву в тому, що реформа 1861 р. увела селянське «самоуправління», створила «самоврядні громадські одиниці». Такої думки дотримуються і сучасні науковці, які характеризують систему селянського громадського управління як «селянське самоврядування»² або різновид «місцевого самоврядування»³. Але, як свідчать факти, це «самоврядування» було досить умовним і тому слід визнати наявність у цій системі селянського управління лише окремих елементів самоврядування.

¹ Див.: *Бондаревський А. В.* Волосне управління та становище селян на Україні після реформи 1861 року. — С. 70.

² Див.: *Історія держави і права України: У 2 т. — К., 2000. — Т. І. — С. 440; Кульчицький В. С., Настюк М. І., Тищик Б. Й.* Історія держави і права України. — Львів: 1996. — С. 128; *Історія України: Курс лекцій у двох книгах. — К., 1991. — Кн. І. — С. 443.*

³ Див.: *История государства и права Украинской ССР: В 3 т. — К., 1987. — Т. І. — С. 222.*

В. І. Борисова, доцент, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України

Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права

До учасників цивільних правовідносин ст. 2 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) відносить юридичних осіб. Що ж являє собою юридична особа приватного права? З'ясування цієї проблеми є однією з найскладніших у теоретичній юриспруденції. Хоча існує багато теорій, за допомогою яких правознавці намагалися дати відповідь на запитання, що ж становить сутність юридичної особи¹, виявити її суттєві оз-

© Борисова В. І., 2004

¹ Див.: *Герваген Л. Л.* Развитие учения о юридическом лице. — СПб., 1888; *Ельяшевич Б.* Юридическое лицо. Его происхождение и функции в римском частном праве. — СПб., 1910; *Братусь С. Н.* Юридические лица в советском гражданском праве. — М.: Юриздат Минюста СССР, 1947; *Грибанов В. П.* Юридические лица. — М., 1961; *Хохлов Е. Б., Бородин В. В.* Понятие юридического лица: история и современная трактовка // Государство и право. — 1993. — № 9. — С. 152–159; *Суханов Е. А.* Юридические лица как участники гражданских правоотношений // Гражданское право: Учебник: В 2 т. / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — М.: БЕК, 1998. — Т. 1; *Суворов Н. С.* Об юридических лицах по римскому праву. — М.: Статут, 2000; *Борисова В. І.* Теорії юридичної особи: історія та сучасність // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 4. — С. 117–130.

наки¹, слід констатувати, що повною мірою їм цього не вдалося. Пояснення цьому лежить на поверхні і пов'язано з тим, що юридична особа залежно від тієї соціально-економічної формації, в якій вона функціонує, постійно трансформується, змінюючи свої основні функції. Свого часу на це звертав увагу А. Камінка, наголошуючи, що правовий інститут незалежно від того, якого б розквіту він не досяг у певний історичний момент, є лише однією із фаз у процесі послідовного розвитку відносин, що охоплюються ним, результатом попереднього розвитку, який несе в собі зародок розвитку майбутніх видозмін².

Інститут юридичної особи з самого початку ґрунтувався на самостійності цього об'єднання і неможливості його зведення до простої сукупності учасників і вкладеного ними майна³. Якщо брати майнову сферу, то юридична особа з'явилась як форма задоволення суспільних потреб у механізмі централізації капіталу, який був потрібним для реалізації певних господарських проектів. У нематеріальній сфері поява юридичної особи пов'язувалась зовсім з іншою метою — із захистом інтересів окремих прошарків і верств населення. Виходячи з того, що юридична особа передусім виконувала функцію централізації капіталу, правники при її характеристиці ставили на перше місце ознаку організаційної єдності юридичної особи, що сьогодні знайшло своє підтвердження в доктрині цивільного права України.

Між тим категоріальний склад теорії права не може бути незмінним, таким, що раз і назавжди даний. Він не тільки все глибше відображує діалектику свого предмета, але й сам змінюється на цій підставі: до нього включаються нові правові категорії, змінюється зміст раніше сформульованих понять, виключаються, відпадають поняття, які себе вичерпа-

¹ Див.: *Вильнянський С. І.* Лекції по советскому гражданскому праву. — Х.: Изд-во Харьковського державного університету ім. М. Горького, 1958.

² Див.: *Камінка А. І.* Акционерные компании. Юридическое исследование. — СПб., 1902. — Т. 1.

³ Див.: *Асосков А. В.* Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. — М.: Статут, 2003. — С. 318.

ли¹. Теоретики права вирізняють кілька варіантів таких змін: формування нових правових категорій; уточнення, поглиблення і розвиток існуючих категорій; від'єднання від теорії права категорій, що не відповідають її логічному рівню; виключення застарілих категорій, що себе вичерпали². Така категорія як юридична особа постійно трансформується. Можна вказати тільки на один з етапів цього процесу — зміну підходу до суб'єктного складу засновників як до якісного його складу, коли спостерігається надання можливості юридичним особам поруч з фізичними виступати засновниками інших юридичних осіб, так і до кількісного складу, коли визнається існування юридичних осіб, що засновуються однією особою. А звідси можна дійти висновку, що трансформація юридичної особи тягне за собою зовсім іншу розстановку акцентів і у функціях, і в ознаках, що притаманні їй у сучасних умовах.

Таким чином, можна дійти висновку, що юридична особа як учасник цивільних правовідносин «живе» за певними законами, постійно удосконалюючись у зв'язку із зміною соціально-економічних формацій. Це певною мірою відбивається і на тих організаційно-правових формах, в яких вона може функціонувати в сучасних умовах.

Організаційно-правова форма юридичної особи — певний тип організації, в якій повинна створюватися і діяти юридична особа того або іншого виду³. ЦК України встановлює організаційно-правові форми тільки для такого виду юридичних осіб, як юридичні особи приватного права (ч. 3 ст. 81), які можуть створюватися у формі товариств, установ та в інших формах, встановлених законом (ст. 83).

Між тим кожна з організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права може мати свої види, особливості правового статусу, які теж встановлюються, як правило, зако-

¹ Див.: *Васильев А. М.* Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категории теории права. — М.: Юрид. лит., 1976. — С. 136.

² Див.: Там само. — С. 140.

³ Див.: *Гражданское право Украины*: [Учебник для вузов системы МВД Украины]: В 2-х частях / А. А. Пушкин, В. М. Самойленко, Р. Б. Шишка и др. / Под ред. проф. А. А. Пушкина, доц. В. М. Самойленко. — Х.: Университет внутренних дел; «Основа», 1996. — Ч. 1. — С. 137.

ном (ч. 3 ст. 83, ч. 2 ст. 85 ЦК України). При цьому законодавець встановлює, що положення глави 7 ЦК України «Загальні положення про юридичну особу» застосовуються до всіх товариств та установ, якщо інші правила для окремих видів товариств або установ не встановлені законом.

Вид організаційно-правової форми юридичної особи — це тип організації, яка має сукупність конкретних ознак, що об'єктивно відрізняють її від інших юридичних осіб однієї організаційно-правової форми.

Уособлення юридичної особи кожної з вказаних форм знаходить своє відбиття в притаманному тільки цій формі установчому документі, який є юридичною підставою її діяльності. ЦК України встановлює, що установчими документами для товариств, включаючи і підприємницькі, і непідприємницькі, є затверджений учасниками *статут* або *засновницький договір*, укладений учасниками, якщо інше не встановлено спеціальним законом. Зокрема, для таких підприємницьких товариств, як товариства з обмеженою відповідальністю, акціонерні товариства, виробничі кооперативи, а також для непідприємницьких товариств, а саме: благодійних та релігійних організацій, установчим документом є статут, а для повного, командитного товариства та товариства з додатковою відповідальністю — засновницький договір. Якщо командитне товариство створюється одним повним учасником, то установчим документом є одноособова заява (меморандум), яка містить такі самі відомості, що і засновницький договір. Між тим, якщо внаслідок виходу, виключення або вибуття в командитному товаристві залишився один повний учасник, засновницький договір переоформлюється в одноособову заяву, підписану повним учасником.

Установчі документи повинні викладатися письмово і підписуватися всіма учасниками (засновниками) юридичної особи, якщо законом не встановлений інший порядок їх затвердження. Вони являють собою комплект документів встановленої законом форми, згідно з яким досягається зовнішнє відокремлення юридичної особи від інших суб'єктів права за допомогою визначення найменування, місця знаходження, органів управління, мети діяльності тощо.

Стаття 88 ЦК України імперативно встановлює ті вимоги, яким повинні відповідати установчі документи, виходячи з того, що вони мають різну правову природу. Статут, на відміну від засновницького договору, не укладається між засновниками, а затверджується ними. Але статут так само, як і засновницький договір визначає правове положення юридичної особи і регулює відносини між засновниками і юридичною особою, хоча і набуває юридичної сили лише з моменту реєстрації останньої.

Статут — це особливий локальний нормативний акт, положення якого обов'язкові не лише для самої юридичної особи, а й для її контрагентів. Зміст статуту повинен відповідати вимогам закону, а саме: містити такі дані, як найменування юридичної особи, її місцезнаходження, адресу, органи управління, їхню компетенцію, порядок прийняття ними рішень, порядок вступу до товариства та виходу з нього, хоча додаткові вимоги до статуту можуть встановлюватися і самим Цивільним кодексом, і спеціальним законодавством. Так, відповідно до ст. 154 ЦК України статут акціонерного товариства має містити відомості також і про: розмір статутного капіталу; умови про категорії акцій, що випускаються товариством, та їхню номінальну вартість і кількість; права акціонерів тощо.

Засновницький договір — це цивільно-правовий договір, як правило, багатосторонній, правовою метою якого є створення нового учасника цивільного обороту — юридичної особи — і який регулює відносини між засновниками в процесі створення і діяльності юридичної особи.

Засновницький договір є обов'язковим не лише для засновників (учасників), а й самої юридичної особи, на підставі якого вона діє. У цьому договорі визначаються зобов'язання учасників створити товариство, порядок їх спільної діяльності щодо цього, умови передання товариству майна учасників тощо. Між тим і Цивільний кодекс, і спеціальне законодавство може встановити також додаткові вимоги. Так, відповідно до ст. 120 ЦК України засновницький договір повинен також містити відомості про: розмір та склад складеного капіталу товариства; розмір та порядок зміни часток кожного з учасників у складеному капіталі; розмір, склад та строки вне-

сення ними вкладів. При цьому слід розрізняти засновницький договір, договір про заснування товариства з обмеженою відповідальністю (ст. 142 ЦК України) та договір про створення акціонерного товариства (ч. 2 ст. 153 ЦК України). Договір про заснування та договір про створення укладаються тільки у тому разі, коли вказані підприємницькі товариства створюються кількома особами. Вони не належать до установчих документів, а тому подання їх при здійсненні державної реєстрації не є обов'язковим. Вказані договори теж є цивільно-правовими, але, на відміну від засновницького договору, мають зовсім іншу мету — визначення взаємовідносин, що виникають та тривають між засновниками до моменту державної реєстрації нового учасника цивільних правовідносин — товариства з обмеженою відповідальністю або акціонерного товариства. За своєю правовою природою вони є договорами про спільну діяльність, але мета їх зовсім інша — організувати засновників на створення юридичної особи.

Розглянемо таку організаційно-правову форму, як товариство. Відповідно до ч. 2 ст. 83 ЦК України *товариство* — це організація, створена шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі в цьому товаристві. Вважаємо, що це визначення не враховує того, що такий вид товариства, як господарське товариство — це організація, що створюється не лише об'єднанням осіб, але й об'єднанням майна або, якщо йдеться про товариство однієї особи — виключно виділенням майна.

Товариства поділяються на підприємницькі і непідприємницькі. Підприємницькі товариства — це юридичні особи, які створюються виключно як господарські товариства або виробничі кооперативи і здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та наступного його розподілу між учасниками (ст. 84 ЦК України). Непідприємницькі товариства — це товариства, які не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками (ч. 1 ст. 85 ЦК України).

Господарське товариство — юридична особа, статутний (складений) капітал якої поділений на частки між учасниками. Господарське товариство — це родове поняття, яке об'єднує п'ять самостійних видів товариства: повне товариство,

командитне, товариство з обмеженою відповідальністю, товариство з додатковою відповідальністю, акціонерне товариство, для яких загальною ознакою є наявність статутного (складеного) капіталу, поділеного на частки між учасниками. Учасником господарського товариства можуть бути фізичні або юридичні особи. Обмеження щодо участі в господарських товариствах може бути встановлено законом.

Між тим кожне з видів господарського товариства має свої особливі ознаки. *Повне товариство* — товариство, учасники якого відповідно до засновницького договору здійснюють підприємницьку діяльність від імені товариства і солідарно несуть додаткову (субсидіарну) відповідальність за його зобов'язаннями усім майном, що їм належить, на яке може бути звернено стягнення. Ця додаткова відповідальність виникає тоді, коли в повного товариства недостатньо майна для задоволення вимог кредиторів. Причому учасник відповідає за боргами товариства незалежно від того, виникли ці борги до або після його вступу в товариство, до моменту свого вибуття з товариства. Учасник, який сплатив повністю борги товариства, має право звернутися з регресною вимогою у відповідній частині до інших учасників, які несуть перед ним відповідальність пропорційно своїм часткам у складеному капіталі товариства.

Особа може бути учасником тільки одного повного товариства.

Управління діяльністю повного товариства здійснюється за згодою всіх учасників товариства, хоча засновницьким договором можуть бути передбачені випадки, коли рішення приймається більшістю їх голосів. Кожний учасник має один голос, якщо засновницьким договором не передбачений інший порядок визначення кількості голосів.

Кожний учасник повного товариства має право діяти від імені товариства, якщо засновницьким договором не визначено, що всі учасники ведуть справи спільно або що ведення справ доручено окремим учасникам. У разі спільного ведення учасниками справ товариства для вчинення кожного правочину є необхідною згода всіх учасників товариства. Якщо ведення справ доручено окремим учасникам, інші учасники

можуть вчиняти правочини від імені товариства за наявності у них довіреності, виданої учасниками, яким доручено ведення справ товариства.

Прибуток та збитки товариства розподіляються між його учасниками пропорційно до їхніх часток у складеному капіталі, якщо інше не передбачено засновницьким договором або домовленістю учасників.

Командитне товариство — товариство, в якому разом з учасниками, які здійснюють від імені товариства підприємницьку діяльність і солідарно несуть додаткову (субсидіарну) відповідальність за зобов'язаннями товариства усім своїм майном (повними учасниками), є один або кілька учасників (вкладників), які несуть ризик збитків, пов'язаних з діяльністю товариства, у межах сум зроблених ними вкладів та не беруть участі у діяльності товариства.

Правовий статус повних учасників командитного товариства та їх відповідальність за зобов'язаннями товариства тожні правовому статусу учасників і відповідальності учасників повного товариства.

Особа може бути повним учасником тільки в одному командитному товаристві. Повний учасник командитного товариства не може бути вкладником цього самого товариства і не може бути учасником повного товариства.

Управління діяльністю командитного товариства здійснюється повними учасниками в порядку, встановленому для повного товариства. Вкладники не мають права брати участі в управлінні діяльністю командитного товариства та заперечувати проти дій учасників щодо управління діяльністю товариства. Вони можуть діяти від імені товариства тільки за довіреністю.

Вкладник зобов'язаний зробити вклад до складеного капіталу, що посвідчується свідоцтвом про участь у командитному товаристві, та має певні права, включаючи право на одержання частини прибутку товариства відповідно до його частки у складеному капіталі товариства в порядку, встановленому засновницьким договором (меморандумом); право вимоги першочергового повернення вкладу у разі ліквідації товариства; право на ознайомлення з річними звітами та балансами товариства (ст. 137 ЦК України).

Командитне товариство ліквідується при вибутті усіх вкладників. Однак повні учасники мають право у разі вибуття всіх вкладників перетворити командитне товариство на повне товариство. У частині, яка не торкається правового положення вкладників, командитне товариство є аналогічним повному товариству.

Товариство з обмеженою відповідальністю — це засноване одним або кількома особами товариство, статутний капітал якого поділений на частки, розмір яких встановлюється статутом.

Цивільний кодекс передбачає наявність спеціального закону, який повинен встановити мінімальний розмір статутного капіталу товариства та врегулювати максимальну кількість учасників цього товариства. При перевищенні цієї кількості товариство підлягає перетворенню на акціонерне товариство протягом одного року, а зі спливом цього строку — ліквідації в судовому порядку, якщо кількість його учасників не зменшиться до встановленої межі.

До моменту державної реєстрації товариства його учасники повинні сплатити не менше ніж п'ятдесят відсотків суми своїх вкладів. Частина статутного капіталу, що залишилася несплаченою, підлягає сплаті протягом першого року діяльності товариства.

Учасники товариства не відповідають за зобов'язаннями цього товариства і несуть ризик збитків, пов'язаних з діяльністю товариства, у межах вартості своїх вкладів.

Товариство з обмеженою відповідальністю — це організація з фіксованим складом учасників, тобто частки розподіляються в них серед певного обмеженого кола осіб. Учасник такого товариства має право продати чи іншим чином відступити свою частку (її частину) у статутному капіталі одному або кільком учасникам цього товариства. Відчуження своєї частки (її частини) третім особам допускається, якщо інше не встановлено статутом товариства.

Слід зазначити, що Цивільний кодекс допускає можливість звернення стягнення на частину майна товариства, пропорційну частці учасника товариства у статутному капіталі, за його особистими боргами лише у разі недостатності у нього іншого майна для задоволення вимог кредиторів. Звер-

нення стягнення на всю частку учасника в статутному капіталі товариства припиняє його участь у товаристві.

Товариство з додатковою відповідальністю — це товариство, засноване однією або кількома особами, статутний капітал якого поділений на частки, розмір яких визначений статутом.

Учасники такого товариства солідарно несуть додаткову (субсидіарну) відповідальність за його зобов'язаннями своїм майном у розмірі, який встановлюється статутом товариства і є однаково кратним для всіх учасників до вартості внесеного кожним учасником вкладу.

У разі визнання банкрутом одного з учасників його відповідальність за зобов'язаннями товариства розподіляється між іншими учасниками товариства пропорційно їх часткам у статутному капіталі товариства.

До товариства з додатковою відповідальністю застосовуються положення про товариство з обмеженою відповідальністю, якщо інше не встановлено статутом товариства і законом (ч. 4 ст. 151 ЦК України).

Акціонерне товариство — товариство, статутний капітал якого поділений на визначену кількість акцій однакової номінальної вартості. Специфіка правового статусу акціонерного товариства полягає в тому, що його статутний капітал формується шляхом емісії та продажу акцій фізичним та (або) юридичним особам, причому він не може бути меншим суми, яка встановлюється законом.

Акція — пайовий цінний папір без встановленого строку обігу, який засвідчує частку акціонера у статутному капіталі акціонерного товариства, підтверджує те, що особа є акціонером цього товариства, має право на участь в його управлінні та на одержання частини прибутку у вигляді дивідендів, отримання частини майна товариства у разі його ліквідації.

При заснуванні акціонерного товариства усі його акції мають бути розподілені між засновниками. Відкрита підписка на акції не провадиться до повної сплати статутного капіталу.

Акціонерне товариство самостійно відповідає за своїми зобов'язаннями усім своїм майном. Акціонери не відповідають за зобов'язаннями товариства і несуть ризик збитків, по-

в'язаних з діяльністю товариства, у межах вартості акцій, що їм належать. Акціонери, які не повністю оплатили акції, у випадках, встановлених статутом, відповідають за зобов'язаннями товариства у межах неоплаченої частини вартості належних їм акцій. Між тим особи, що створюють акціонерне товариство, несуть солідарну відповідальність за зобов'язаннями, що виникли до державної реєстрації товариства. Вони укладають між собою договір, який, як вже зазначалося, не є установчим документом товариства і який визначає порядок здійснення ними спільної діяльності щодо створення.

Одним з видів підприємницьких товариств є виробничий кооператив, який являє собою добровільне об'єднання фізичних осіб на засадах членства для ведення спільної господарської та іншої діяльності на засадах їх обов'язкової трудової участі з метою одержання прибутку. Правові, організаційні, економічні та соціальні основи функціонування кооперації в Україні визначаються Законом України від 10 липня 2003 р. «Про кооперацію»¹.

Кооператив створюється його засновниками на добровільних засадах на установчих зборах і діє на підставі статуту. Кількість членів кооперативу не може бути меншою ніж три особи. За напрямками діяльності виробничий кооператив може бути торговельно-закупівельним, транспортним, освітнім, туристичним, медичним тощо.

Виробничий кооператив відрізняється від господарських товариств такими ознаками: це добровільне об'єднання суб'єктів цивільного права — фізичних осіб, які досягли 16-річного віку; діяльність кооперативу базується на засадах членства учасників; майнова відокремленість кооперативу ґрунтується на праві власності на об'єднане його членами майно (вступні, пайові і інші обов'язкові внески); кооператив — єдиний власник цього майна. Член кооперативу не має права розпорядитися кооперативним паєм.

Член виробничого кооперативу зобов'язаний внести до дня державної реєстрації кооперативу не менше десяти відсотків пайового внеску, а частину, що залишилася, — протягом року з дня його державної реєстрації, якщо інший строк не встановлений статутом кооперативу.

¹ Урядовий кур'єр. — 2003. — № 158. — 27 серпня.

Члени виробничого кооперативу несуть субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями кооперативу у розмірах та порядку, встановлених статутом кооперативу і законом. Член виробничого кооперативу має право на вихід із кооперативу з виплатою вартості паю або видачею майна, пропорційного розміру його паю, а також виплат, встановлених статутом кооперативу. Такі ж наслідки передбачаються при виключенні члена виробничого кооперативу. При ліквідації виробничого кооперативу його члени можуть одержати відповідну частку майна, що залишилося після ліквідації кооперативу та задоволення вимог його кредиторів, відповідно до їхньої трудової участі, якщо інший порядок не встановлений статутом кооперативу.

Установчим документом виробничого кооперативу є статут, що затверджується загальними зборами його членів і який повинен мати крім відомостей, котрі містять установчі документи інших підприємницьких товариств, відомості про: розмір пайового внеску члена кооперативу та про їхню відповідальність за порушення зобов'язання щодо внесення пайових внесків; характер і порядок трудової участі його членів у діяльності кооперативу та їхньої відповідальності за порушення зобов'язань щодо особистої трудової участі; порядок розподілу прибутку і збитків кооперативу; розмір і умови субсидіарної відповідальності його членів за зобов'язаннями кооперативу; склад і компетенцію органів управління кооперативу та про порядок ухвалення ними рішень.

Органами управління виробничого кооперативу є загальні збори його членів і виконавчий орган, якщо інше не встановлено законом.

Підбиваючи підсумки вищевикладеному, слід зазначити, що Цивільний кодекс не змінив юридичну форму, в якій можуть створюватися і функціонувати юридичні особи: це організація. Між тим класифікація юридичних осіб суттєво змінилася. Сучасні юридичні особи залежно від порядку їх створення та мети поділяють: на юридичних осіб приватного і публічного права, хоча у цивільних відносинах вони і діють на рівних засадах; на товариства і установи; на підприємницькі і непідприємницькі юридичні особи. При цьо-

му Цивільний кодекс залишає відкритим питання стосовно тих організаційно-правових форм, у яких можуть створюватися юридичні особи приватного права. Закон може запровадити й інші форми. Однак це правило не поширюється на підприємницькі товариства, які можуть створюватися лише як господарські товариства або виробничі кооперативи. До того ж і перелік форм господарських товариств є вичерпним.

Цивільний кодекс змінив підхід до визначення юридичної особи як колективного утворення, передбачивши можливість створення господарських товариств, крім повного і командитного, однією особою. Уособлення юридичної особи кожної з організаційно-правових форм повинно відбитися в певному установчому документі (статут, засновницький договір, акт), який є юридичною підставою її діяльності.

В. М. Ігнатенко, кандидат юридичних наук,
завідувач сектору Інституту державного
будівництва та місцевого самоврядування
АПРН України

Односторонні правомірні дії як підстави виникнення позадоговірних зобов'язань за Цивільним кодексом України

Практика новітньої кодифікації цивільного законодавства України свідчить про широке використання такої правової конструкції, як односторонній правочин. Ще говорячи про проект Цивільного кодексу України, Д. В. Боброва зазначала, що до його беззаперечних переваг слід віднести використання вказаного інструменту і створення за його допомогою нових видів позадоговірних зобов'язань. До них, зокрема, належить публічне обіцяння винагороди без оголошення конкурсу, ведення чужих справ без доручення, запобігання загрози шкоди чужому майну, рятування здоров'я та життя іншої особи. Крім того, удосконалено регулювання відносин, що виникають внаслідок публічного обіцяння винагороди через конкурс¹. Слід погодитись також з тезою, що розширен-

© Ігнатенко В. М., 2004

¹ Див.: Боброва Д. В. Недоговірні зобов'язання у проекті Цивільного кодексу України // Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. – К.: Український центр правничих студій, 2000. – С. 260.

ня автономії суб'єктів у галузі цивільно-правового регулювання означає і збільшення можливості вчинення односторонніх правочинів суб'єктами цивільного права¹.

Запровадження вказаних нових видів зобов'язань ставить перед наукою цивільного права завдання з'ясувати специфіку односторонніх правомірних юридичних дій як підстав виникнення позадоговірних зобов'язань. Безумовно вирішення цього завдання сприятиме правильній практиці застосування нових правових норм, які регулюють позадоговірні зобов'язання, що базуються на односторонніх правомірних діях суб'єктів цивільного права. Зрозуміло, що вирішення цього питання неможливе без аналізу творчого доробку з цієї проблематики в науці цивільного права, зокрема, пов'язаного з класифікацією як правомірних юридичних дій, так і односторонніх правочинів як різновиду юридичних дій.

Вказуючи на сферу застосування в цивільному праві односторонніх правочинів, С. С. Алексєєв поділяв їх на *односторонні правочини* з набування права власності (прийняття набувачем речей, визначених при укладенні договору родовими ознаками, прийняття замовником речі, виготовленої підрядником, заволодіння); *правочини*, пов'язані з реалізацією існуючих цивільних правовідносин (повідомлення про уступку вимоги, видача довіреності, визнання боргу, розрахункові угоди та ін.); *правочини*, які виступають як підстави виникнення зобов'язань (публічна обіцянка винагороди, заповідальний відказ та ін.)².

Серед останніх робіт з проблем аналізу односторонніх юридичних дій як підстав виникнення позадоговірних зобов'язань можна вирізнити праці Є. М. Денисевича: «Односторонній правочин у спадковому праві»³, «Односторонні правочини, направлені на припинення цивільних правовідносин»⁴.

¹ Див.: Денисевич Е. М. Односторонние сделки в наследственном праве // Российский юридический журнал. – 2001. – № 2 (30). – С. 85.

² Див.: Алексєєв С. С. Избранное. – М.: Статут, 2003. – С. 16.

³ Денисевич Е. М. Односторонние сделки в наследственном праве. – С. 79–85.

⁴ Денисевич Е. М. Односторонние сделки, направленные на прекращение гражданских правоотношений // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Выпуск 2. – М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2002. – С. 378–395.

У першій праці розглянуто питання про роль односторонніх правочинів у спадковому праві, значну увагу приділено можливості переходу в спадщину потестативних правомочностей (правостворюючих правомочностей, які відбивають процес становлення суб'єктивного права). У другій — проаналізовано односторонні правочини, направлені на припинення цивільних правовідносин. Для цього використано таку класифікацію односторонніх правочинів: 1) ті, які направлені на припинення права власності та інших речових прав; 2) ті, які направлені на припинення зобов'язальних правовідносин; 3) ті, які направлені на припинення цивільних правовідносин, що формуються. Саме при висвітленні останньої групи йдеться про один з видів позадоговірних зобов'язань. Автор зазначає, що скасування публічного конкурсу особою, яка його об'явила (п. 1 ст. 1058 Цивільного кодексу Російської Федерації), призводить до припинення попереднього правовідношення, яке зобов'язувало сторону.

Таким чином, не вирішеним залишається питання про односторонні юридичні дії як підстави виникнення позадоговірних зобов'язань, виходячи з їх системи, закріпленої в новому Цивільному кодексі України (далі — ЦК України), не проведена їх правова характеристика.

Ця стаття має на меті виокремити види позадоговірних зобов'язань, які виникають на підставі односторонніх юридичних дій, та визначити їх природу шляхом віднесення до певних груп, використовуючи відомі класифікації. Йтиметься лише про аналіз підстав виникнення позадоговірних зобов'язань, передбачених підрозділом «недоговірні зобов'язання», а саме: а) публічна обіцянка винагороди без оголошення конкурсу; б) публічна обіцянка нагороди за результатами конкурсу; в) вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення; г) рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи; г) набуття, збереження майна без достатньої правової підстави.

Ю. С. Гамбаров зазначав, що факти, які є припущенням кожного права, називають юридичними, на відміну від тих, з якими не пов'язують жодних юридичних наслідків. Через те що всі права пов'язуються з фактами, до яких повинні бути

віднесені в цьому розумінні і діючі юридичні норми, якщо ними обумовлюється настання тих або інших юридичних наслідків, то із цих фактів тільки і робляться висновки про виникнення, зміну і припинення прав. Сукупність таких фактів, оскільки їх наявністю породжуються певні юридичні наслідки, називають складом цього юридичного відношення, і хоча від нього відрізняють, звичайно, і одиничні юридичні факти, якщо вони спричиняють той або інший юридичний ефект, то різницю цю не можна вважати правильною вже тому, що юридичні наслідки пов'язуються завжди не з одним, а з цілим рядом фактів, які супроводжують один одного і повинні зустрітися для того, щоб розрахований юридичний ефект настав. Наприклад, для договору необхідні принаймні два волевиявлення разом з безліччю умов для їх чинності, для заповіту — вчинення заповідального акта, смерть спадкодавця і вступ (прийняття спадщини)¹. Уже з цих прикладів зрозуміло, що до виникнення зобов'язань приводять як одиничні юридичні факти, так і їх склади, причому перші можуть бути як діями, так і подіями. Дією в юридичному розумінні називається будь-яка діяльність особи, яка виразилася словом або ділом, коли вона має юридичні наслідки, а саме: встановлює нові юридичні відносини або змінює і припиняє існуючі. Безліч дій і слів не мають таких наслідків, а тому і не мають юридичного значення².

На думку К. Д. Кавеліна, дії можуть бути дозволені і заборонені. Під забороненими розуміють всі дії, які порушують умови державного і суспільного життя, виражені в законах і урядових розпорядженнях, або юридичні відносини, що існують між особами щодо майна і зобов'язання. Дії, які не підпадають під це визначення, є дозволеними. Серед них слід розрізняти безумовно дозволені і такі, які за законом хоча і не належать до числа заборонених, але потребують, у визначених законом випадках, особливого дозволу влади³.

¹ Див.: Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть / Под ред. и с предисловием В. А. Томсинова. — М.: Зерцало, 2003. — С. 644.

² Див.: Кавелин К. Д. Избранные произведения по гражданскому праву. — М.: АО «Центр ЮрИнфор», 2003. — С. 228.

³ Див.: Там само. — С. 230.

Є. В. Васьковський, класифікуючи юридичні факти як обставини, що приводять до юридичних наслідків, розподіляв їх на дві групи: ті, які залежать від волі особи (дії), і ті, які не залежать від волі особи (події). Далі він вказував на те, що дії можуть бути дозволеними і недозволеними. Дозволені, у свою чергу, — ненавмисними і навмисними. І нарешті, навмисні дії бувають односторонніми і двосторонніми (договори)¹. Найчастіше підставами виникнення зобов'язань у цивільному праві виступають договори. Висвітлюючи питання джерел зобов'язань, С. В. Пахман зазначав, що звичайною, нормальною підставою зобов'язань є угода, тому правочин і зобов'язання на перший погляд можуть сприйматися як синоніми. Крім цього, до виникнення зобов'язань приводили ніби договори (напівдоговори, quasi-contractus), серед яких бездовірена послуга і бездоговірне охоронне зобов'язання. За межами договорів і напівдоговорів джерелом зобов'язань є також правопорушення як дії, що полягають у заподіянні шкоди. До розряду правопорушень він відносив і ті випадки, до яких застосовується назва напівпроступків (quasi-delicta)².

У радянській цивілістичній літературі класифікацію правомірних юридичних дій вперше зробив М. М. Агарков. Він поділив їх на: 1) дії, направлені на виникнення, зміну або припинення цивільних правовідносин (правочин); 2) дії, які констатують певні факти, що мають коригуюче значення, незалежно від того, чи направлені ці дії на ті наслідки, які з ними пов'язує закон; 3) дії, що створюють вказані в законі об'єктивовані результати, які мають господарське або культурне значення³.

Однак така тричленна класифікація була піддана справедливій критиці. О. О. Красавчиков, зазначав, що вона має недоліки, оскільки ґрунтується на застосуванні одразу двох кри-

¹ Див.: *Васьковський Е. В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. — М.: АО «Центр Юр Информ», 2003. — С. 415.

² Див.: *Пахман С. В.* Обычное гражданское право в России / Под ред. и с предисловием В. А. Томсинова. — М.: Зерцало, 2003. — С. 60.

³ Див.: *Агарков М. М.* Избранные труды по гражданскому праву: В 2 т. — М.: АО «Центр ЮрИнфор», 2002. — Т. II. — С. 353.

теріїв: направленості дій і результатах цих дій. Він запропонував використовувати як ознаку поділу направленість волі особи і розрізняти юридичні акти та юридичні вчинки. Під юридичним актом слід розуміти дії особи, направлені на рух конкретного правовідношення. Юридичний вчинок може бути визначений як дія, що приводить до юридичних наслідків, незалежно від того, чи були направлені ці дії на наслідки, ними (в силу норм права) названі або ні¹.

С. С. Алексеев дав свою оцінку класифікації правомірних юридичних дій. Він вказав, що, на думку М. М. Агаркова, «юридичні вчинки» — це такі правомірні дії, які можуть бути не направлені на даний правовий результат, але приводять до його настання безпосередньо в силу норм об'єктивного світу. Разом з тим, багато із вказаних М. М. Агарковим «юридичних вчинків» (зокрема, визнання боргу, повідомлення про уступку вимоги та ін.) є односторонніми правочинами. Зараховування їх до категорії юридичних вчинків обумовлено, очевидно, тим, що автор негативно ставився до односторонніх угод, спираючись на буквальне тлумачення ст. 106 Цивільного кодексу РРФСР 1922 р., яка серед підстав виникнення зобов'язань не передбачала односторонні правочини².

Дотепер у цивілістичній науці країн СНД правомірні дії поділяються на юридичні акти та юридичні вчинки³. У свою чергу, до юридичних актів належать правочини, адміністративні акти (акти державних органів та органів місцевого самоврядування), рішення суду⁴. Цивільно-правовий юридич-

¹ Див.: *Красавчиков О. А.* Юридические факты в советском гражданском праве. — М.: Государственное издательство юридической литературы, 1958. — С. 114.

² Див.: *Алексеев С. С.* Избранное. — С. 17.

³ Д. А. Баликін запропонував розділити правомірні дії на три групи: юридичні акти, юридичні вчинки і результативні дії. Див.: *Балыкин Д. А.* Действие в чужом интересе без поручения: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2002. — С. 11.

⁴ Див.: Цивільне право України. Підручник: У 2 кн. / О. В. Дзера (керівник авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К.: Юрінком Інтер, 2002; Гражданское право: В 2 т. Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: БЕК, 2002. — Т. 1. — С. 325.

ний акт є правомірною юридичною дією, вчиненою дієздатною особою і направленою на встановлення, зміну або припинення цивільно-правових відносин (правочин)¹.

Значний внесок у дослідження односторонніх юридичних дій зробив Б. Б. Черепакін. Він розподілив односторонні правочини на односторонньо-зобов'язуючі і односторонньо-уповноважуючі. Для перших характерним є втручання до чужої правової сфери, причому щодо цього розрізняють дві групи односторонньо-зобов'язуючих правочинів залежно від того, чи містять вони безпосередній вплив на правову сферу певних осіб або не містять².

Односторонньо-уповноважуючі правочини лише названі Б. Б. Черепакіном. Як приклад таких правочинів він вказав заповіт. Також ним допускалась можливість поєднання в одному правочині одностороннього уповноважування і одностороннього зобов'язання³.

С. С. Алексєєв зазначав, що завдяки односторонньо-уповноважуючим правочинам особа зобов'язує саму себе, надаючи тим самим іншій особі (особам) певне суб'єктивне право⁴.

Думка О. С. Йоффе, що для виникнення деяких цивільних правовідносин недостатньо будь-якого одиничного юридичного факту, а вимагається настання їх певної сукупності, яку звичайно називають фактичним складом або юридичною підставою (титолом) права⁵, повною мірою стосується встановлення таких позадоговірних зобов'язань, як зобов'язання з публічної обіцянки винагороди без оголошення конкурсу, з публічної обіцянки нагороди за результатами конкурсу.

У свою чергу, юридичні склади можуть бути класифіковані на різні види. У юридичній літературі відомі класифікації

¹ Див.: Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. — С. 116.

² Див.: Черепакин Б. Б. Труды по гражданскому праву. — М.: Статут, 2001. — С. 331.

³ Див.: Там само. — С. 333.

⁴ Див.: Алексеев С. С. Избранное. — С. 22.

⁵ Див.: Йоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». — М.: Статут, 2000. — С. 630.

юридичних складів, запропоновані О. О. Красавчиковим, на прості і складні, альтернативні і бланкетні¹. В. Б. Ісаков поділяв фактичні склади за різними критеріями на: правостворюючі, правозмінюючі, правоприпиняючі; однорідні і комплексні; склади з незалежним накопиченням всіх елементів, склади з послідовним накопиченням елементів, склади, побудовані з використанням різних структурних принципів, та ін.² Характеризуючи односторонні дії як підстави виникнення позадоговірних зобов'язань, також необхідно враховувати різне юридичне значення односторонніх правочинів, які входять до юридичного складу. У зв'язку з цим розрізняють допоміжні і основні односторонні правочини.

1. Публічна обіцянка винагороди без оголошення конкурсу

Виникає із юридичного складу, до якого входить:

по-перше, публічна обіцянка винагороди як умовний, основний, односторонньо-уповноважуючий правочин, що зобов'язує особу, яка публічно пообіцяла сплатити винагороду;

по-друге, відклик на неї у вигляді подання обумовленого результату — односторонньо-зобов'язуючий, допоміжний правочин.

2. Публічна обіцянка за результатами конкурсу

У цьому разі підставою зобов'язання також виступає юридичний склад. Як і в першому випадку, він за своєю структурною побудовою належить до складів з послідовним накопиченням елементів, коли кожен наступний йде за попереднім. Але, на відміну від публічної обіцянки винагороди без оголошення конкурсу, у цьому разі до юридичного складу входять три елементи:

а) оголошення конкурсу — умовний, основний, односторонньо-уповноважуючий правочин, що зобов'язує засновника конкурсу видати переможцю конкурсу винагороду;

б) надання учасниками конкурсу робіт засновнику — допоміжний, односторонньо-зобов'язуючий правочин, який зобо-

¹ Див.: Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. — С. 68.

² Див.: Исаков В. Б. Фактический состав в механизме правового регулирования. — Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1980. — С. 30–46.

в'язує засновника провести їх оцінку, якщо вони задовольняють передбачені в оголошенні умови;

в) *оціночне рішення*, яким визначається переможець (переможці) конкурсу, і є допоміжним односторонньо-уповноважуючим правочином.

3. *Вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення*

Зобов'язання із вчинення дій у майнових інтересах іншої особи може виникати залежно від характеру цих дій:

— із односторонньо-зобов'язуючого правочину, в якому виражена воля особи, що діяла в чужих інтересах. При вчиненні певних дій у чужих інтересах відбувається зміна в правовій сфері, обов'язковій для інших осіб. Прикладом подібних угод може бути здійснення однією особою дій в інтересах другої особи, направлених на виконання її зобов'язання або інших подібних дій¹;

— із юридичного вчинку, коли гестор вчиняє фактичні дії в інтересах домінуса, наприклад, своїми силами ремонтує кривлю будинку, чим запобігає псуванню майна домінуса від дощу.

Питання про юридичну природу вчинення гестором фактичних дій в інтересах домінуса має дискусійний характер. Так, Є. О. Харитонов вважає, що вони є юридичними вчинками особливого роду — «цілеспрямовані юридичні вчинки, які посідають особливе місце в системі юридичних фактів цивільного права. Від правочинів вони відрізняються тим, що дії особи, яка веде справи без доручення, не спрямовані, як правило, на встановлення, зміну, припинення правовідносин з володільцем блага, а також рядом інших моментів. У той же час від власне юридичних вчинків їх відрізняє обов'язкова наявність суб'єктивного елемента, певної направленості дій (направленість дій на запобігання шкоди, яка загрожує іншій особі, усвідомлення цього факту; обумовленість дій по запобіганню шкоди тощо)². Розвиваючи на-

¹ Див.: *Балыкин Д. А.* Действие в чужом интересе без поручения. — С. 11.

² Див.: *Харитонов Е. О.* Обязательства, возникающие из ведения дел без поручения в советском гражданском праве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Х., 1980. — С. 14.

ведену точку зору, С. В. Михайлов стверджує, що при виконанні гестором фактичних дій у чужих інтересах без доручення вони тяжіють за своєю юридичною природою саме до юридичних вчинків. Їх істотна відмінність від юридичних вчинків полягає в тому, що за загальним правилом юридичні вчинки може робити як дієздатна, так і недієздатна особа. Вести справи в чужих інтересах без доручення внаслідок вищезазначеної умови про суб'єктивну направленість дій гестора може лише дієздатна особа¹.

Прибічники другої точки зору не акцентують увагу на відмінності цієї юридичної категорії від «власне юридичних вчинків» і не вказують на її особливе положення в системі юридичних фактів. Так, В. А. Рясенцев наголошував, що за своєю юридичною природою ведення чужих справ без доручення не є правочином, а є правомірною юридичною дією, яка належить до виду так званих реальних актів. Вони характеризуються тим, що їх юридичні наслідки (встановлення, зміна і припинення правовідносин) наступають у силу закону незалежно від волі особи, яка виконує цю дію. Тому не має значення, бажав гестор чи ні створити зобов'язальне відношення з домінусом. Сам факт його діяльності в інтересах іншої особи приводить до встановлення правовідносин з ним². До групи юридичних вчинків відносять фактичні дії в чужих інтересах М. І. Брагінський, В. В. Вітрянський³, Д. А. Баликін⁴.

Вважаємо, що вирішення питання про юридичну характеристику фактичних дій, виконаних у чужих інтересах, залежить від з'ясування змісту поняття юридичний вчинок. Більшість вчених звертає увагу на настання юридичних наслідків незалежно від волі і намірів особи. Тому юридичні вчинки визна-

¹ Див.: *Михайлов С. В.* Категория интереса в российском гражданском праве. — М.: Статут, 2002. — С. 145.

² Див.: *Рясенцев В. А.* Ведение чужого дела без поручения // Ученые записки МГУ. — Вып. 116. Труды юридического факультета. — М., 1946. — С. 112.

³ Див.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право: В 4-х кн. — М.: Статут, 2002. — Кн. 3: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. — С. 379.

⁴ Див.: *Балыкин Д. А.* Действия в чужом интересе без поручения. — С. 11.

чають як правомірні дії, що породжують цивільно-правові наслідки незалежно, а іноді і всупереч намірам людини, яка здійснила юридичний вчинок¹; правомірні дії суб'єктів, з якими закон поєднує певні юридичні наслідки незалежно від того, була у суб'єктів мета досягнення того або іншого правового результату²; правомірні дії, які не переслідують правові цілі, але об'єктивно, незалежно від волі і намірів суб'єкта, породжують правові наслідки³; «вчинки, на відміну від юридичних фактів, можуть і не бути направлені на певні юридичні наслідки, але вони приводять до таких наслідків безпосередньо в силу норм права»⁴. Інші вчені в першу чергу звертають увагу на об'єктивний результат такої дії: в юридичних вчинках має юридичне значення не намір особи, яка вчинила дію, а об'єктивний результат такої дії (створення твору, знахідка тощо)⁵; юридичними вчинками вважаються дії, які обумовлюють виникнення, зміну або припинення правовідносин внаслідок їх об'єктивованого результату⁶.

Підбиваючи підсумок вищезазначеному, вважаємо, що не слід вирізняти окремі види юридичних вчинків, такі як «власне юридичні вчинки» і «цілеспрямовані юридичні вчинки», або ж взагалі говорити про фактичні дії в чужих майнових інтересах без доручення як про особливий вид юридичних фактів і не правочинів, і не юридичних вчинків. Тому правильно буде кваліфікувати названі дії як юридичні вчинки.

¹ Див.: Гражданское право: В 2-х частях. Учебник / Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. — М.: ТЕИС, 1996. — Ч. 1. — С. 84.

² Див.: Гражданское право: В 2 т. Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: БЕК, 2002. — Т. 1. — С. 326.

³ Див.: Общая теория права и государства: Учебник / Отв. ред. В. В. Лазарева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 1996. — С. 192.

⁴ Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. — М.: Статут, 1999. — С. 73.

⁵ Див.: Тихомирова Л. В., Тихомиров М. Ю. Юридическая энциклопедия / Под ред. М. Ю. Тихомирова. — М., 1998. — С. 503.

⁶ Див.: Советское гражданское право. Часть первая / Под общ. ред. В. Ф. Маслова и А. А. Пушкина. — 2-е изд. перераб. и доп. — К.: Вища школа, 1983. — С. 202.

4. Близькими за характером до розглянутих є дії по рятуванню здоров'я та життя фізичної особи (ст. 1161 ЦК України), майна іншої особи (ст. 1162 ЦК України). Рятувальні дії стають юридичними (юридичним вчинком) лише в тому разі, якщо вони завдали шкоди для рятувальника і якщо в наявності всі інші необхідні умови, передбачені законодавством, в іншому разі дії громадянина не набувають юридичного характеру, не стають юридичним фактом. Особливістю рятувальних дій є швидкість і невідкладність їх виконання¹.

На відміну від українського законодавства, яке передбачає окремо вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення, рятування здоров'я та життя дієздатної особи, рятування майна іншої особи, російське законодавство об'єднує всі вищезазначені зобов'язання в один правовий інститут — дії в чужому інтересі без доручення (Глава 50 Цивільного кодексу Російської Федерації). Дії в чужому інтересі можуть мати як юридичний, так і фактичний характер².

Тому правильним буде віднесення фактичних дій по рятуванню здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи до юридичних вчинків.

5. Ще одним з видів позадоговірних зобов'язань, яке може виникнути на підставі односторонньої дії, є зобов'язання у зв'язку з набуттям, збереженням майна без достатньої правової підстави (ст. 1212 ЦК України). Специфіка цього зобов'язання саме і полягає в тому, що воно виникає з різнорідних юридичних фактів і дій потерпілого, дій набувача, дій третьої особи, подій. Найчастіше безпідставне збагачення виступає результатом дій потерпілого: він сплатив, хоча не повинен був, він сплатив більше, ніж був повинен або він помилково визнав свій борг. Безпідставне збагачення може бути результатом дій особи, яка збагатилася: наприклад, одна із двох організацій, що зберігають вугілля на одному і тому самому

¹ Див.: Ставицкий П. Р. Возмещение вреда при спасении социалистического имущества, жизни и здоровья граждан. — М.: Юрид. лит., 1974. — С. 41.

² Див.: Комментарий части второй Гражданского кодекса Российской Федерации. — М.: Фонд Правовая культура, Фирма Гардарика, 1996. — С. 295.

складі, користується помилково вугіллям другої. Але особа, яка збагатилася, може і не брати участь у діях потерпілого, навіть не знати про них: наприклад, постачальник не знає, що покупець дав банку платіжне розпорядження на вже сплачений товар, і дізнається про повторний платіж тоді, коли відповідна сума вже зарахована на його розрахунковий рахунок. У цих випадках безпідставне збагачення виникає із правочину потерпілого з третьою особою: банком, який провів оплату платіжної вимоги. Можливі і випадки, коли безпідставне збагачення є результатом дій обох сторін: особа, яка збагатилася, приймає оплату, що безпосередньо їй виконується, не існуючого насправді боргу. Безпідставне збагачення може бути результатом тільки дій третьої особи: наприклад, якщо банк переказав гроші з перевищенням суми, вказаної в розпорядженні платника. Воно може виникнути через подію, не пов'язану з чією-небудь волею: наприклад, випадкове змішування речей, які стали неподільними, причому одна із речей є головною, і тому не може виникнути спільна власність¹.

Враховуючи вищезазначене, зобов'язання із безпідставного збагачення може виникнути через такі правомірні дії: а) односторонньо-уповноважуючий правочин потерпілого (повторно сплатив суму за поставлену продукцію, визнав неіснуючий борг); б) юридичний вчинок з боку особи, яка збагатилася (помилкове використання неналежного їй майна); в) односторонньо-уповноважуючий правочин третьої особи (перерахування банком грошей клієнта з перевищенням визначеної в розпорядженні суми).

Таким чином:

— до позадоговірних зобов'язань, які виникають на підставі односторонніх правомірних дій, належать:

- а) публічна обіцянка винагороди;
- б) вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення;
- в) рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи;
- г) безпідставне збагачення;

¹ Див.: Флейшиц Е. А. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения. — М.: Государственное издательство юридической литературы, 1951. — С. 212–213.

— як підстави виникнення вказаних зобов'язань цивільне законодавство розглядає як одиничні юридичні факти — односторонні правочини (односторонньо-уповноважуючі та односторонньо-зобов'язуючі), юридичні вчинки, так і юридичні склади;

— публічна обіцянка винагороди без оголошення конкурсу виникає із юридичного складу: односторонньо-уповноважуючий і односторонньо-зобов'язуючий правочин;

— публічна обіцянка винагороди за результатами конкурсу виникає із юридичного складу: односторонньо-уповноважуючий основний правочин і допоміжні односторонньо-зобов'язуючий і односторонньо-уповноважуючий правочини;

— зобов'язання із вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення виникають із: односторонньо-зобов'язуючого правочину або юридичного вчинку;

— зобов'язання, що виникають у зв'язку з рятуванням здоров'я та життя фізичної особи, майна іншої особи, виникають внаслідок юридичного вчинку рятувальника;

— зобов'язання із безпідставного збагачення може виникати як із односторонньо-зобов'язуючого правочину, так і з юридичного вчинку.

У подальшому потребує дослідження питання про характеристику підстав виникнення позадоговірних зобов'язань, не передбачених у підрозділі «недоговірні зобов'язання», зокрема в спадковому праві.

В. Л. Яроцький, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедрою цивільного права № 2 Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Поняття і ознаки емісійних цінних паперів

Відповідно до ст. 142 Конституції України матеріальною і фінансовою основою місцевого самоврядування є доходи місцевих бюджетів, кошти, земля, природні ресурси, інше рухоме і нерухоме майно. Разом з тим, доходних надходжень до місцевих бюджетів не завжди достатньо для забезпечення динамічного розвитку інфраструктури відповідної території. Одним із правових засобів залучення вільних коштів фізичних і юридичних осіб для фінансування програм подальшого розвитку і забезпечення фінансової автономії відповідних населених пунктів є випуск боргових емісійних цінних паперів. Кошти від реалізації вказаних цінних паперів мають цільовий характер і підлягають використанню для реалізації відповідних муніципальних програм. Відповідно до ст. 10 Закону України від 18 червня 1991 р. «Про цінні папери та фондову біржу»¹ одним із основних різновидів емісійних цінних паперів є облігації місцевих позик. Вказані цінні папери можуть випускатись у документарній і бездокументарній формі, іменними і на пред'явника. Облігації місцевих позик є найбільш поширеним різновидом емісійних цінних паперів —

© Яроцький В. Л., 2004

¹ Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 38. — Ст. 508.

документів, правова природа і особливості яких є найменш дослідженими в цивілістиці. З усієї сукупності основних видів емісійних цінних паперів ґрунтовне дослідження здійснене тільки щодо документів, які використовуються у сфері корпоративного управління¹. Недостатній рівень дослідження особливостей емісійних цінних паперів обумовлює необхідність вирішення основних, притаманних їм ознак, аналізу їх правової природи й формулювання їх власного доктринального поняття, що визначає цілі та завдання цієї статті.

Оскільки найбільш поширеною є бездокументарна форма випуску емісійних цінних паперів, розглянемо насамперед деякі сутнісні і термінологічні аспекти зв'язку доктринальних підходів римського права і їх впливу на сучасні погляди стосовно правової природи бездокументарної форми випуску емісійних цінних паперів. Римське право не містило чітких визначень речового і зобов'язального права, але обґрунтувало різницю між ними, яку вбачало в такому. Положеннями давньоримського речового права встановлювалися безпосередні і постійні повноваження титуляра (носія права, що ґрунтується на певному правовому титулі) щодо речей. Надаючи одній особі право користування певним предметом, правопорядок одночасно зобов'язував всіх інших осіб не перешкоджати титуляру в здійсненні належних йому правомочностей. І. Пухан і М. Поленак-Акимовська називають це позитивною і негативною сторонами речово-правових відносин, що розглядаються доктриною римського приватного права. Ця їхня ознака дозволила римським юристам відокремити їх від зобов'язально-правових відносин, що опосередковують соціальний зв'язок між чітко визначеними особами — боржником і кредитором. Зазначене принципове розходження цих відносин дозволило римським юристам відокремити і способи захисту порушених прав учасників названих груп соціальних зв'язків. У речово-правових відносинах управомочений суб'єкт має право вимагати захисту належних йому прав у разі їх порушення будь-якою особою. Навпаки, для зобов'язальних відносин характерним є право на захист від порушень

¹ Див.: Синенко Ю. И. Эмиссия корпоративных ценных бумаг: правовое регулирование, теория и практика. — М., 2002.

тільки з боку зобов'язаної особи¹. У літературі зазначається, що зобов'язальні правовідносини історично виникли пізніше, ніж речові². Як видається, це є одним із чинників, що обумовили термінологічну залежність деяких основних понять давньоримського зобов'язального права від категорій, раніше вироблених стосовно речового. Насамперед йдеться про характерний для римського приватного права розподіл предметів майнового обороту на тілесні і безтілесні (*res corporales* і *res incorporales*)³. Як справедливо зазначає О. А. Підпригора, римська юриспруденція відрізнялася не тільки теоретичною ґрунтовністю, але й практичною гостротою, тому вирішення окремих казусів, конкретних практичних висновків дозволило римським юристам розробити загальні цивілістичні теорії і дати наукове пояснення багатьом правовим явищам⁴. Накопичений представниками римської юриспруденції значний досвід нормотворчості і конструювання нових правових категорій широко використовується і при розгляді сучасних цивільно-правових проблем.

Запропонований давньоримськими юристами поділ речей на тілесні і безтілесні сприйняв і по-новому інтерпретував Д. В. Мурзін⁵ при дослідженні правової природи бездокументарних цінних паперів. Він звертає увагу на те, що виражене в цінному папері суб'єктивне зобов'язальне право, стаючи об'єктом права власності, зберігає дуалістичність регулювання і, підпорядковуючись нормам речового права, має зв'язок із зобов'язально-правовими нормами. Такий підхід

¹ Див.: *Пухан Иво, Поленак-Акимовская Мирьяна*. Римское право: Базовый учебник: Пер. с макед. д-ра юрид. наук, проф. В. А. Томсинова и Ю. В. Филиппова / Под ред. проф. В. А. Томсинова. — М., 1999. — С. 128–130.

² Див.: *Канторович Я. А.* Основные идеи гражданского права. — Х., 1928. — С. 42.

³ Див.: *Хуыз М. Х.* Римское частное право: Курс лекций. — Краснодар, 1993. — С. 70; *Черниловский З. М.* Римское частное право. Элементарный курс. — М., 1997. — С. 92–93; *Пухан И., Поленак-Акимовская Мирьяна*. Римское право: Базовый учебник. — С. 136.

⁴ Див.: *Підпригора О. А.* Римське приватне право: Підручник. — К., 2001. — С. 25.

⁵ Див.: *Мурзін Д. В.* Ценные бумаги — бестелесные вещи. Правовые проблемы современной теории ценных бумаг. — М., 1998.

зустрів як підтримку, так і неприйняття в цивілістиці і донині залишається дискусійним. Підтримує такий підхід і В. В. Посполітак: «Більш прийнятною слід вважати конструкцію “безтілесної речі”». При цьому зобов'язальні права за цінними паперами становлять зміст речового права користування, як можливості вилучення корисних властивостей цінного папера¹. С. Є. Долгаєв стверджує, що він як «автор не підтримує пропозицію називати цінні папери “безтілесними речами”, оскільки ніякої спеціфіки обороту цінних паперів при цьому не враховується, фактично в таких випадках йдеться тільки про передачу прав із папера за допомогою поступки прав»². Д. В. Мурзін, базуючись на запропонованому ним підході, стверджує, що «цінний папір як безтілесна річ — це зобов'язальне договірне право, регульоване нормами речового права»³.

Повнота, обґрунтованість і теоретична спроможність наведеного визначення викликають сумнів. По-перше, за допомогою норм права взагалі і речового права зокрема регулюються відносини між суб'єктами, а не права. По-друге, відносини, що виникають у сфері функціонування цінних паперів у цивільному обороті, регулюються не тільки нормами речового і зобов'язального права, а також положеннями спеціального законодавства про цінні папери та актів піднормативного регулювання взагалі і саморегулювання зокрема. По-третє, викликає заперечення беззастережне визначення договірної природи підстави виникнення майнового права, вираженого в цінному папері. По-четверте, аналізоване визначення не враховує особливостей правового регулювання відносин, що складаються у сфері функціонування бездокументарних цінних паперів, на які не поширюється дія положень речового права.

Відомі й інші їх визначення. Ф. С. Карагусов зазначає, що «бездокументарні цінні папери являють собою посвідчувані особливим способом майнові права в галузі залучення, перерозподілу і повернення грошей, що залучаються суб'єктами

¹ *Посполітак В. В.* Передача права власності на цінні папери та прав за цінними паперами в Україні (цивільно-правові аспекти): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — К., 2001. — С. 5.

² *Долгаєв С. Е.* Правовое регулирование оборота ценных бумаг: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Волгоград, 2002. — С. 13.

³ *Мурзін Д. В.* Ценные бумаги — бестелесные вещи... — С. 79.

цивільного обороту у формі позикового або акціонерного (власного) капіталу для здійснення підприємницької діяльності¹. В. А. Барулін вважає, що «бездокументарний цінний папір являє собою визначений законом, такий що містить встановлені реквізити, відокремлений і оборотоздатний об'єкт цивільних прав, урахування прав суб'єкта на який у реєстрі є необхідною умовою придбання таким суб'єктом прав кредитора за встановленим законом зобов'язанням»². На думку Л. Добриніної, «бездокументарний цінний папір можна визначити як інформацію про права, закріплені іменним або ордерним цінним папером, зафіксовану особливим способом (за допомогою засобів електронно-обчислювальної техніки тощо) на спеціальному матеріальному носії, легальним держателем якого є особа, що отримала в установленому порядку спеціальну ліцензію»³.

З моменту інституціоналізації бездокументарних цінних паперів у цивільному обороті виникли нові проблеми і необхідність визначення нових підходів до їх вирішення. Одна з таких проблем полягає у визначенні єдності або диференціації правової природи документарних і бездокументарних цінних паперів. Як ретроспективні, так і сучасні доктринальні поняття цінних паперів і підходи, на яких вони засновані, мають величезне значення і підлягають урахуванню в ході подальших досліджень їх правової природи, формулюванні їх поняття, а також визначенні особливостей їх функціонального призначення в механізмі цивільно-правового регулювання відносин, що розглядаються. Плюралізм думок їх авторів відіграв істотну роль у розвитку теорії цінних паперів, розгляді їх окремих ознак і виробленні понять досліджуваних документів. Як видається, багато положень, що містяться в цих поняттях, а також більшість аргументів, висловлених при обґрунтуванні необхідності урахування тих або інших їх ознак, не втратили своєї актуальності. Водночас множинність видів

¹ Карагузов Ф. С. Ценные бумаги и деньги в системе объектов гражданских прав: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Алматы, 2002. — С. 28—29.

² Барулин В. А. Бездокументарные ценные бумаги в гражданском праве России: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2001. — С. 5.

³ Добрынина Л. Понятие и признаки бездокументарных ценных бумаг // Хозяйство и право.— 1999.—№ 6. — С. 52.

цінних паперів, а також істотні особливості документарної і бездокументарної форм їх випуску звужують коло ознак, характерних для всієї їх сукупності, однак їх врахування є обов'язковим.

Як видається, всі спроби сформулювати окреме доктринальне визначення бездокументарних паперів мають право на існування і заслуговують на аналіз. Однак формулювання окремих доктринальних визначень документарних і бездокументарних цінних паперів у межах цього дослідження суперечило б обраному підходу до їх розгляду як єдиного об'єкта цивільних прав, що функціонує в цивільному обороті в чітко визначених чинним цивільним законодавством правових формах.

Водночас доцільно перед формулюванням загального поняття розглядуваних об'єктів цивільних прав запропонувати окреме визначення різновиду цінних паперів, які в літературі називаються емісійними¹. Слід зазначити, що усталене в літературі їх термінологічне позначення як емісійних цінних паперів є не зовсім узгодженим із деякими законодавчими підходами. Це позначення має на меті відмежувати їх від цінних паперів, що підлягають оформленню і видачі в індивідуальному порядку і, враховуючи це, повинні бути віднесені до неемісійних. Водночас законодавство оперує терміном «емітент» стосовно особи, яка випускає (видає) розглядувані об'єкти цивільних прав у оборот, незалежно від того, чи йдеться про цінні папери масових емісій або про документи, що випускаються в індивідуальному порядку. Емісія є спеціальним, усталеним термінологічним позначенням процесу випуску цінних паперів у обіг і може бути як масовою, так і індивідуальною. Тому доцільно всю сукупність розглядуваних об'єктів цивільних прав (з урахуванням характеру їх випуску) термінологічно позначати цінними паперами масових та індивідуальних емісій.

Цінні папери масових емісій мають істотну юридичну своєрідність і є одним з найбільш поширених різновидів як документарних, так і бездокументарних цінних паперів.

¹ Див.: Онуфрієнко О. І. Правове регулювання випуску та обігу емісійних цінних паперів в Україні: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — К., 2000.

Більше того, бездокументарні цінні папери, з урахуванням їх правової природи, не можуть випускатися в індивідуальному порядку. Вони завжди випускаються і функціонують у цивільному обороті тільки у вигляді цінних паперів масових емісій. А. Ю. Синенко до емісійних цінних паперів відносить акції і облигації, а також відомі цивільному обороту Росії житлові сертифікати, опціонні свідоцтва і паї інвестиційних пайових фондів¹. В. В. Кудряшов посилається на положення чинного законодавства Росії, що визначають критерії віднесення цінних паперів до емісійних, але не наводить ані повного, ані приблизного їх переліку². Розглядаючи емісійні цінні папери, Є. А. Суханов називає їх фондovими³. Погоджуючись із цією думкою, слід зазначити, що цінні папери масових емісій не завжди визнаються фондovими цінностями і можуть бути допущеними до котування на фондovій біржі тільки в разі, якщо відповідають певним визначеним їм внутрішніми регламентами критеріям (стабільність, доходність, ліквідність тощо). До котування на фондovій біржі не обов'язково допускаються всі цінні папери масових емісій. Проаналізувавши досвід країн із розвинутою ринковою економікою і налагодженим механізмом функціонування фондovого ринку, М. Ю. Алексєєв зазначає, що «далеко не всі фондovі цінності користуються настільки високим попитом, який дозволяв би вести безперервну подвійну аукціонну торгівлю ними. Переважна частка цінних паперів обертається поза стінами фондovих бірж»⁴. Разом з тим, видається, що саме використання можливостей фондovої біржі і інших фінансових посередників надасть можливість не тільки більш широкого залучення вільних коштів фізичних і юридичних осіб до інвестування відповідних муніципальних програм, але і розширення географії таких інвестицій.

¹ Див.: Синенко А. Ю. Эмиссия корпоративных ценных бумаг: правовое регулирование, теория и практика. — М., 2002. — С. 12.

² Див.: Кудряшов В. В. Эмиссия акций в акционерном обществе: практический аспект. — М., 1999. — С. 69.

³ Див.: Гражданское право: Учебник: В 2т. / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — М., 1998. — Т. 1. — С. 323.

⁴ Див.: Алексєєв М. Ю. Рынок ценных бумаг. — М., 1992. — С. 81.

Для цінних паперів масових емісій характерною є законодавчо встановлена обов'язковість урахування емітентом визначеного найменшого цінового значення їх номінальної вартості. На розсуд емітента воно або фіксується як реквізит відповідного цінного папера в установленому законодавством ціновому значенні, або підлягає кратному збільшенню. Зокрема, відповідно до положень статей 4 і 10 Закону України «Про цінні папери і фондову біржу» номінальна вартість акцій і облигацій відповідно не може бути менше 50 гривень. Положеннями цих же статей встановлюється правило стосовно того, що при встановленні для акцій і облигацій номіналу розміром більше 50 гривень, він повинен бути кратним установленій законодавством мінімальній номінальній вартості цих видів цінних паперів. Законодавче встановлення мінімальності номінальної вартості і акцій, і облигацій можна обґрунтувати необхідністю визначення ступеня участі акціонера у відповідному акціонерному товаристві (далі — АТ) або облигаціонера у єдиній позиції, посвідченій цінними паперами одного випуску відповідно. Акціонери, облигаціонери та володільці інших цінних паперів масових емісій, які набувають прав на них на організованому (фондовому) ринку, мають легально визначений статус інвестора. Інвестором на ринку цінних паперів положеннями ст. 1 Закону України від 30 жовтня 1996 р. «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні»¹ визначається фізична або юридична особа, котра придбає цінні папери від свого імені та за свій рахунок з метою одержання прибутку чи збільшення вартості цінних паперів або набуття відповідних прав, що надаються власнику цінних паперів згідно з чинним законодавством. Найбільш поширеними цінними паперами масових емісій, які функціонують на фондovому ринку, є акції і облигації, які хоча і віднесені положеннями нового Цивільного кодексу України до різних груп цінних паперів, однак мають певні спільні риси.

Виходячи з положень нового Цивільного кодексу України (пункти 1, 2 ч. 1 ст. 195) акції і облигації підлягають віднесенню до груп пайових і боргових цінних паперів відповідно. Незважаючи на те, що облигації віднесені до групи боргових

¹ Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 51. — Ст. 292.

цінних паперів, з огляду на їх емісійну природу вони мають певну схожість з акціями. Зокрема, їхню схожість можна обґрунтувати, базуючись на міркуваннях Г. М. Колоножнікова¹. Він пропонував розглядати облигацію як втілену в папері, що легко передається, частку участі в єдиній великій позиції². Як видається, зазначений висновок може бути поширено і на відомі сучасному цивільному обороту цінні папери масових емісій. Частку участі в єдиній великій позиції посвідчують не тільки облигації, але й ошадні та інвестиційні сертифікати, казначейські зобов'язання України та інші цінні папери масових емісій, випуск і обіг яких передбачається чинним законодавством. Право на отримання відповідної частки державного майна, яка підлягає безкоштовній передачі у власність громадян, посвідчують приватизаційні цінні папери. Як різновид цінних паперів масових емісій частку участі (але не в єдиній великій позиції, а в статутному капіталі відповідного АТ) посвідчують акції. У зазначених випадках істотного правового значення набуває номінальна вартість кожного із цінних паперів масових емісій. Вона дозволяє співвіднести частку участі, розмір майнових вигод (у вигляді відсотків і дивідендів) і грошову суму, що підлягає поверненню, стосовно кожного із володільців цінних паперів масових емісій. Винятком є приватизаційні папери, що теж мають визначену законодавством номінальну вартість, але підлягають цільовому використанню шляхом обміну на акції приватизованих державних підприємств.

Найбільш повні і досконалі поняття емісійних цінних паперів у межах дослідження їх правової природи сформульовані О. І. Онуфрієнком і Ф. С. Карагусовим. О. І. Онуфрієнко пропонує розглядати як емісійні «цінні папери, що закріплюють сукупність прав, які підлягають посвідченню, уступці і безумовній реалізації з дотриманням встановлених законом форми і порядку, що розміщуються випусками як у документарній, так і в бездокументарній формі, при цьому всередині

¹ Див.: Колоножников Г. М. Облигации торгово-промышленных акционерных товариществ. — Томск, 1912. — Ч. 1: Условия выпуска облигаций. — С. 7.

² Див.: Там само.

одного випуску всі цінні папери мають рівний обсяг і строки реалізації прав незалежно від часу придбання»¹. Ф. С. Карагусов вважає, що «емісійними цінними паперами є призначені до вільного обігу і здатні до обігу на організованих ринках цінних паперів майнові права, котрі випускаються серіями в передбачених законом формах із метою залучення інвестицій (капіталу) для створення і розвитку підприємницької справи їх емітентів і котрі у рамках цієї серії мають однакові реквізити, обертаються і погашаються емітентами на єдиних умовах»². Наведені поняття видаються такими, що мають істотну своєрідність підходів до відображення основних ознак і правової природи цінних паперів масових емісій. З урахуванням аналізу особливостей цінних паперів масових емісій, вважаємо за необхідне запропонувати таке визначення цінних паперів, яке підлягає поширенню як на документарну, так і на бездокументарну форму їх випуску.

Цінні папери масових емісій — це функціонуючі в цивільному обороті в документарній або бездокументарній формі об'єкти цивільних прав одного випуску (емісії), які є правовим засобом встановлення, реалізації та забезпечення оборотоздатності майнових прав, що становлять їх зміст, мають рівну і кратну встановленому законодавством мінімальному розміру номінальну вартість, посвідчують частку участі їх власників у єдиній великій позиції, статутному фонді АТ або дають право на отримання частини державного майна в процесі його приватизації, умови випуску і обігу яких передбачають однаковий порядок виплати відсотків або дивідендів (для доходних цінних паперів, питома вага котрих у їх загальній масі найбільш висока), строки їх погашення та інші рівні правові можливості.

¹ Онуфрієнко О. І. Правове регулювання випуску та обігу емісійних цінних паперів в Україні. — С. 8.

² Карагусов Ф. С. Ценные бумаги и деньги в системе объектов гражданских прав. — С. 25.

М. В. Шульга, доктор юридичних наук, провідний науковий співробітник Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України

Правові проблеми самовільного зайняття земельних ділянок

Одним з найбільш поширених порушень земельного законодавства, за які ст. 211 Земельного кодексу України передбачено відповідальність, є самовільне зайняття земельних ділянок. Воно посягає на суб'єктивні права та законні інтереси в першу чергу власника земельної ділянки (фізичної чи юридичної особи або ж держави чи територіальної громади в особі їх відповідних органів).

Питання, які стосуються характеру самовільного зайняття земельної ділянки та правових наслідків вчинення цього правопорушення, як свідчить практика, в сучасних умовах набувають актуальності та залишаються мало дослідженими.

Наукова новизна статті полягає в тому, що в ній вперше після введення в дію Земельного кодексу України всебічно аналізується характер та сутність такого специфічного земельного правопорушення, яким є самовільне зайняття земельної ділянки.

Метою цієї статті є обґрунтування специфічних ознак, притаманних цьому правопорушенню, та спроба дати його повне визначення.

© Шульга М. В., 2004

Практична значущість дослідження полягає в тому, що отримані результати можуть бути використані в діяльності природоохоронних та правоохоронних органів. Інформація, яка міститься в статті, може бути корисною для всіх, кого цікавлять проблеми здійснення земельної реформи в сучасний період.

Характерною рисою самовільного зайняття земельної ділянки є те, що воно завжди спрямоване і безпосередньо пов'язане з порушенням належних власнику земельної ділянки правомочностей. Йдеться, зокрема, про порушення права розпорядження земельною ділянкою, яке може бути реалізоване лише власником земельної ділянки.

Загальноновизнаним у правовій літературі є положення про те, що право розпорядження землею — це основна правомочність, яка в повному обсязі може належати лише власнику і не може бути повністю передана іншій особі без зміни самого суб'єкта права власності. Володіти та користуватися земельною ділянкою може і не власник, наприклад, орендар земельної ділянки. У той же час слід зазначити, що право розпорядження може належати і власнику земельної ділянки, який не володіє нею.

Право розпорядження земельною ділянкою — це право власника визначати юридичну долю цієї земельної ділянки. Воно включає такі дії власника, як надання земельної ділянки в користування та вилучення її, відчуження земельної ділянки на підставі цивільно-правових угод, встановлення та зміна цільового призначення земельної ділянки та деякі інші.

При самовільному зайнятті земельної ділянки порушник або привласнює собі правомочність щодо розпорядження чужою земельною ділянкою, або створює перешкоди власнику щодо розпорядження цією земельною ділянкою.

Особливість зазначених порушень полягає в тому, що вони завжди являють собою порушення суб'єктивного права, належного тільки власнику — права розпорядження земельною ділянкою. Практично неможливо порушити право володіння земельною ділянкою без порушення права розпорядження нею. Разом з тим, при самовільному зайнятті не виключається можливість порушення і права користування землею,

коли йдеться, скажімо, про земельну ділянку, яка перебуває в приватній власності, але використовується на умовах оренди орендарем.

Самовільне зайняття земельної ділянки нерозривно пов'язане з самовільним користуванням нею. Самовільно можуть використовуватися земельні ділянки, які не перебувають чи знаходяться у чиемусь користуванні. У другому випадку порушуються права не тільки власника, а й землекористувача, який використовує земельну ділянку на законних підставах.

У літературі сутність самовільного зайняття земельної ділянки вбачається в самовільному зайнятті особою чужої земельної ділянки і використанні її без наявності законних підстав, тобто за відсутності оформленого у встановленому порядку права власності або іншого передбаченого законодавством права на землю¹.

Іноді самовільним зайняттям земельної ділянки вважають таке заволодіння нею, яке не спирається на закон і відбувається з порушенням визначеного порядку надання земельних ділянок, що здійснюється без відведення землі в натурі й одержання документа, котрий посвідчує право на землю. Одним із способів самовільного зайняття вважається самовільне захоплення землі, тобто заволодіння ділянкою без дозволу органів, уповноважених виносити рішення про надання земельних ділянок у користування².

Як бачимо, наведені визначення самовільного зайняття земельної ділянки зорієнтовані головним чином на такі порушення, які стосуються перш за все земель, котрі належать державі. Між тим слід мати на увазі, що нині законодавче закріплення отримали також приватна і комунальна власність на землю. З врахуванням того, що згідно з законом всі форми права власності на землю рівноправні, приватна та комуналь-

¹ Див.: Погрібний С. О. Юридична відповідальність за порушення земельного законодавства // Земельне право України: Підручник / За ред. Погрібного О. О., Каракаша І. І. — К.: Істина, 2003. — С. 424.

² Див.: Шемшученко Ю. С. Відповідальність за порушення земельного законодавства // Земельний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. В. І. Семчика. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — С. 646.

на власність на землю повинні захищатися так само, як і державна власність.

Визначення поняття самовільного зайняття земельної ділянки подається в Законі України від 19 червня 2003 р. «Про державний контроль за використанням та охороною земель»¹. Згідно з цим законом самовільне зайняття земельних ділянок — це будь-які дії особи, які свідчать про фактичне використання не наданої їй земельної ділянки чи намір використовувати земельну ділянку до встановлення її меж у натурі (на місцевості), до одержання документа, що посвідчує право на неї, та до його державної реєстрації.

Аналіз наведеного визначення такого правопорушення, яке фактично включає два відносно самостійні аспекти, дозволяє зробити певні припущення та висновки.

По-перше, йдеться про фактичне використання порушником не наданої йому земельної ділянки. Мається на увазі чужа земельна ділянка як об'єкт використання, яка у встановленому порядку не надана в користування чи не передана у власність і в особи немає ніяких законних підстав для її експлуатації.

По-друге, суб'єктом самовільного зайняття земельної ділянки може виступати будь-яка фізична чи юридична особа, що здійснює фактичне використання, тобто безпосередню експлуатацію цієї ділянки з метою вилучення її корисних властивостей і задоволення своїх інтересів.

По-третє, закон не виключає будь-які дії особи, що свідчать про фактичне використання земельної ділянки. Перелік цих дій не є обмеженим, але за своїм характером вони повинні бути активними. Самовільне зайняття земельної ділянки завжди є навмисним порушенням закону, воно не може бути результатом бездіяльності. Здійснення вказаних дій повинно свідчити про вилучення корисних властивостей із конкретної земельної ділянки і задовольняти будь-які інтереси незаконного фактичного користувача.

По-четверте, самовільне зайняття земельної ділянки закон пов'язує з її фактичним використанням. Якщо ж бути логічно послідовним, то можна стверджувати, що сам факт

¹ Офіційний вісник України. — 2003. — № 29. — Ст. 1432.

незаконного заволодіння особою земельною ділянкою, яка у встановленому порядку не надана в користування чи не передана у власність, не може вважатися самовільним зайняттям земельної ділянки. Незаконне заволодіння земельною ділянкою ще не свідчить про її фактичне використання. Видається, що це вузьке розуміння самовільного зайняття земельної ділянки.

Між тим треба мати на увазі, що самовільне фактичне заволодіння земельною ділянкою створює серйозну загрозу не тільки правам власника землі, а й правам інших зацікавлених осіб. Тому воно повинно включатися в поняття самовільного зайняття земельної ділянки.

У літературі слушно наголошувалося, що для самовільного використання природного об'єкта не обов'язково, щоб мала місце безпосередня його експлуатація. Достатньо, щоб природним об'єктом незаконно заволоділи, наприклад, встановили огорожу. На думку Ю. О. Вовка, незаконне заволодіння є визначальним моментом для характеристики самовільного використання природного об'єкта. Якщо такого заволодіння не було, то немає і підстав говорити про самовільне використання природного об'єкта¹.

Відносно самостійним різновидом самовільного зайняття земельної ділянки закон вважає також будь-які дії особи, які свідчать про намір використовувати земельну ділянку до встановлення її меж у натурі (на місцевості), до одержання документа, що посвідчує право на неї, та до його державної реєстрації.

У цьому разі йдеться про самовільне використання земельної ділянки потенційним носієм земельних прав щодо конкретної земельної ділянки. При цьому треба враховувати таке. Звичайно, самовільне використання земельної ділянки являє собою порушення встановленого порядку передачі земельної ділянки у власність або надання її в користування. Але справа в тому, що цей порядок включає кілька відносно самостійних стадій виникнення земельних прав: права власності на земельну ділянку або права землекористування.

¹ Див.: Вовк Ю. А. Советское природоресурсовое право и правовая охрана окружающей среды. Общая часть. — Х.: Вища школа, 1986. — С. 65.

У межах цих стадій уповноважений орган виносить рішення про передачу земельної ділянки у власність або надання її в користування, відводиться земельна ділянка в натурі (на місцевості), видається документ, який посвідчує виникнення земельних прав та підлягає державній реєстрації.

У разі ж виникнення права власності на земельну ділянку в результаті придбання її, наприклад, на підставі цивільно-правової угоди, ця угода підлягає нотаріальному посвідченню і є в подальшому підставою для видачі державного акта на право власності на земельну ділянку та його державної реєстрації.

Наявність лише рішення компетентного органу про передачу земельної ділянки у власність чи надання її в користування або укладення цивільно-правової угоди про придбання права власності на земельну ділянку ще не створює права користування чи права власності. Це лише обов'язкова умова для потенційного виникнення такого права. Безпосередня експлуатація земельної ділянки допустима тільки після фактичної передачі її у відання законного власника чи землекористувача, одержання відповідного документа та його державної реєстрації.

Винесення відповідного рішення і передача земельної ділянки у власність або надання її в користування — два органічно пов'язаних між собою моменти, які означають реалізацію належного власнику права розпоряджатися землею. Дещо іншими за характером є дії щодо оформлення документів, які посвідчують право, котре виникає, та їх державної реєстрації. Ці дії не мають безпосереднього відношення до права розпорядження землею з боку її власника. Так, наприклад, у разі відчуження приватним власником земельної ділянки на підставі договору купівлі-продажу він реалізує належне йому право розпорядження цією ділянкою. Реалізація права власності завершується в цьому випадку після підписання ним договору. Видачу ж документа, що посвідчує право власності на земельну ділянку (державного акта на право приватної власності) та його державну реєстрацію, здійснюють інші суб'єкти, які не є власниками цієї ділянки.

У зв'язку з цим у літературі зроблено обґрунтований висновок, що з принципової точки зору не можна визнавати са-

мовільним використання земельної ділянки тільки на тій підставі, що немає відповідних документів, які посвідчують право, чи вони не оформлені належним чином¹.

Фактично при здійсненні безпосередньої експлуатації земельної ділянки до одержання документа, що посвідчує право на неї, та його державної реєстрації має місце самостійне земельне правопорушення. Воно не пов'язане ані з привласненням правомочностей компетентного органу чи самого власника щодо розпорядження конкретною земельною ділянкою, ані з самовільним заволодінням нею. Ознаки та характер цього правопорушення потребують спеціального дослідження.

Самостійні види правопорушень вчиняються і в тих випадках, коли право власності чи користування земельною ділянкою надається некомпетентним органом у розмірах, що не перевищують встановлені норми, особам, яким це законом не дозволено, тощо.

Відповідальність тут повинна наступати не за самовільне зайняття земельної ділянки, а за незаконне надання її в користування або передачу у власність і за порушення самого порядку такого надання (передачі).

Якщо землекористувач або новий власник земельної ділянки не знав і не повинен був знати про неправомірність дій відповідних органів і посадових осіб, то він взагалі не може притягуватися до відповідальності. В іншому ж разі він повинен розглядатися як співучасник неправомірних дій.

У наведених прикладах взагалі немає порушень прав власника землі, через те що належне йому право розпорядження земельною ділянкою ніким не привласнюється, воно лише неправильно або неналежним чином здійснюється ним самим, його ж органами чи за його дорученням іншими суб'єктами.

При аналізі поняття самовільного зайняття земельної ділянки, яке закріплене в законі, звертає на себе увагу ще одна обставина. Згідно з законом для визнання будь-яких дій особи самовільним зайняттям земельної ділянки достатньо, щоб

¹ Див.: *Вовк Ю. А.* Советское природоресурсовое право и правовая охрана окружающей среды. Общая часть. — С. 65.

ці дії свідчили про намір використовувати земельну ділянку до встановлення її меж у натурі (на місцевості), до одержання документа, що посвідчує право на неї, та до його державної реєстрації. Видається, що намір використовувати земельну ділянку — це поняття оціночне. У будь-якому разі уповноважений орган, який, наприклад, здійснює контроль за використанням та охороною земель, повинен враховувати всі фактичні обставини. Цей намір має бути якимось чином уже матеріалізованим. Про намір самовільно використовувати земельну ділянку можуть свідчити дії, спрямовані на незаконне заволодіння земельною ділянкою (скажімо, її огороження та ін.).

Наприкінці слід наголосити, що для самовільного зайняття земельної ділянки специфічними ознаками є особиста зацікавленість суб'єкта правопорушення в отриманні певних благ матеріального чи іншого характеру, корисливий мотив та ін.

У зв'язку з цим не можна вважати правопорушниками осіб, які з власної ініціативи здійснюють благоустрій, наприклад, прибудинкової території шляхом висадження квітів та зелених насаджень, не претендуючи на якусь вигоду.

Земельний кодекс України (статті 211, 212), встановлюючи ряд негативних правових наслідків, пов'язаних із самовільним зайняттям земельних ділянок, передбачає набуття права на земельну ділянку за давністю користування (набувальна давність) (ст. 119).

У правозастосовній практиці, з одного боку, виникає питання щодо співвідношення набувальної давності із самовільним зайняттям земельної ділянки. Згідно зі ст. 119 громадяни, які добросовісно, відкрито і безперервно користуються земельною ділянкою протягом 15 років, але не мають документів, які б свідчили про наявність у них прав на цю земельну ділянку, можуть звернутися до органу державної влади або органу місцевого самоврядування з клопотанням про передачу її у власність або надання в користування. Якщо виходити із змісту визначення самовільного зайняття земельної ділянки, яке закріплене в Законі України «Про державний контроль за використанням та охороною земель», то відсутність документів, які б свідчили про наявність у особи прав

на земельну ділянку, була б достатньою підставою для визнання фактичного використання земельної ділянки незаконним.

З другого боку, можна дійти висновку, що не будь-яке фактичне використання земельної ділянки слід вважати самовільним. Йдеться про добросовісне, відкрите і безперервне фактичне користування земельною ділянкою протягом 15 років. Виникає питання, які наслідки тягне за собою фактичне використання земельної ділянки до досягнення 15 років? Оскільки право на набувальну давність виникає у громадянина лише після 15 років фактичного користування земельною ділянкою, то чи матиме місце самовільне зайняття земельної ділянки в разі, коли такий громадянин не реалізував право на набувальну давність. Ці та інші практично значущі питання повинні бути предметом подальших самостійних досліджень.

Ф. Д. Фіночко, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри адміністративного права
Національної юридичної академії імені
Ярослава Мудрого

Юридична природа протоколу про адміністративне правопорушення

У широкому розумінні протокол застосовується в різних галузях людської діяльності як фіксатор послідовного викладу проведення зборів, засідань, з'їздів, наукових конференцій тощо. Він вживається як вид навчальної документації, яка відображає роботу екзаменаційних комісій, роботу кафедр у навчальних закладах. Але якщо йдеться про акти, складені посадовою особою про прийняті нею дії та встановлені нею факти, наприклад, про адміністративні правопорушення в галузі охорони праці та здоров'я населення, або правопорушень громадського порядку, то тут протокол про адміністративне правопорушення має зовсім іншу природу. У цьому розумінні «протокол» складається, коли йдеться про адміністративне правопорушення в різних галузях управління, передбачених Кодексом України про адміністративні правопорушення (далі — КпАП України), а саме главами 5—15 (Розділ II, Особлива частина — матеріальне право), а також Розділом IV (Проведення в справах про адміністративні правопорушення — процесуальне право).

Протокол застосовується також в органах контролю, нагляду, слідства, судових засідань. Окремо необхідно вказати на протокол у міжнародному праві: протокол у міжнародному праві та протокол дипломатичний.

До протоколів нерідко відносять *process-verbal* (протокольний запис) якої-небудь конференції (міжнародної), де викладаються виступи делегатів та приймаються рішення з окремих питань¹. Вчені-адміністративісти, які досліджують (і досліджували) різні аспекти адміністративного процесу, вказали свої погляди стосовно стадій цього процесу в цілому, а також його складових частин.

Так, Д. Н. Бахрах на основі аналізу законодавства та наукової літератури доходить висновку про існування чотирьох стадій провадження у справах про адміністративне правопорушення, а саме: 1) адміністративне розслідування; 2) розгляд адміністративної справи та винесення постанови; 3) оскарження постанови та перегляд її; 4) виконання постанови². Але в цілому слухна позиція Д. Н. Бахраха щодо стадій провадження у справах про адміністративні правопорушення при детальному розгляді виявилась логічно непослідовною, яка заперечує його вихідні позиції. Він починає аналіз провадження з питання про порушення адміністративної справи під рубрикою адміністративного розслідування³.

Таким чином, тут у наявності пануюча точка зору про стадії адміністративного процесу, яка базується на методі аналогії з кримінальним процесом. Але таке розуміння послідовності стадій має суттєвий недолік: спотворює дійсний порядок провадження у справах про адміністративні правопорушення.

За діючим законодавством процесуальний момент порушення справ не визначений.

У справах про адміністративні правопорушення першою стадією є стадія адміністративного розслідування (підготовка матеріалів). Про стадію порушення адміністративної спра-

¹ Див.: Большая советская энциклопедия. – 2-е изд. – М., 1955. – Т. 35. – С. 144.

² Див.: Бахрах Д. Н. Административная ответственность. – Пермь, 1966. – С. 159.

³ Див.: Там само. – С. 160.

ви не можна говорити в тому значенні, в якому розуміють подальші стадії, тобто як органічно пов'язані цим процесом, відгороджені одна від одної підсумковим процесуальним документом.

Про порушення адміністративної справи можна говорити тільки як про психологічний, вольовий акт, що не фіксований процесуально зовні, але який передував прийняттю рішення почати адміністративне розслідування за наявності ознак адміністративного правопорушення. Якщо коротко підбити підсумок вищезазначеному, то можна зробити висновок, що стадія порушення адміністративної справи зливається зі стадією адміністративного розслідування, а саме, розслідування починається без складання певного процесуального документа. Міркування, що лежать в основі цього підходу для вирішення питання, базуються на аналізі законодавства, практики та положення про те, що першою стадією адміністративного провадження є виявлення факту правопорушення та складання протоколу про правопорушення. Перейдемо тепер до розгляду суті та специфічних особливостей цієї стадії.

Основою для порушення адміністративної справи та її розслідування у випадку, що розглядається, є адміністративний проступок. А. Е. Лунев вказує, що питання про адміністративну відповідальність може виникнути тоді, коли відповідний повноважний орган держави порушить адміністративну справу і цим лише покладе початок діям, направленим на збирання доказів, що підтверджують або спростовують винність особи у вчиненні адміністративного проступку.

Цю стадію адміністративного процесу слід називати адміністративним розслідуванням¹.

Але таке пояснення залишає поки що відкритим питання про процесуальний момент порушення адміністративної справи.

І дійсно, при порушенні адміністративної справи відсутній процесуальний акт державного органу, посадової особи, в якому би вони встановлювали ознаку адміністративного порушення та вирішували адміністративну справу. Так,

¹ Див.: Лунев А. Е. Вопросы административного процесса // Правоведение. – 1962. – № 2. – С. 47.

рішення почати адміністративне розслідування поєднує і акт порушення справи, і початок її розслідування.

Встановлення факту правопорушення у більшості випадків є результатом адміністративної діяльності органів державного управління. Встановлення факту правопорушення є основою для порушення та розслідування адміністративної справи. Приводом до порушення і розслідування в цьому разі є безпосереднє виявлення уповноваженою особою ознак правопорушення. Так, ст. 254 Кодексу України про адміністративні правопорушення вказує, що про вчинення адміністративного правопорушення складається протокол уповноваженими на те посадовою особою або представником громадської організації чи органу громадськості самодіяльності. Безумовно, що приводами можуть бути і інші обставини, яких ми тут не торкаємось.

Адміністративне розслідування має ряд особливостей:

1) типовою для адміністративного розслідування є та обставина, що воно виникає в результаті діяльності органів державного управління (органи міліції, санітарної, пожежної, ветеринарної інспекцій тощо);

2) розслідування починається без складання окремого процесуального документа, в той час як у кримінальному процесі провадження усіх процесуальних дій починається тільки з моменту винесення постанови про порушення кримінальної справи;

3) специфіка адміністративного розслідування полягає в тому, що спочатку перевіряються обставини правопорушення (опитуються свідки, використовуються документи, проводяться експерименти, подаються речові докази тощо) і тільки після з'ясування усіх обставин результати розслідування процесуально оформлюються складанням протоколу про правопорушення;

4) адміністративне розслідування проводиться переважно посадовою особою спеціальної компетенції у межах наданих їй повноважень. Обсяг повноважень різний, залежно від обсягу службової компетенції відповідної посадової особи;

5) особливість адміністративного розслідування як стадії полягає в тому, що залежно від органів та категорій справ ця ста-

дія може виступати як самостійна, проміжна (тоді, коли справа передається до іншого органу), а може бути стадією, яка включає як адміністративне розслідування, так і стадію розгляду адміністративної справи та винесення постанови (коли адміністративна справа порушується, розслідується та розглядається по суті одним і тим самим органом або посадовою особою);

б) адміністративне розслідування проводиться в більшості випадків особами, що мають спеціальні знання, необхідні для об'єктивного та кваліфікованого розслідування та встановлення усіх обставин, пов'язаних з адміністративним правопорушенням (державтоінспектор; ветеринарний лікар, інспектор рибоохорони; санітарний лікар та інші).

Розслідування справи про адміністративне правопорушення закінчується складанням процесуального акта. Таким процесуальним документом є протокол про адміністративне правопорушення. Цей процесуальний документ виступає як акт, що фіксує закінчення розслідування по адміністративній справі, якщо справа порушується, розслідується та розглядається по суті одним і тим самим органом (посадовою особою). У тих випадках, коли справа передається на розгляд до іншого органу, протокол про адміністративне правопорушення являє собою процесуальний документ, яким оформлюється стадія попереднього розслідування, тому що орган, котрий розглядає справу, по суті, самостійно зобов'язаний перевіряти усі обставини правопорушення.

В. Д. Сорокін стверджує, що провадження по адміністративній справі починається ще до того, як вона передається до адміністративної комісії. Першою стадією адміністративного провадження слід визнати оформлення протоколу уповноваженою на те особою¹.

Питання про юридичну природу протоколу становить не лише теоретичний, але й практичний інтерес.

Тому необхідно з'ясувати, чи є протокол документом, котрий фіксує процесуальний момент порушення справи про адміністративне правопорушення або це процесуальний акт, яким оформляється адміністративне розслідування.

¹ Див.: Сорокін В. Д. Административные комиссии. — М.: Юрид. лит., 1964. — С. 26.

Твердження про те, що протокол являє собою документ про порушення адміністративної справи, а його складання — процесуальний момент такого порушення¹, не відповідає дійсності. Д. Н. Бахрах слушно звертає увагу на те, що тут має місце некритичне перенесення в адміністративний процес положень кримінального процесу. У кримінальному процесі винесення постанови про порушення справи є першою процесуальною дією, після якої проводяться усі інші слідчі дії (огляди, допити, експертизи). Результати попереднього розслідування фіксуються в постанові про пред'явлення обвинувачення, а також і в обвинувальному висновку. І якщо порівнювати з кримінальним процесом, то протокол про адміністративне правопорушення — це скоріше обвинувальний документ.

До складання протоколу (у багатьох випадках) проводяться усі необхідні процесуальні дії: опитуються свідки, беруться пояснення в порушників, затримуються та заарештовуються майно, провадяться огляди тощо.

Протокол — це підсумок попереднього розслідування, а не його початок².

Сумніви стосовно того, що протокол про адміністративне правопорушення є процесуальним документом, який фіксує закінчення адміністративного розслідування, — результат того, що над стадіями провадження в справах про адміністративні правопорушення тяжіє кримінально-процесуальна аналогія.

Проаналізувавши велику кількість справ про адміністративні правопорушення, що розглядаються в органах спеціальної компетенції та адміністративних комісіях, автор дійшов висновку про те, що протокол являє собою процесуальний документ закінчення адміністративного розслідування, а не акт про порушення справи.

Висновки щодо юридичної природи протоколу не суперечать главі 19 КпАП України. Так, ст. 256 КпАП України зат-

¹ Див.: Галаган И. А. О совершенствовании законодательства об административной ответственности // Ученые записки ВНИИСЗ. — М., 1965. — Вып. 5. — С. 38.

² Див.: Бахрах Д. Н. Административная ответственность. — С. 161–162.

верджує зміст протоколу: у протоколі про адміністративні правопорушення зазначається: дата і місце його складання, посада, прізвище, ім'я, по батькові особи, яка склала протокол; відомості про особу порушника; місце, час вчинення і *суть адміністративного порушення* (курсив мій — Ф. Д.); нормативний акт, який передбачає відповідальність за дане правопорушення; прізвища, адреси свідків і потерпілих, якщо вони є; пояснення порушника; *інші відомості, необхідні для вирішення справи* (курсив мій. — Ф. Д.). Якщо правопорушником заподіяно матеріальну шкоду, про це також зазначається у протоколі. Викладена частина протоколу свідчить про вимогу вичерпної інформації щодо складу адміністративного правопорушення: «суть адміністративного правопорушення», «інші відомості, необхідні для вирішення справи».

Протокол підписується особою, яка його склала, і особою, яка вчинила адміністративне правопорушення. Вказані вище дії тотожні діям слідчого при складанні обвинувального акта і пред'явленні його обвинуваченому.

У разі відмовлення особи, яка вчинила правопорушення, від підписання протоколу в ньому робиться запис про це. Особа, яка вчинила правопорушення, має право подати пояснення і зауваження щодо змісту протоколу, які додаються до протоколу, а також викласти мотиви свого відмовлення від його підписання. При складанні протоколу порушникові роз'яснюються його права і обов'язки. Серед них такі: особа, яка притягається до адміністративної відповідальності, має право знайомитись з матеріалами справи, давати пояснення, подавати докази, заявляти клопотання; при розгляді справи користуватися юридичною допомогою адвоката, виступати рідною мовою і користуватися послугами перекладача, якщо не володіє мовою, якою ведеться провадження; оскаржити постанову по справі (ст. 268 КпАП).

Виконання усіх перерахованих вимог свідчить про юридичну природу протоколу, а також про ту значущість процесуальних гарантій, які знайшли своє втілення у Конституції України (статті 59–63).

Інколи протокол розглядається як документ про порушення справи про адміністративне правопорушення, а його

складання як процесуальний момент порушення справи. На наш погляд, це обвинувальний акт, як про це сказано вище, адже до початку складання протоколу уже були проведені необхідні процесуальні дії. Інший вагомий незаперечний аргумент на доказ того, що складання протоколу — це закінчення адміністративного розслідування, є зміст ст. 257 КпАП України, в якій сказано, що протокол надсилається органу (посадовій особі), уповноваженому розглядати справу про адміністративне правопорушення.

Випадки, коли протокол про адміністративне правопорушення не складається, передбачені ст. 258 КпАП України.

Характер адміністративних правопорушень визначає також особливості адміністративного розслідування.

У випадках, коли штраф накладається на місці або коли факт правопорушення не складний, а порушник відомий, адміністративне розслідування полягає у встановленні факту порушення, відомостей про особу порушника та складанні протоколу. Таке провадження, на нашу думку, слід називати спрощеним провадженням. А у тих випадках, коли характер адміністративного провадження складний і для встановлення об'єктивної істини необхідно не тільки опитати свідків правопорушення та долучити до справи докази, запрошувати фахівців, використовувати документи, проводити експертизи та інше, таке провадження є складним стосовно першого і його можна було б назвати складним провадженням. Терміни «спрощене провадження» і «складне провадження» можна застосовувати тільки у справах про адміністративні правопорушення і тільки у порівнянні між собою. Вказана термінологія пропонується з теоретичною метою, з метою висвітлення особливостей, які є у межах однієї стадії — стадії адміністративного розслідування.

ТРИБУНА МОЛОДОГО ВЧЕНОГО

М. Г. Хаустова, аспірантка кафедри теорії держави і права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Національна правова система України: актуальні питання становлення

З набуттям у 1991 році Україною незалежності, входженням її як самостійного суб'єкта до європейської і світової спільноти та проголошенням її демократичною, соціальною, правовою державою, утвердженням пріоритету прав людини постало питання про необхідність формування ефективної, якісно нової правової системи, національного законодавства, створеного на рівні загальноновизначених міжнародних правових стандартів, на фундаменті багатовікового прогресивного досвіду і демократичних традицій українського народу.

Як відомо, Україна в складі Радянського Союзу по суті не мала своєї правової системи. Так, у Конституції СРСР 1977 року закріплювалося положення, що в разі розходження закону союзної республіки з загальносоюзним законом діє закон СРСР. Тому практично правова система української держави почала формуватися з прийняттям Верховною Радою України 16 липня 1991 року Декларації про державний суверенітет України. З того часу Верховна Рада прийняла кілька тисяч законів, які стосуються основ державотворення, проблем економічного і соціально-культурного розвитку України, бороть-

би зі злочинністю, оборони і державної безпеки країни, інших питань внутрішнього життя і зовнішньої політики.

Тисячолітня історія державотворення нашого народу знайшла свій вияв у Конституції України, прийняття якої стало подією в історії українського народу. Це поставило нові завдання по розробці і науковому обґрунтуванню національної правової системи, власної стратегії державного будівництва, реформування системи національного законодавства та практики його застосування, які були б зорієнтовані передусім на забезпечення та охорону прав, свобод і законних інтересів громадян, європейські політико-правові стандарти. Незалежність — це лише перший крок, що відкрив шлях до творення власної держави і тим самим дозволив інституціоналізувати одвічне прагнення до державності. Конституція України є основою цього тривалого процесу, яка є не тільки найвищим Основним Законом, а й тією моделлю, за якою відбуваються державотворення і розвиток суспільства на певному історичному етапі¹.

В основу розбудови української державності, становлення національної правової системи Конституцією покладена концепція демократичної, соціальної, правової держави, що відповідає вимогам сучасної теорії і практики конституціоналізму. Однак проголошенням демократичного, соціального і правового статусу України законодавець не стільки констатував реальний стан держави, скільки висловив прагнення і створив конституційні передумови для подальшої реалізації названих принципів. Про це свідчать і положення преамбули Конституції, де зазначається, що український народ, від імені якого виступає Верховна Рада України, прагне розвивати і зміцнювати демократичну, соціальну, правову державу².

¹ Див.: *Медведчук В.* Правова наука і правова держава: проблеми взаємозв'язку і розвитку // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — №№2–3. — С. 37-53.

² Див.: Конституція України: Науково-практичний коментар / В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін та ін.; Ред. кол. В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Прошевой та ін. — Х.: Право; К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — С. 9–11.

Співвідношення Конституції України і національної правової системи виявляється через закріплене положення в ст. 8 Конституції України: «В Україні визнається і діє принцип верховенства права. Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй. Норми Конституції України є нормами прямої дії». Таким чином, Конституція впливає на усі компоненти правової системи, а вона, у свою чергу, — на Основний Закон. Міра їх взаємовпливу та взаємодії визначає ефективність конституційної системи держави, рівень забезпечення конституційної законності, стійкості та розумного динамізму національної правової системи, її адаптації до реального життя. У свою чергу усі елементи правової системи впливають на Конституцію України, на її реалізацію¹.

Сьогодні першочерговою важливістю набуло питання співвідношення правової системи України з європейським правовим простором у контексті інтеграційних прагнень нашої держави.

Відповідно до щорічного послання Президента України до Верховної Ради України «Європейський вибір. Концептуальні засади стратегії економічного та соціального розвитку України на 2002–2011 рр.» проголошено курс України на європейську інтеграцію. У цьому документі визначені завдання довгострокової стратегії, які мають забезпечити місце України як високорозвиненої, соціальної за своєю сутністю, демократичної правової держави, її інтегрування у світовий економічний процес як країни з конкурентоспроможною економікою, здатною вирішувати найскладніші завдання свого розвитку. Європейський вибір України — це водночас і рух до стандартів реальної демократії, інформаційного суспільства, соціально-орієнтованого ринкового господарства, що ґрунтується на засадах верховенства права й забезпечення прав та свобод людини і громадянина². Разом з тим, ставля-

¹ Див.: *Тодыка Ю. Н.* Конституция Украины — Основной Закон государства и общества. — Х.: Факт, 2001. — С. 379.

² Див.: Європейський вибір: Виступ Президента України Л. Д. Кучми у Верховній Раді України червень 2002 р. Послання Президента України до Верховної Ради України. 2002 р. // Урядовий кур'єр. — 2002. — № 100.

чи завдання узгоджувати стратегію інституційних перетворень в Україні з критеріями членства в Європейському Союзі («копенгагенськими критеріями»), у документі йдеться про стабільність законів та інституційних структур, що гарантують демократію, верховенство закону, забезпечення прав людини.

Необхідно наголошувати на тих перетвореннях, які повинні відбуватися в правовій системі України, щоб вона могла вважатися повноцінною складовою європейського правового простору як середовища формування єдиного європейського права. Те, що сьогодні здійснює переважний вплив на державну політику України, базується на сприйнятті реформування національного права як засобу європейської інтеграції нашої держави, метою якого, як свідчать офіційні документи, є вступ України до Європейського Союзу як повноправного члена¹. З цього випливають завдання щодо адаптації правової системи України до законодавства Європейського Союзу² тією мірою і наскільки це необхідно для досягнення статусу повноправного члена ЄС.

Згідно з офіційним визначенням, що міститься в цій Концепції, адаптацію законодавства України до законодавства Європейського Союзу слід розуміти як поетапне прийняття і впровадження нормативно-правових актів України, розроблених з урахуванням законодавства Європейського Союзу. Слід наголосити, що поняття «адаптація» відрізняється від змісту уніфікації, тобто йдеться про відповідність рівня українського законодавства законодавству Європейського Союзу, а не про абсолютну ідентичність його з останнім.

Адаптація законодавства України до законодавства Європейського Союзу набуває особливого значення, враховуючи те, що 1 травня 2004 р. закінчується п'ятий етап розширення ЄС із включенням до нього 10 країн Центральної та Східної

¹ Див.: Указ Президента України «Про Національну раду з питань адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» № 1033/2000 від 30 серпня 2000 р. // Офіційний вісник України. — 2000. — № 33.

² Див.: Постанова Кабінету Міністрів України «Про концепцію адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 16 серпня 1999 р. № 1496 // Офіційний вісник України. — 1999. — № 33.

Європи, і безпосереднім сусідом України стане наддержавне утворення — Європейський Союз. У статті 3 bis Угоди про партнерство й співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами від 14 червня 1994 року задекларовано бажання України, з одного боку, і Європейських Співтовариств та їх держав-членів — з другого, створити в майбутньому зону вільної торгівлі¹.

Адаптація законодавства України до законодавства ЄС полягає в зближенні із сучасною європейською системою права, що забезпечить розвиток політичної, підприємницької, соціальної, культурної активності громадян України, економічний розвиток держави у рамках ЄС і сприятиме поступовому зростанню добробуту громадян, приведенню його до рівня, що сформувався в державах — членах ЄС². Вона передбачає реформування її правової системи та поступове приведення у відповідність із європейськими стандартами і охоплення приватне, митне, трудове, фінансове, податкове законодавство, законодавство про інтелектуальну власність, охорону праці, охорону життя та здоров'я, навколишнє природне середовище, захист прав споживачів, технічні правила і стандарти, транспорт, а також інші галузі, визначені Угодою про партнерство та співробітництво. Важливим чинником реформування правової системи України слід вважати участь України у конвенціях Ради Європи, які встановлюють спільні для цієї організації та ЄС стандарти.

Таким чином, найбільш перспективною є точка зору, яка полягає в необхідності проведення науково обґрунтованої реформи всієї правової системи України не тільки заради того, щоб гарантувати відсутність протиріч з наднаціональним правом ЄС, а й для досягнення відповідності її з право-

¹ Див.: Указ Президента України «Про забезпечення виконання Угоди про партнерство та співробітництво між Україною та Європейськими Співтовариствами (Європейським Союзом) і вдосконалення механізму співробітництва з Європейськими Співтовариствами» (Європейським Союзом) від 148/98 від 24 лютого 1998 р. // Офіційний вісник України. — 1998. — № 8.

² Див.: Указ Президента України «Про затвердження Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу» № 615/98 від 11 червня 1998 р. // Офіційний вісник України. — 1998. — № 24.

вими системами провідних європейських держав. Доцільність та необхідність саме такого підходу обґрунтовується комплексним баченням ролі права як інструменту не тільки входження України до Європейського Союзу, але й належного її функціонування у цій організації, а також створення в Україні правової системи за європейською моделлю, що передбачає належну повагу до права, визнання його справжньої соціальної цінності не лише як інструменту регулювання та консервативної охорони суспільних відносин, а насамперед ефективного засобу реалізації та захисту прав, свобод і законних інтересів громадян, інструменту динамічного суспільного прогресу¹. Слід мати на увазі, що право Європейського Союзу не є, як часто уявляють, повністю відокремленою та самодостатньою правовою системою. Насправді воно в переважній більшості випадків лише доповнює національні правові системи держав — членів ЄС відповідно до принципів інтеграції, субсидіарності та пропорційності, застосовуючи безпосереднє регулювання суспільних відносин лише там, де це вкрай необхідно.

Тому основним напрямком державної політики України, метою якої є входження України до європейського правового простору, повинна стати не тільки адаптація законодавства, а реформування всієї правової системи за європейськими стандартами, які містяться у документах ОБСЄ, Ради Європи та Європейського Союзу, а також з врахуванням національно-правової практики держав-членів ЄС. Запорукою успішності цього процесу повинно стати чітке розуміння структури європейського правового простору, ролі і місця його компонентів у формуванні єдиного європейського права².

Слід наголосити, що ефективність правової системи ЄС забезпечується високим рівнем довіри до її інституційних

¹ Див.: *Забігайло В. К.* Право України в контексті його апроксимації до права Європейського Союзу // Українсько-європейський журнал міжнародного та порівняльного права. — 2000. — Т. 1. — Вип. 1. — С. 9.

² Див.: *Задорожний О. В., Гнатівський М. М.* Правова система України в Європейському правовому просторі // Український часопис міжнародного права. — К., 2002. — № 2 — С. 29–32.

органів. Їхня діяльність базується на послідовній реалізації одного з головних інтеграційних принципів, згідно з яким ЄС є своєрідним «слугою» держав-членів при вирішенні питань, що стосуються спільних інтересів, а не їх господарем. Підтвердженням такого підходу є побудова діяльності його інститутів на засадах відкритості та прозорості¹.

Таким чином, створення досконалої національної правової системи України як суверенної і незалежної держави є найактуальнішою і принципово важливою потребою часу. Для реалізації цього процесу необхідно визначити такі напрямки її формування.

Це, по-перше, здійснення конституційного принципу, закріпленого в ст. 3 Конституції України, згідно з яким людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Це базисна стаття, яка характеризує самі підвалини того суспільного й державного ладу, що закріплюється Конституцією. Вона є нормативно-юридичним фундаментом гуманістичного спрямування розвитку суспільного і державного життя в Україні. Визнання людини соціальною цінністю означає, що людина є цінністю не тільки для самої себе, а й для всього суспільства, для соціуму. Жодне інше явище не може поцінюватись суспільством вище, ніж людина, не може, так би мовити, перевершити її цінність. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Призначення цього положення — визначити основний соціальний вектор у взаємовідносинах між людиною й Українською державою. Отже, це положення має антитоталітарну спрямованість і є гуманістичною засадою діяльності держави.

По-друге, це реалізація положення ст. 8 Конституції України щодо визнання верховенства права. Цей принцип належить до найкращих прогресивних здобутків політико-право-

¹ Див.: *Опришко В. Ф., Омельченко А. В., Фастовець А. С.* Право Європейського Союзу. Загальна частина. — К., 2002. — С. 14–17.

вої історії людства і покликаний забезпечувати гуманістичний розвиток суспільства. Верховенство права — це панування права в суспільстві. Йдеться про визначальну роль права в стосунках між усіма учасниками суспільного життя, у життєдіяльності державних і недержавних організацій, соціальних спільнот, груп, об'єднань, зрештою усіх людей. Верховенство права, інтерпретоване як пріоритетність у суспільстві насамперед прав людини, виявляється головним чином у таких рисах державного і суспільного життя: а) закріпленні в конституційному та інших законах держави основних прав людини (закони, які їм суперечать, є неправовими); б) пануванні в суспільному та державному житті таких законів, котрі виражають волю більшості або всього населення країни, втілюючи при цьому загальнолюдські цінності та ідеали, насамперед права і свободи людини; в) врегулюванні відносин між особою і державою на основі загально дозволеного принципу: «Особі дозволено чинити все, що прямо не заборонено законом»; г) взаємовідповідальності особи і держави¹. Наведені ознаки є, власне, суттєвими рисами і правової держави, що нею проголосила себе Україна.

По-третє, вдосконалення чинного законодавства, забезпечення на всій території України режиму єдиної законності. Йдеться про формування правової бази для демократичних перетворень у нашій країні, підвищення якості законодавства і створення ефективного механізму контролю за його реалізацією. Для цього необхідно, щоб системоутворюючі, базові закони були включені як пріоритетні в єдину державну програму законопроектних робіт, які регламентують найважливіші суспільні відносини. Необхідно відійти від практики прийняття законів з будь-якої проблеми, тому що це принижує роль закону в регламентації суспільних відносин, а також скасовує зміст підзаконних актів. З цією метою слід прийняти закон про нормативно-правові акти в Україні, який розроблений фахівцями Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, що надало би можливість упорядкувати систему нормативних актів України, забезпечити

¹ Див.: Конституція України: Науково-практичний коментар. — С. 43–47.

більш високу їх якість та ефективність, зміцнити законність, створити надійну законодавчу базу функціонування системи законодавства в Україні¹. Вже давно назріла необхідність нормативного встановлення основних правил законодавчої техніки, щоб сприяло б суттєвому покращенню структури правових актів, які приймаються, вдосконаленню мови і стилю, забезпеченню єдиного підходу у правотворчій діяльності Української держави. Необхідно провести порядок у нормативно-правовій системі, звільнити її від непотрібного баласту, привести законодавство у відповідність з нормами Конституції України, потребами суспільства, що є загальнодержавним завданням, вирішення якого зробить українську правову систему більш ефективною.

Ще, Ш. Монтеск'є зазначав, що закони повинні бути у такій тісній відповідності із властивостями народу, для якого вони встановлені, що лише в надзвичайно рідких випадках закони одного народу можуть бути придатними для іншого народу².

Більшість правових систем є відображенням певного правового устрою, вони співвідносяться як одиничне, особливе і загальне та демонструють як унікальність та неповторність тих чи інших законів, так і універсальність, що характеризує напрям міжнародної координації правових дій. Кожній державі притаманний той або інший тип права, сутність і зміст якого мають вирішальне значення для характеристики її правової системи. Правова система кожної держави має свою специфіку, структуру, мету, формується у певній історичний час, у конкретному регіоні, характеризується національними особливостями. Вона складається в суспільства з неоднаковими звичаями, віруваннями³.

Таким чином, пріоритетність розвитку нормативно-правової бази правової системи обумовлюється тим, що без пра-

¹ Див.: Панов М. І., Воронов М. П. До проекту Закону України «Про нормативно-правові акти» // Вісник Академії правових наук України. — 1995. — № 4. — С. 140–141.

² Див.: Монтеск'є Ш. Избранные произведения. — М., 1995. — 171 с.

³ Див.: Зайчук О., Оніщенко Н. Середовище права та формування правових систем сучасності // Право України. — 2003. — № 12. — С. 37–40.

ва немає правової системи, оскільки воно викликає до життя кожен з її елементів¹. Втілюючись у законодавстві, право тягне за собою виникнення таких компонентів правової системи, як правовідносини, юридична практика, правові інститути тощо. У зв'язку з цим правова реформа, що здійснюється у нашій країні на сучасному етапі, має своєю метою досконалість правовій системи України в цілому, оскільки не можна підвищити якість правової системи при суперечливому законодавстві. Отже, реформування сучасної правової системи України має трансформувати національну правову систему, а також сформувати її структурні частини відповідно до європейських правових стандартів, що надасть можливість посісти їй чільне місце серед європейських правових систем.

¹ Див.: Бабаєв В. К. Правовая система общества // Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В. К. Бабаева. — Нижний Новгород, 1993. — 290 с.

Д. О. Бочаров, старший викладач Академії митної служби України

Доказове право як інститут законодавства

Роль доказового права в правовому регулюванні суспільних відносин складно переоцінити: регламентуючи процесуальні й процедурні відносини з доказування, воно забезпечує ефективність правозастосування й мінімізує можливість порушення прав людини під час його здійснення. Це однаковою мірою стосується як юрисдикційного доказування, так і доказування, що здійснюється в процесі виконавчо-розпорядчої діяльності державних органів.

Окремі проблемні питання доказового права привертали увагу таких вітчизняних вчених-правознавців, як М. Гродзинський, С. Альперт, Ю. Грошевий, В. Нор, М. Михеєнко, Є. Додін та ін. Проблеми доказового права досліджувалися переважно в контексті науки кримінального процесу, значно менше уваги приділили їм цивілісти і ще менше — представники науки адміністративного права¹. Прикро, але попри очевидну потребу, у вітчизняній науці донині не було здійснено жодної спроби комплексного дослідження проблем доказового права з позицій загальної теорії. Перша і по

© Бочаров Д. О., 2004

¹ Виняток становлять хіба що праці Є. Додіна. Див.: Додін Е. В. Доказательства в административном процессе. — М., 1973; Його ж. Доказывание и доказательства в правоприменительной деятельности органов советского государственного управления. — Киев-Одесса, 1976.

суті єдина така робота належить російському вченому І. Решетніковій¹.

Результатом дослідження І. Решетнікової є доволі цікавий висновок. На її думку, доказове право в цілому являє собою міжгалузевий правовий інститут, який об'єднує процесуальні норми загального характеру; при тому спеціальні норми, що регламентують доказування в окремих галузях і провадженнях, до його складу не входять. Практичну цінність такого підходу авторка вбачає в тому, що «дослідження доказового права як наскрізного міжгалузевого інституту дозволяє ліквідувати вади загальних норм про доказування в окремих галузях права і створити міцну основу для розвитку специфіки доказування в окремих категоріях справ»².

Деякі положення й висновки цього дослідження видаються сумнівними³, але схоже на те, що загалом І. Решетнікова має рацію: доказове право, дійсно, являє собою комплексний міжгалузевий процедурно-процесуальний правовий інститут, призначений для регламентації доказування у сфері правозастосування.

Точку зору І. Решетнікової поділяють далеко не всі науковці, які спеціалізуються на проблемах юридичного доказування і доказового права. Так, на думку В. Нора, доказове право становить центральний інститут кримінально-процесуального права; М. Строгович був схильний визнавати його інститутом, спільним для кримінально-процесуального і цивільного процесуального права; Ю. Орлов стверджує, що доказове право — підгалузь кримінального процесу. Існує також думка, згідно з якою доказове право являє собою підгалузь

¹ Див.: Решетнікова І. В. Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве. — М., 2000. Перший розділ цієї монографії повністю присвячений комплексному аналізу доказового права.

² Див.: Решетнікова І. В. Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве. — С. 45.

³ Детальніше див.: Бочаров Д. Системний статус доказового права // Вісник прокуратури. — 2003. — № 1. — С. 60–62; Його ж. Про місце доказового права в системі права // Право України. — 2003. — № 2. — С. 30–34.

конституційного права¹. Така розбіжність поглядів обумовлена, передовсім, намаганням вчених визначити природу доказового права з позицій галузевих наук, ігноруючи його комплексний характер.

Натомість наукова розвідка, здійснена В. Новицьким, привела його до оригінального висновку: з одного боку, авторові здається очевидним факт, що доказове право «наскрізно пронизує» всі процесуальні галузі, але з другого — визнати його міжгалузевим інститутом він не вважає за можливе, оскільки такий крок начебто загрожуватиме теорії права дискредитацією і перетворенням на сукупність міжгалузевих інститутів. Автор пропонує «загальну частину» доказового права втілити в теорії права, а «спеціальну частину» розпоршити по відповідних правових галузях. На думку В. Новицького, це має забезпечити «досягнення найбільш ефективного, а головне — одноманітного підходу до доказового права в усій правовій системі»².

Слід зазначити, що міркування В. Новицького виглядали б цілком слушними в англійській або американській парадигмі праворозуміння, де правова доктрина визнається одним із джерел права. Але парадигма праворозуміння, на якій ґрунтується правова система України, не дозволяє розглядати правову доктрину як джерело права, а, отже, унеможлиблює й запропонований В. Новицьким підхід. До того ж очікуваної одноманітності в усякому разі навряд чи вдалося б досягти: попри багаторічні дискусії науковців з приводу проблем юридичного доказування та доказового права, єдність думок відсутня навіть щодо найважливіших, фундаментальних питань таких, наприклад, як поняття юридичного доказу.

Думка про те, що право й законодавство співвідносяться як зміст і форма, вже стала хрестоматійною. При цьому зазна-

¹ Див.: Нор В. Т. Проблеми теорії і практики судових доказів. — Львів, 1978. — С. 6; Строгович М. С. Уголовно-процессуальное право в системе советского права // Советское государство и право. — 1957. — № 4. — С. 106; Орлов Ю. К. Основы теории доказательств в уголовном процессе: Науч.-практич. пособ. — М., 2000. — С. 8; Hazard G. C., James F., Leubsdorf J. Civil procedure. — Boston-Toronto-London, 1992. — P. 2–3.

² Див.: http://novicky.narod.ru/stat_1.html.

часться, що система права має об'єктивну природу, тобто обумовлюється реально існуючою системою суспільних відносин, а система законодавства створюється внаслідок цілеспрямованої діяльності уповноважених на те суб'єктів і тому в її формуванні значну роль відіграє суб'єктивний момент (розсуд законодавця). Так само традиційно вважається, що невідповідність змісту й форми права паралізує його регулятивні можливості, або навіть гірше — гальмує розвиток суспільних відносин. У таких випадках конче потрібне термінове втручання законодавця, зобов'язаного надати новому змісту належної форми¹.

Нерозуміння комплексної природи доказового права, поєднане з поганим усвідомленням характеру його галузевої специфіки, може призвести і вже призводить до неприємних казусів, передовсім у царині адміністративної юрисдикції та державного управління. Приміром, Є. Додін наводить приклади, коли свідки адміністративного правопорушення попереджувалися про кримінальну відповідальність за відмову від свідчення та неправдиве свідчення. «Така практика негативно позначається на ефективності й законності правозастосування, — цілком справедливо зазначає він. — Безперечно, що судове доказування і доказування, що здійснюється державними органами управління, мають багато спільного, проте вони не є тотожними. Їх слід розглядати як окремі частини більш широкого поняття — юридичного доказування»². Здавалося б, цю проблему можна вирішити, радикально розмежувавши галузеві режими доказування, але й у цьому разі цілком можливі прикрі колізії. Уявімо собі ситуацію, коли, приміром, поняття кримінально-процесуальних доказів визначається через поняття «фактичні дані», доказів у цивільному та господарському процесі — через поняття «відомості», а докази у сфері адміністративної юстиції й державного управління визначаються, відповідно, за допомогою поняття «інформація». Чи правомірним у такому разі буде використання од-

¹ Див., напр.: Скакун О. Ф. Теория государства и права: Учебник. — Х., 2000. — С. 271–272.

² Додин Е. В. Доказывание и доказательства в правоприменительной деятельности органов советского государственного управления. — С. 112, 87.

нотипних засобів доказування у різних процесах? А преюдицію, очевидно, взагалі доведеться визнати «нульовим поняттям», адже спосіб доведення, характерний для одного типу процесу, буде абсолютно неприйнятним для іншого.

Отже, видається доцільним чітко визначитися із «загальною» і «особливою» частинами доказового права як комплексного правового інституту та відповідним чином організувати законодавство. Наприкінці ця ідея могла би бути реалізована шляхом об'єднання норм загального характеру в єдиному міжгалузевому нормативно-правовому акті, а спеціальних — у відповідних галузевих актах.

Ідея створення єдиного нормативно-правового акта, який визначав би сутність, принципи і базові поняття юридичного доказування, не нова. Приміром, В. Тертишник у 1998 році писав, що «в основі законодавчої і правозастосовної практики в різних видах юридичного процесу лежать загальні положення теорії доказів, яка характеризується концептуальною цілісністю та єдністю. Сама теорія доказів має розглядатися єдиною, оскільки ґрунтується на єдиних закономірностях відбиття події злочину або правопорушення в об'єктивному світі, єдиних методологічних засадах пізнання фактів, загальних закономірностях теорії відображення, теорії пізнання й теорії інформації. Усе це дає нам підстави для постановки питання про потребу розробки і прийняття законодавчого акта загальноправового характеру — Основ доказового права»¹. На думку В. Гмирка, регламентація доказових дій у законі та їх доктринальне дослідження мають відбуватися «одним нормативним пакетом», без прив'язки до конкретного провадження — підготовчого або юрисдикційного. «Більше того, — зазначає він, — з огляду на те, що доказування як елемент правозастосовної діяльності не вичерпується, звісна річ, одним лише кримінальним процесом, є, на мій погляд, достатні підстави для опрацювання на загальнотеоретичному рівні проблем інституту доказових дій»².

¹ Тертишник В. М., Слинко С. В. Теория доказательств. — Х., 1998. — С. 85.

² Гмирко В. Кримінально-процесуальні докази: поняття, структура, характеристики, класифікація. Конспект проблемної лекції. — Дніпропетровськ, 2002. — С. 57–58.

Розглянувши сукупність джерел, що визначають правила перевірки допустимості доказів, В. Золотих доходить висновку про те, що жодний з чинних законів не містить повного переліку правил перевірки допустимості доказів. Норми, які встановлюють ці правила, наводяться в різних нормативних актах, а в окремих випадках завдячують своїм існуванням судовій практиці (прецеденту). Саме цим, на думку автора, зумовлена потреба вироблення й систематизації єдиних, чітких і несуперечливих правил перевірки допустимості доказів¹. Щоправда, В. Золотих не уточнює, де мають бути об'єктивовані ці правила — чи то у правовій доктрині, як пропонує В. Новицький, чи то у відповідному законі. Нормативне їх закріплення видається доцільнішим з причини, вже розглянутої в контексті аналізу пропозицій В. Новицького.

Характеризуючи доказове право як міжгалузевий інститут, І. Решетнікова вважає за потрібне включити до «загальної» його частини поняття доказів, визначення належності й допустимості доказів, предмета доказування, обов'язку доказування, стандарту доказування, а також засобів і стадій доказування². Очевидно, що в разі створення міжгалузєвого нормативно-правового акта, який регламентував би загальні аспекти юридичного доказування, саме ці питання потребували б закріплення в ньому за логікою І. Решетнікової.

В. Тertiшник поставився до визначення змісту потенційних Основ доказового права більш ґрунтовно. На його думку, зазначений акт мав би включати такі положення:

— доказування має здійснюватися незацікавленим у результаті розгляду справи суб'єктом, а інші учасники процесу (свідки, експерти тощо) не можуть перебувати в службовій або матеріальній залежності від особи, яка здійснює розгляд;

— одна й та сама особа не може мати кілька процесуальних статусів, так само як не може бути учасником розгляду особа, процесуальний статус якої не визначений законом;

¹ Див.: *Золотых В. В.* Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. — Ростов-на-Дону, 1999. — С. 29.

² Див.: *Решетникова И. В.* Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве. — С. 45.

— доказами можуть бути лише достовірні фактичні дані, отримані належним порядком із належних джерел. Не можуть бути доказами дані, джерело походження яких невідоме;

— для отримання доказів забороняється вчиняти дії, які не передбачені й не регламентовані законом. Неприпустиме вчинення кримінально-процесуальних дій для вирішення завдань адміністративного процесу, і відповідно не припускається використання адміністративно-процесуальних форм у процесі дізнання та попереднього слідства;

— заборонено здобувати докази шляхом застосування насильства, погроз, обдурювання, шантажу, необґрунтованого втручання у сферу приватного життя громадян та інших незаконних заходів;

— ніхто не зобов'язаний свідчити проти самого себе, членів сім'ї та близьких родичів;

— у ході збирання й дослідження доказів неприпустиме вчинення дій, що небезпечні для життя або здоров'я громадян, принижують їх честь і гідність або призводять до заподіяння їм моральної чи майнової шкоди;

— у нормативних актах щодо кожної доказової дії має бути чітко визначено: хто уповноважений на її здійснення; хто може або має бути присутній; процесуальні права і обов'язки учасників; необхідність роз'яснення учасникам їхніх прав і обов'язків, а також порядку їх реалізації; підстави вчинення доказової дії; межі застосування; зміст; порядок і послідовність здійснення; способи фіксації перебігу й результатів таких дій тощо¹.

Коментуючи в цілому слушні пропозиції В. Тertiшника, слід зауважити, що в його баченні потенційні Основи доказового права ґрунтуються переважно на реаліях кримінального процесу і практично не враховують специфіки інших. Якщо колись й постане питання про створення такого акта, то до його розробки й обговорення мають бути залучені не лише процесуалісти, але й фахівці з питань державного управління, соціального захисту, нотаріальної діяльності, адже

¹ Див.: *Тertiшник В. М., Слинько С. В.* Теория доказательств. — С. 85–87.

юридичне доказування здійснюється й у цих сферах правозастосування¹.

Характерно, що закон, подібний до обстоюваного тут, з 1975 року існує в країні з дуже розвиненим і досконалим доказовим правом — Сполучених Штатах Америки (Federal Rules of Evidence). Федеральні правила щодо доказування розраховані на застосування територіальними судами, апеляційними судами, патентним судом, суддями у справах про банкрутство, а також магістратами США. Закон складається з 11 статей, кожна з яких містить від одного до п'ятнадцяти правил і регламентує питання щодо освіченості суду стосовно окремих фактів, визначення і застосування презумпцій, порядку й підстав визначення належності доказів, підстав визнання доказів недопустимими, трактування і застосування привілеїв, визначення статусу й процедур допиту свідків та експертів, визначення підстав для можливості свідчення з чужих слів, визначення способів і процедур посвідчення та ідентифікації як умов допустимості доказів, визначення умов допустимості письмових документів, записів і фотоматеріалів тощо².

Очевидно, саме факт існування Федеральних правил став підставою для твердження І. Решетнікової про наявність у США єдиного доказового права, спільного для різних видів процесів³.

Концепція судово-правової реформи в Україні передбачає деідеологізування та радикальне реформування вітчизняного матеріального і процесуального законодавства з використанням здобутків світової практики і науки⁴. Це, звичайно, не

¹ Див., напр.: *Додин Е. В.* Доказывание и доказательства в правоприменительной деятельности органов советского государственного управления. — С. 67, 89; *Тарасова В. А.* Доказательства в области социального обеспечения // Советское государство и право. — 1972. — № 6. — С. 32–33; *Комаров В. В., Баранкова В. В.* Нотариат и нотариальный процесс: Учебник. — Х., 1999. — С. 94.

² <http://lil.law.cornell.edu/topics/evidence.html>.

³ Див.: *Решетникова И. В.* Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве. — С. 42.

⁴ Див.: Концепція судово-правової реформи в Україні // Відомості Верховної Ради. — 1992. — № 30. — С. 427–428.

повинно зводитись до сліпого копіювання західного законодавства і судової практики, проте досвідом цивілізованих країн, очевидно, нехтувати також не слід. Існування у вітчизняному законодавстві акта на кшталт американських Федеральних правил може стати дієвим запобіжником на шляху зловживань владою та порушення прав учасників правозастосовчих проваджень, а також першим кроком у напрямку задекларованого Концепцією чіткого визначення умов допустимості юридичних доказів. Окрім того, в такий спосіб буде ліквідовано наявну невідповідність статусу доказового права в системі права та його статусу в системі законодавства, і комплексний міжгалузевий правовий інститут зрештою набуде втілення у відповідному інституті законодавства.

І. В. Воронова, науковий співробітник Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України

Правосвідомість і повага до права (загальне і особливе)

Правовий характер громадянського суспільства (одна із його фундаментальних закономірностей) обумовив виникнення на історичній арені правової держави, яка спільно з ним «є органічними сторонами одного цілісного життя людини і сучасного цивілізованого суспільного буття»¹. У своїй конкретиці абстрактна формула «правовий характер» громадянського суспільства означає глибоке усвідомлення та визнання його членами, у своїй абсолютній більшості, цінності (значущості) права в організації особистого, суспільного, державного життя. Тому, враховуючи тісний взаємозв'язок правової організації громадянського суспільства з іншими найважливішими його організаційними формами (структурними елементами) — особистісною, культурною та ін.², можна стверджувати: без розвинутої у правовому відношенні особис-

© Воронова І. В., 2004

¹ *Скрипнюк О.* Сучасна вітчизняна правова наука: теоретико-методологічні проблеми розвитку демократичної, правової, соціальної держави і громадянського суспільства // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 4 (35). — С. 15.

² Див.: *Гражданское общество: истоки и современность.* — 2-е изд., доп. — СПб: Юридический центр «Пресс», 2002. — С. 223.

тості ні громадянське суспільство, ні правова держава не змогли б ані виникнути, ані існувати. Такій особистості притаманні поряд з іншими рисами наявність у неї високого рівня правової свідомості і правоповаги. Між тим якщо перша стала предметом всебічного дослідження¹, то другій юридична література майже не приділяє ніякої уваги.

Необхідність теоретичної розробки категорії «правоповага» сьогодні опосередковано визнається у зверненнях окремих вчених до поняття «законоповага». Так, М. І. Матузов, торкаючись різниці термінів «законослухняність» і «законоповажність», пише: «Законослухняна поведінка заснована частіше за все на страху, примусі, в той час як законоповага — на глибокій усвідомленості необхідності дотримуватися закону, права. Тобто це добровільна позиція індивіда, додержання ним закону не за страх, а за совість»². З цієї позиції навряд чи можна погодитись з В. В. Оксамитним, який при характеристиці правомірної поведінки віддає перевагу терміну «законослухняність»³. Саме в цьому вбачається досить усталений стереотип, який не дає можливість розмежувати поняття «законослухняність» і «законоповага», а тим більше «правоповага». З цієї ж причини не можна визнати теоретично вивіреними судження В. Л. Васильєва, коли він повагу до права розглядає виключно через призму ставлення людини до закону незалежно від його змісту, підміняючи при цьому поняття правоповаги терміном «правослухняність»⁴. А спроба дослідити повагу до закону, що була зроблена А. С. Сиротиним⁵, не може

¹ Перелік літератури не наводиться навмисно у зв'язку з її значною кількістю.

² *Матузов Н. И.* Правовой нигилизм и правовой идеализм // Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. М. И. Матузова, А. В. Малько. — М.: Юрист, 1997. — С. 594.

³ Див.: *Оксамитный В. В.* Правомерное поведение // Общая теория государства и права: Академический курс в 3-х томах. — 2-е изд., перераб и доп. / Отв. ред. М. Н. Марченко. — М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. — Т. 3. — С. 387.

⁴ Див.: *Васильев В. Л.* Юридическая психология. — СПб.: Питер Ком., 1998. — С. 142, 153, 156.

⁵ Див.: *Сиротин А. С.* Уважение к закону — фактор формирования социалистического правового государства: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — М., 1990.

бути визнана достатньою і теоретично обґрунтованою, оскільки вона базувалась на протилежних громадянському суспільству методологічних засадах, характерних для авторитарно побудованого суспільства. Як відомо, для його членів «законослухняність» полягала не лише в додержанні чинних правових норм, але й в неухильному виконанні наказів і розпоряджень чиновників та інших осіб, наділених владою, хоча б ці накази і розпорядження примушували роботи дещо поверх діючого права або навіть проти права¹.

Теоретичні судження щодо необхідності дослідження категорії «правоповага» доповнюються таким важливим аргументом, як положення Конституції України, інших законодавчих актів, котрі в різних за формою приписах формалізують та закріплюють терміни «повага», «шана», вводячи їх тим самим до сфери правового регулювання. Так, ст. 21 Конституції України встановлює право на повагу гідності людини; ст. 65 — обов'язок громадян шанувати державні символи; ст. 129 — можливість притягнення до юридичної відповідальності винних осіб за неповагу до суду і судді. У законах України «Про судоустрій України» (ст. 14), «Про статус суддів» (ст. 11) закріплюється обов'язок поважати незалежність суддів і не посягати на неї з боку органів державної влади, місцевого самоврядування, їх посадових осіб, громадян та їх об'єднань, юридичних осіб².

Мета цієї статті: з'ясувати та уточнити зміст і обсяг поняття «правоповага» і на тлі цього визначити загальні і особливі (відмінні) риси між нею та правовою свідомістю, показати корисність і доцільність в умовах громадянського суспільства використання в теорії права категорії «правоповага». Ця мета є теоретично виправданою, оскільки розкриття зазначених питань створює плацдарм для подальшого дослідження правосвідомості, правомірної поведінки, законності, правового статусу особистості в умовах громадянського суспільства та ін.

¹ Див.: *Лейст О. Э.* Общество, право и государство // Проблемы теории государства и права / Под ред. М. Н. Марченко. — М.: Проспект, 1999. — С. 39.

² Див.: *Маларенко В.* Про рівень правосуддя в державі та повагу до суду // Право України. — 2004. — № 2. — С.5–10.

Це ж буде сприяти теоретичному пошуку шляхів охорони та захисту прав людини, забезпеченню меж її свободи, визначеної правовим законом, що є для громадянського суспільства не просто його органічними політико-правовими функціями, а головною метою, щодо якої усі його властивості, якості, характеристики повинні мати підпорядкований характер¹. Практична її виправданість виявляється в можливості показати, що тільки на правовій основі громадянського суспільства може сформуватися реальна, природна повага членів суспільства до права і правових законів. Зокрема, стосовно України, то давно назріла необхідність такого права, що покликане «стати в першу чергу нормативним вираженням загальнолюдських цінностей, принципів справедливості і людяності, способом забезпечення прав і свобод громадянина і людини, основою організації і функціонування держави в інтересах людини і усього суспільства»².

При формулюванні поняття «правоповага» необхідно перш за все взяти до уваги дві головні обставини: етимологічну (формальну) й історичну. З етимологічної точки зору в його основу повинно бути покладено одне із визначень терміна «повага», а саме: як «почуття шани, прихильне ставлення, що ґрунтується на визнанні чийх-небудь заслуг, високих позитивних якостей когось, чогось»³. Одночасно була врахована його співзвучність латинській термінології, зокрема терміном «honor — честь, пошана, повага», «reverentia — належна пошана»⁴. З історичної точки зору поняття «правоповага» закономірно з'являється внаслідок виникнення та розвитку громадянського суспільства, яке тільки і може існувати як правове⁵. Тільки в його умовах можливе виникнення та становлення розвинутої правової свідомості і її логічного на-

¹ Див.: *Селиванов В. Н.* Правовая направленность развития государственности в Украине // Правоведение. — 1999. — № 1. — С. 35.

² Концепція розвитку законодавства України на 1997–2003 рр. — К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 1997. — С. 12.

³ Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і головн. ред. В. Т. Буссел. — К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2002. — С. 805.

⁴ Див.: *Барбоньяк М.* Римское право. Понятие. Термины. Определения. — М.: Юрид. лит., 1989. — С. 144, 279.

⁵ Див.: *Гражданское общество: истоки и современность.* — С. 223.

слідку — правоповаги, тобто глибокої усвідомленості, необхідності, служити праву, закону, поважати права і свободи людини. Внаслідок цього правоповага перетворюється на цінність громадянського суспільства.

Отже, в першопочатковій формі дефініція правоповаги може бути сформульована як заснована на глибокій усвідомленості цінності права, усталена психовольова установка суб'єктів права на здійснення юридично значущих правомірних дій (поведінки, діяльності) у сфері правового регулювання. За своєю природою правоповага є багатоаспектною. Це й повага до об'єктивного права; до прав і свобод людини незалежно від того, закріплені вони в законі чи ні, до правових за змістом законів і відповідних їм інших юридичних актів; до правових договорів між фізичними та юридичними особами та інших правових явищ.

На відміну від категорії правоповага, в літературі сьогодні преважують дослідження правової свідомості. Пояснюється це її тісним зв'язком з правом на всіх етапах його розвитку. Як зазначається в літературі, «правосвідомість є одвічним супутником права. У їх суперечливому розвитку відбувається регулювання суспільних відносин»¹. Справедливе судження, що право тільки тоді виконує свою роль регулятора суспільних відносин, коли воно не лише усвідомлено думкою і перевірено досвідом, але й визнано як духовна цінність і життєва необхідність, тобто особа побачила в його принципах і нормах на основі правових почуттів і переживань об'єктивне значення для себе і оточуючих, а тому добровільно зобов'язала себе слідувати правовим приписам². Що ж стосується правоповаги, то цей елемент психологічного стану людей з'являється тільки в період виникнення та існування громадянського суспільства.

З огляду на вищезазначене, можна дати характеристику співвідношенню правової свідомості і правоповаги як юри-

¹ Загальна теорія держави і права / За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. — Х.: Право, 2002. — С. 242.

² Див.: Гранат Н. Л. Правосознание и правовое воспитание // Общая теория государства и права: Академ. курс в 3-х томах. — 2-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. М. Н. Марченко. — М.: ИКД «Зерцало»-М», 2002. — Т. 3. — С. 309.

дичних категорій і психологічних станів особистості (суб'єкта права) з точки зору загального і особливого.

Загальне між ними, по-перше, вбачається насамперед у тому, що вони є явищами однопорядкового внутрішнього психологічного стану особистості як суб'єкта права. Як форма суспільної свідомості правова свідомість втілюється в правоповазі, яка в цьому розумінні виступає її результатом.

По-друге, ці обидва поняття виконують функцію регулятивів людської поведінки (діяльності). Це обумовлено самою природою свідомості, яка формує в людини внутрішні моделі зовнішнього світу і тим самим забезпечує здійснення усвідомленої, доцільної і довільної регуляції поведінки людини¹.

Звідси логічно випливає їхня спрямованість на забезпечення здійснення суб'єктами права правомірних юридично значущих дій (поведінки, діяльності) як у загальних, так і в конкретних правових відносинах. Впливаючи на волю суб'єктів права, вони спонукають їх на вибір того або іншого варіанту правомірної поведінки (діяльності) в будь-яких, навіть найкритичніших, правових ситуаціях.

По-третє, формування та розвиток правосвідомості і правоповаги відбувається в межах однієї і тієї самої єдиної юридичної реальності. Правова політика держави у сфері забезпечення прав і свобод людини, реалізація державою своїх владних повноважень у різних правових формах (правотворчості, правозастосуванні та ін.), досконалість або недосконалість об'єктивного права, законодавства, участь громадян та різних інститутів громадянського суспільства — всі ці та інші елементи правової реальності прямо або опосередковано впливають на формування правової свідомості і правоповаги.

По-четверте, правова свідомість і правоповага є фундаментом, своєрідною психологічною основою (гарантією) формування, існування та функціонування режиму законності і правопорядку в умовах демократичної, правової держави. Свою функцію в цьому розумінні правоповага і правова свідомість реалізують через здійснення суб'єктами права правомірних дій (поведінки, діяльності). Тільки завдяки їм можливе встановлення такого правопорядку в Україні, який

¹ Див.: Васильев В. Л. Юридическая психология. — С. 144.

би ґрунтувався на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством¹. Досягнення такого стану правового порядку, як і режиму законності, без позитивно налаштованої правової свідомості і правоповаги практично неможливо. Тому не можна погодитися з апіорним висвітленням тих або інших проблем законності і правопорядку без будь-якого зв'язку з правомірною поведінкою суб'єктів права, їх правовою свідомістю і правоповагою².

У той же час між правовою свідомістю і законоповагою існують особливі (відмінні) риси, що характеризують їх як явища і поняття, що не збігаються між собою. По-перше, їх нетотожність виявляється залежно від обсягу та змістовно-якісних властивостей. За цим критерієм правова свідомість є значно ширшим поняттям і явищем, ніж правоповага³. Завдяки своїм властивостям правова свідомість відбиває всю повноту юридичної дійсності з усіма її позитивними і негативними сторонами. На відміну від цього, правоповага є категорією вибіркової властивості, оскільки в процесі формування, «просіваючи» правосвідомість, вона вбирає в себе лише позитивні, корисні, ціннісні сторони (елементи) правової реальності. І це закономірно. Люди за своєю природою завжди шанобливо ставляться лише до тих об'єктів правової реальності, які не суперечать їх цілям, бажанням, інтересам, погоджуються з ними.

По-друге, за порядком формування: правосвідомість за своєю природою йде завжди попереду. Природним є те, що людина, вступаючи в навколишній світ, пізнає його, а з часом і правову реальність. На підставі цього усвідомлення відбувається становлення внутрішніх психологічних елементів, які

¹ Див.: Конституція України: Науково-практичний коментар / В. О. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін та ін., Ред. кол. В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Грошевий та ін. — Х.: Право; К.: «Концерн «Видавничий Дім «Ін-Юре», 2003. — С. 100–106.

² Див.: Райанов Ф. М., Миннихметов Р. Г., Пономарев Д. А. Право и законность в демократическом обществе. — М.: Издательский дом «Право и государство», 2004. — С. 64–200.

³ Загальна теорія держави і права. — С. 236.

набувають якості усталених регулятивів. Одним з них і є правоповага. Отже, правова свідомість особистості — це той психологічний феномен, без якого пізнання процесів формування правоповаги втрачає своє природне підґрунтя.

По-третє, відрізняються вони за ступенем втілення в собі волі суб'єктів права. Вольове «навантаження» цих явищ теж є однією із їх змістовно-якісних властивостей. Однак цей критерій їх розмежування має право на існування: саме вольове навантаження дуже яскраво показує відмінність між ними щодо здатності впливати на поведінку людини. За своєю властивістю правова свідомість несе менший заряд вольового навантаження. Правоповага ж завдяки тому, що формується за допомогою лише позитивно-налаштованої правової свідомості, фіксуючи в собі стійкі позитивно-ціннісні уявлення про правову поведінку, набуває таких вольових властивостей, що перетворюють її на вольову правову установку, якій притаманна відносна самостійність. Остання особливо виявляється при виникненні протиріч між нею і правовою свідомістю. Завдяки більшому вольовому навантаженню правоповага примушує людину, навіть з негативною свідомістю, до правомірної поведінки.

По-четверте, відрізняються вони за складом своїх носіїв. Як зазначалося, правоповага — це категорія виключно позитивної властивості, одна із важливих цінностей громадянського суспільства. Однак, як засвідчує практика, з одного боку, далеко не всі правові сторони громадянського суспільства є позитивно корисними; з другого — чимала частина членів суспільства внаслідок різних причин негативно ставиться до права, законів та інших правових явищ. Отже, так само як не всі аспекти правової дійсності можуть бути об'єктом правоповаги, так і не всі суб'єкти права можуть бути її носіями. Носіями правової свідомості є всі члени громадянського суспільства. Як зазначав І. О. Ільїн, «правосвідомість як необхідний людині духовний орган», завжди притаманний їй, хоч би в якій іпостасі вона виступала, навіть тоді, коли «її духовна побудова виявляється невірною»¹. Що ж стосується право-

¹ Ильин И. А. Соч.: В 2-х т. Философия права. Нравственная философия. — М.: Медиум, 1993. — 512 с.

поваги, то її душевно-духовна побудова виявляється завжди вірною.

По-п'яте, вони відрізняються за часовими параметрами своєї дії та існування. Подібне розходження між правовою свідомістю і правоповагою пояснюється тим, що перша не лише здатна відбивати конкретну правову дійсність, а й має спрямованість у майбутнє, тобто стосується ідеального, бажаного, можливого права та інших правових явищ. Правоповага ж може виявлятися та існувати тільки на реальних, діючих правових підвалинах, на оцінці конкретних законів і юридичних норм, оскільки не можна поважати, шанувати те, що не стало реальністю, явищем суспільного та індивідуального життя.

Сказане дає підстави для висновків щодо теоретичного і практичного значення розробки питання про співвідношення правової свідомості і правоповаги. Це буде сприяти:

— поглибленню знань про правову свідомість, яка була і завжди буде одним із наймогутніших факторів утвердження свободи людей, першоджерелом внутрішньої сили людей і лейтмотивом їх дій¹;

— розробці не лише правознавством, а й іншими суспільними науками, особливо соціологією, психологією, рис особистості (суб'єкта права) громадянського суспільства;

— «примушенню» законодавця поважати право, розглядати його як цінність, і як наслідок видавати правові за змістом закони, які в умовах громадянського суспільства повинні служити першопочатковою правовою основою регулювання суспільних відносин. Це ж буде штовхати його на пошук оптимального закріплення самого принципу поваги до права (законів) у нормах права і тим самим надавати йому юридичної (обов'язкової) сили, що й буде гарантом недопущення суб'єктивізму і волюнтаризму в законодавчій діяльності;

— вихованню почуття правоповаги, що буде впливати на покращання, удосконалення судової та іншої юридичної практики. Особливо це стосується роботи суддів. Стосовно цього слушно зазначає І. Спасибо-Фатеева, що не повинна

¹ Див.: Васильчук Ю. А. Социальное развитие человека. Фактор социума // Общественные науки и современность. — 2004. — № 1. — С. 13.

викликати сумнів важливість суб'єктивного бачення суддею проблеми, її власного сприйняття ним, задіяння своїх рецепторів на рівнів не тільки правової освіти, суддівських навичок, а й правової культури і не меншою мірою — свідомості. Саме воно часто підказує напрямок пошуку рішення, відправної точки для перенесення власного сприйняття у площину конкретики, втіленої в конкретне рішення. Безумовно, це висуває певні вимоги до особи судді¹. Виказані судження цілком справедливо можуть бути віднесені до усіх посадових осіб, які застосовують право;

— відмові від установки на переважну освітянську діяльність з тим, щоб всі зусилля спрямувати на формування відповідного ставлення до права, сприйняття та визнання його на рівні загальнолюдських цінностей;

— набуттю громадянами вміння розпізнавати межу, де розпочинається право, а де виникає свавілля;

— втіленню в нормотворчу та правозастосовну діяльність органів держави, місцевого самоврядування, їх посадових осіб, принципів та норм моралі, оскільки відомо, що категорія «повага» є широкою за змістом та обсягом і належить до сфери моралі.

¹ Див.: Спасибо-Фатеева І. Проблема цивільного права і процесу // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 4 (35). — С. 146—147.

І. В. Гетьман, аспірант Інституту державного будівництва і місцевого самоврядування АПрН України

Ідея правового спілкування в сучасному суспільстві

У третьому тисячолітті відбувається перехід людства в якісно інший стан, який часто називають постіндустріальним суспільством, роблячи акцент на змінах, що відбуваються, перш за все в економічній сфері соціуму. Зокрема, звертається увага на розвиток сфери послуг за рахунок сфери матеріального виробництва, на інформацію, яка стала головною виробничою силою (тому суспільство іноді визначають інформаційним), на зміну ієрархії ціннісних пріоритетів: на перше місце виходить інтерес до творчої праці й можливість мати більше вільного часу, замість матеріального добробуту — головного мотиву суспільства епохи модерну¹.

Як відомо, стисле формулювання класичного визначення права можна подати таким чином: право — це система норм, визначених у законах, інших джерелах, що визнаються державою, які виступають загальнообов'язковим нормативно-державним критерієм правомірно-дозволеного (а також забороненої поведінки)². Аналогічної точки зору дот-

© Гетьман І. В., 2004

¹ Див.: *Честнов І. Л.* Правопонимание в эпоху постмодерна. — СПб.: Знание, 2002. — С. 3—4.

² Див.: *Алексеев С. С.* Теория права — М.: БЕК, 1995. — С. 156—157.

римується український правник П. М. Рабінович, наголошуючи в якості екзистенційних ознак права на його нормативному та загальнообов'язковому характері, забезпеченості примусовою силою держави¹. Таким чином, дотепер продовжує домінувати розуміння права з позицій інструменталізму, коли на перший план виводиться загальнообов'язкова сила права і його примусові важелі.

Піддаючи критиці таке праворозуміння, наголошується, що воно не тільки являє собою відлуння традиційної правосвідомості, але і веде до цілого ряду наслідків, які зараз прийняти неможливо. Наприклад, акцентується, що не всі суспільні відносини потребують нормативної регламентації². Однак за правом залишається функція встановлення рівноваги між погрозами й обіцянками, у цьому аспекті воно має знайти такий компроміс між різними цінностями, який дозволяв би людям з різними моральними, політичними та соціальними пріоритетами мирно і безпечно жити разом³. Таким чином, право за сучасних умов все частіше розглядається як таке, що покликано стати стабілізатором і гарантом соціальності⁴.

Звичайно, характер права залежить від історичної ситуації та характеру суспільних відносин, якими він і виправдовується. Право відображає характер суспільного ладу і тому, зокрема, без жорстокої регламентуючої сили права у перехідний період не обійтись⁵. З огляду на вищевикладене, слід наголосити на тих трансформаціях, яких зазнало право, на тому, який шлях пройшло воно у своєму становленні. Розрізняють чотири основні етапи історичного розвитку права: право сильного, право влади, право держави, право громадянського суспільства⁶.

¹ Див.: *Рабінович П. М.* Основи загальної теорії права та держави. — К.: Атіка, 2001. — С. 86.

² Див.: *Мизулин М. Ю.* Философия политики: власть и право. — Ярославль, 1997. — С. 127—137.

³ Див.: *Тоні О.* Про право. — К.: Сфера, 1997. — С. 119.

⁴ Див.: *Розин В. М.* Генезис права. — М.: Nota bene, 2003. — С. 103—104.

⁵ Див.: *Алексеев Л. И.* К вопросу об общем понятии права // Государство и право. — 1993. — № 6. — С. 128.

⁶ Див.: *Алексеев С. С.* Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. — М.: Статут, 1999. — С. 296—297.

Перші два етапи становлення права можуть бути охарактеризовані як нерозвинуте право, за якого панує сила. Дві наступні стадії відрізняються тим, що у праві спочатку реалізуються цивілізаційні досягнення, а потім — більш високі гуманітарні цінності, за допомогою яких право набуває власної природи буття (комунікативну сутність) і стає здатним піднятися над владою, її свавіллям. Тому правові метаморфози, на думку С. С. Алексєєва, можуть бути визначені в такій формулі: від права сильного до права влади, а потім крізь право держави до права громадянського суспільства — комунікативного права¹.

Право сильного — це суворий, але разом з тим природній і доцільний спосіб первісної організації суспільства, що характеризується пануванням наказів сильного, навіть у жорсткому, зоологічному значенні (наприклад, «ватажка», «старшини»), нарощуванням агресії, роздробленням суспільства на атомарні частини². Незважаючи на негативну оцінку цієї стадії, право відбивало властиві суспільству ієрархічні засади і виступало у вигляді фактору, який впорядковував суспільні відносини, мав стабілізуючий характер і протистояв хаосу³.

Право влади — це право більш розвинутих ступенів цивілізації, коли в суспільстві все більш затверджується світська влада (феодалне суспільство з освіченою владою, капіталістичне, буржуазне суспільство в умовах нерозвинутих державних форм). За цих умов право часто стає способом для легалізації свавілля і примусу, які виступають прерогативою правителів, перетворюючись поступово на правовий примус. Право у цей час ще не має свого власного буття, суверенності, воно виходить від держави, а не від всього суспільства⁴. Отже, право за своїми параметрами залишається інструментом влади, її продовженням та втіленнями.

¹ Див.: Алексєєв С. С. Право. Азбука. Теория... — С. 296–297.

² Див.: Марченко М. Н. Общая теория государства и права (академический курс: В 2 т.). — М.: Зерцало, 1998. — Т. 1. — С. 43.

³ Див.: Алексєєв С. С. Право. Азбука. Теория... — С. 297–298.

⁴ Див.: Комаров С. А. Общая теория государства и права. — М.: Юрайт, 1998. — С. 41.

Наступною стадією розвитку права виступає «право держави». З цієї позиції воно вже не може бути охарактеризоване як право влади: залишаючись, як і раніше, «силовим» регулятором, воно тепер, завдяки втіленим у ньому механізмам (Конституції, інститутам народовладдя, парламентаризму, розподілу влади), має своїм завданням зробити владу в державі більш помірною, приборкувати її потенціал до диктатури. У такому праві поступово втрачають своє значення ті елементи, котрі можуть зробити його залежним від держави. Тільки по відношенню до країн з авторитарними й тоталітарними режимами ототожнення «держави» з «правом» припускається з огляду на прагнення держави повністю контролювати всі сфери суспільного життя¹, застосовуючи імперативні методи регуляції². Історична практика показує, що країни, в яких право стає заручником держави, неминуче зазнають катастрофи³.

Право громадянського суспільства — це найвища на сучасній стадії розвитку цивілізації ступінь права. Сьогодні, коли Україна розбудовує громадянське суспільство відповідно до європейських принципів⁴, необхідним стає вихід за межі розуміння права як одностороннього державно-владного припису. Право за цих умов, спираючись на притаманні йому ознаки — загальнообов'язковість, формальну визначеність, системність, забезпечення державним примусом, покликано реалізувати своє дійсне соціальне призначення, воно набуває рис основного засобу вирішення соціальних конфліктів, досягнення примирення та соціальної злагоди в суспільстві⁵. У су-

¹ Див.: Загальна теорія держави і права / За ред. Цвіка М. В., Ткаченка В. Д., Петришина О. В. — Х.: Право, 2002. — С. 97.

² Див.: Кудрявцев Ю. А. Политические режимы: критерии классификации и основные виды // Известия вузов. Правоведение. — 2002. — № 1. — С. 204.

³ Див.: Тодика Ю. Конституційні засади формування громадянського суспільства в Україні // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 1. — С. 42.

⁴ Див.: Кучма Л. Д. Формувати громадянське суспільство в Україні потрібно відповідно до європейських принципів // Урядовий кур'єр. — 2002. — №30. — С. 3.

⁵ Див.: Тацій В. Я. Методологічні проблеми правової науки на етапі формування правової, демократичної, соціальної держави // Матеріали міжнародної наукової конференції 13–14 грудня 2002 р. — Х.: Право, 2003. — С. 6.

часних умовах право розглядається відносно відокремлено від держави¹, виступаючи невід'ємним елементом соціальної форми життєдіяльності, повсякденного соціального спілкування індивідів. Саме у «правовому громадянському суспільстві», яке за допомогою права об'єднує як громадські, так і державницькі аспекти, отримує реальне підґрунтя концепція правової державності².

Ґрунтуючись на таких засадах, право отримує змогу стимулювати перетворення, які пов'язані з розбудовою України як демократичної, правової й соціальної держави з сучасною економікою. Однак цю роль право зможе належно виконати в тому разі, коли його природа буде відповідати вимогам часу, зокрема, новим реаліям постіндустріального суспільства. В іншому разі воно може перетворитися на нейтрального реєстратора суспільних змін або взагалі на перешкоду просуванню суспільства на шляху прогресу³.

Як результат, у сучасних умовах право виступає багатоаспектним, сповненим протиріч феноменом. Зокрема, на складність його структури звертали увагу П. Сорокін⁴, Л. Петражицький⁵. Дуалістичного трактування структури права припускалися і такі відомі філософи права, як І. Ільїн, В. Соловйов, А. Кауфман⁶.

Основним недоліком «класичних» шкіл праворозуміння є те, що усі вони зорієнтовані на описування та пояснення статистики права. Особливо це характерно для юридичного по-

¹ Див.: *Топорнин Б. Н.* Гражданское общество, правовое государство и право («круглый стол» журналов «Государство и право» и «Вопросы философии») // Вопросы философии. — 2002. — № 1. — С. 4.

² Див.: *Петришин О.* Громадянське суспільство — підґрунтя формування правової держави в Україні // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2–3. — С. 148.

³ Див.: *Топорнин Б. Н.* Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы. — К.: Юринком Інтер, 2003. — С. 54.

⁴ Див.: *Сорокин П.* Человек. Цивилизация. Общество. — М., 1992. — С. 46.

⁵ Цит. за: *Сорокин П.* Человек. Цивилизация. Общество. — М., 1992. — С. 46.

⁶ Цит. за: *Максимов С. И.* Правовая реальность: опыт философского осмысления. — Х.: Право, 2002. — С. 163.

зитивізму в найбільш догматичній інтерпретації та теорії природного права¹. У першому випадку зміни в праві виходять за межі юриспруденції, через те що воно розглядається як пов'язане лише з діяльністю законодавця. Питання, чому він створив саме такий нормативно-правовий акт — не є значимим навіть для інструментального напрямку юриспруденції.

Позитивістський підхід у такому вузькому розумінні, вступає у протиріччя з принципом верховенства права перед державою, зводить зміст права тільки до закону, між тим його зміст має втілювати засади соціальної свободи і справедливості. Його цікавить тільки факт, оскільки позитивізм вилучає з права світоглядні засади, залишивши йому суворий аналітичний, формально-юридичний аналіз законів, що не потребують кваліфікації з точки зору цінностей. Тому питання про співвідношення держави та права неможливо визначити методами аналітичного правознавства². Таке розуміння права породжує проблему недосконалого закону з точки зору відповідності більш глибокому соціальному змісту. Ці проблеми ігноруються під тим приводом, що вони стосуються політики, соціології, етики, але не правознавства³.

Класичні концепції природного права переносять акцент з існування на сутність права, на такі проблеми, як легітимність, істинність, справедливість. Однак стосовно справедливості, то тут зазвичай йдеться про абстрактну, а не про конкретно-історичну справедливість, уявлення про яку в різні епохи істотно змінювалося. Так, у сучасних умовах справедливість права вбачається в його легітимності, відповідності ідеалам демократії та гуманізму⁴. З такою критикою концепції природного права погоджується О. Хьоффе підкреслюючи, що сьогодні класичне природне право в основному використало

¹ Див.: *Честнов И. Л.* Правопонимание в эпоху постмодерна // Известия вузов. Правоведение. — 2000. — № 6. — С. 20–21.

² Див.: *Олейников С.* Методологічні основи дослідження правових форм діяльності держави // Вісник Академії правових наук України. — 1999. — № 6. — С. 28–29.

³ Див.: *Фуллер Лон Л.* Анатомія права. — К.: Сфера, 1999. — С. 140.

⁴ Див.: *Цвік М. В.* Про сучасне праворозуміння // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 4. — С. 9.

надані йому важелі, тому не слід приділяти йому переважаючу увагу¹.

Саме тому М. В. Цвік, зауважив на необхідності єдиного інтеграційного праворозуміння, яке виключає «табу» на жоден із різноманітних поглядів на право². При цьому висловлюються різні точки зору: про поєднання позитивних рис природного і позитивного права або їх розгляд як різних соціокультурних утворень; про необхідність відмови від протиставлення природного й позитивного права, оскільки будь-яке право за своєю природою є позитивним, або їх розгляд як взаємодоповнюючих сторін у змісті права³. У царині антропології особливий інтерес становить постулат про те, що всі соціальні інститути (в тому числі і право) з'являються у зв'язку з недосконалістю природи людини як своєрідна компенсація цієї біологічної неповноцінності⁴.

У зв'язку з багатоаспектністю права прибічники антропосоціокультурного підходу пропонують виокремлювати його соціологічний, культурологічний та антропологічний виміри; не залишається поза увагою і сфера етики — суть нового етичного підходу до права полягає у винесенні в змісті права на перший план цінностей відповідальності людства за своє майбутнє⁵.

Крім зазначеного вище, робляться спроби збагнути сутність права через його конфліктне призначення. У цьому розумінні зазначається, що право може розглядатися як інструмент урегулювання багатоаспектних конфліктів. При чому право відіграє суттєву роль на всіх стадіях розвитку конфлік-

¹ Див.: Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. — С. 165.

² Див.: Цвік М. В. Сучасне праворозуміння — методологічна основа правової науки // Матеріали міжнародної наукової конференції 13–14 грудня 2002 р. — С. 89.

³ Цит. за: Максимов С. Природне і позитивне право як елементи правової реальності // Вісник Академії правових наук України. — 2002. — № 1. — С. 82.

⁴ Див.: Честнов И. Л. Правопонимание в эпоху постмодерна // Известия вузов. Правоведение. — 2002. — № 6. — С. 8–13.

⁵ Див.: Оборотов Ю. М. Про праворозуміння в епоху постмодерну // Матеріали міжнародної наукової конференції 13–14 грудня 2002 р. — С. 147–148.

ту, а також виступає як превентивним, так і засобом для пом'якшення наслідків конфліктів¹. Таке призначення права в сучасному суспільстві пояснюється можливістю його використання як раціонального інструмента забезпечення колективної безпеки². Згідно з поглядами відомого соціолога М. Вебера, право є однією з найважливіших детермінант у розвитку сучасного суспільства. Капіталізм, де панує анархія ринку, викликає потребу в новому порядку, який покликаний підтримувати соціальну стабільність³. Професором Тоусонського університету (США) Г. В. Ерліхом був розроблений ідеал «демократичного права», який засновується на примиренні конфлікуючих інтересів і досягненні консенсусу відносно головних соціальних цінностей, тому правова думка, наголошує автор, повинна тепер подолати величезні труднощі, через те що в минулому право було на службі у певного кола осіб та держави⁴.

І. Л. Честновим висловлена думка, що новий тип праворозуміння слід шукати у соціально-філософських концепціях, тому що саме вони здатні перебороти обмеженість світогляду епохи модерну. При цьому увага звертається на такий критерій права, як загальнообов'язковість або відстоюються засади справедливості у праві і таке інше. На думку П. Рикера, вона втілюється у визнанні і повазі особи іншого як суті соціального, саме в цьому значенні вона стає носієм безособових властивостей — прав та обов'язків⁵. Тому справедливість полягає у визнанні за кожним формальної рівності.

Отже, нові підходи дають можливість більш адекватно реаліям сучасного суспільства підійти до розуміння права. В останньому тепер вбачають такі ознаки, як діалогічність, примирювальна природа, але, поруч з цим, й наявність елементів

¹ Див.: Герасина Л. Н., Панов Н. И. Актуализация юридической компоненты в конфликтологии // Проблемы законности. — 1999. — № 38. — С. 17, 21.

² Правовая мысль XX ст. — М.: РАН ИНИОН, 2002. — С. 32–33.

³ Див.: Там само. — С. 36.

⁴ Див.: Там само. — С. 128–129.

⁵ Див.: Рикер П. Торжество языка над насилием. Герменевтический подход к философии права // Вопросы философии. — 1996. — № 4. — С. 28–29.

примусу, який застосовується при неможливості розв'язати конфлікт за допомогою примирних процедур. Відповідно до цього право характеризується наявністю суб'єктів, які володіють взаємообумовленими правами й обов'язками та соціально визнаними і загальнообов'язковими правилами поведінки (нормами)¹. Перше вказує на те, що воно має комунікативну природу та завжди виникає за наявності правових суб'єктів як специфічні відносини між ними. Отже, там де відсутня правова комунікація, відсутнє право. Загальнообов'язковість правових норм подібна до загальнообов'язковості інших нормативних систем, які визначають належне, але примус у праві виступає як засобом забезпечення права, так і справедливого віддання за вчинені протиправні дії.

Таким чином, концепція правового спілкування може бути визнаною універсальним методологічним підходом, який дозволяє вивчати різні явища правового життя. Вона тісно пов'язана з практичними завданнями правового регулювання і безпосередньо — з проблемою соціальної ефективності юридичного впливу. Такий підхід дозволяє створити науково обґрунтовані рекомендації про те, які соціально значущі цілі можна досягти без прямого застосування примусу, використовуючи примирні процедури. Питома вага правового спілкування в організації життєдіяльності суспільства прямо свідчить про якісний стан правового регулювання суспільних відносин. Навпаки, широке використання примусового потенціалу права є показником низької правової культури громадян і суспільства в цілому.

¹ Див.: Поляков А. В. Общая теория права. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. — С. 278–284.

Ю. З. Торохтій, перший заступник міського голови, м. Дніпродзержинськ

Делегування повноважень між місцевими державними адміністраціями й органами місцевого самоврядування: шляхи оптимізації

Делегування повноважень між органами публічної влади має давню історію, що бере свій початок ще з часів римського права¹. Добре відоме воно й сучасній світовій практиці державотворення². Загальна для більшості країн сучасного світу тенденція полягає у скороченні власне комунальних справ і розширенні обов'язкових і доручених. Така практика, на думку багатьох фахівців, не порушує автономію місцевого самоврядування в межах його власних повноважень і разом з тим є однією з найважливіших форм економії фінансових та людських ресурсів, оскільки виключає необхідність створен-

© Торохтій Ю. З., 2004

¹ Див.: Дигести Юстиніана: Пер. с лат. — М.: Статут, 2001. — Т. I. — С. 167, 171, 183.

² Див.: Пункт 5 Всесвітньої Декларації місцевого самоврядування // Місцеве та регіональне самоврядування в Україні. — 1994. — Вип. 1-2 (6-7). — С. 67; Ст. 4 Європейської Хартії місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985 р. // Збірник договорів Ради Європи. — К.: Парламентське вид-во, 2000. — С. 199.

ня поряд з органами місцевого самоврядування ще якихось структур державної виконавчої влади¹.

Конституція України внесла істотні зміни щодо предмета, суб'єктів та порядку делегування повноважень між органами публічної влади на місцях. Вона передбачає, що законом окремі повноваження органів виконавчої влади можуть надаватися органам місцевого самоврядування. При цьому держава фінансує здійснення цих повноважень у повному обсязі за рахунок коштів Державного бюджету України або шляхом віднесення до місцевого бюджету у встановленому законом порядку окремих загальнодержавних податків, передає органам місцевого самоврядування відповідні об'єкти державної власності (ч. 3 ст. 143). Органи місцевого самоврядування з питань здійснення ними повноважень органів виконавчої влади підконтрольні відповідним органам виконавчої влади (ч. 4 ст. 143). Крім того, ст. 119 Основного Закону передбачає й реалізацію органами виконавчої влади повноважень, делегованих відповідними радами.

Ці конституційні норми розвинуті й деталізовані у Законі України від 21 травня 1997 р. «Про місцеве самоврядування в Україні»² та Законі України «Про місцеві державні адміністрації»³. При цьому термін «делегування», застосований законодавцем у цих законах, суттєво відрізняється за змістом від загальноприйнятого в юридичній науці та практиці. За загальним правилом, делегування повноважень — це передача повноважень на здійснення певної діяльності (дій) одного суб'єкта управлінських відносин (органу, службової особи) другому, яке супроводжується переважно тимчасовою зміною компетенції відповідних суб'єктів управлінських відносин та відбувається у формі адміністративного доручення і є однією з адміністративно-правових форм забезпечення оперативності та підвищення ефективності управління⁴. Однак

¹ Див.: Корнієнко М. І. Місцеве самоврядування та «урядова вертикаль» // Місцеве самоврядування. — 1997. — № 3-4. — С. 40; Любченко П. М. Компетенція суб'єктів місцевого самоврядування. — Х.: Моделі всесвіту, 2001. — С. 125.

² Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 24. — Ст. 170.

³ Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 20-21. — Ст. 190.

⁴ Див.: Юридичний словник-довідник / За ред. Ю. С. Шемшученка. — К.: Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького, 1996. — С. 127.

в Україні делегування здійснюється іншим чином. Законодавство, встановлюючи повноваження виконавчих органів місцевих рад, лише розподіляє їх на власні (самоврядні) та делеговані (ті, що встановлюються відповідно до функцій органів виконавчої влади). Отже, останні тільки мають назву «делеговані», насправді ж вони є нормативно закріпленими за виконавчими органами місцевого самоврядування і не потребують жодних дій щодо їх передачі (договорів, доручень тощо) з боку органів виконавчої влади. У разі делегування повноважень від обласних та районних рад відповідним місцевим держадміністраціям делегування теж має суто формальний характер, оскільки законодавство не залишає цим представницьким органам місцевого самоврядування жодного вибору.

Звісно, такий стан речей не можна назвати прийнятним. Адже зрештою, як слушно зазначає К. Є. Соляник, виконавчі органи місцевих рад в Україні, завдяки існуючій формі закріплення в законі їх повноважень, визнаються як нижчий рівень органів виконавчої влади, що є функціонально інтегрованими в її систему¹. Це означає, що на місцевому рівні створюється комплексна система органів, які здійснюють функції виконавчої влади: система органів виконавчої влади та система виконавчих органів місцевих рад. При цьому залучення виконавчих органів місцевих рад у цю систему відбувається залежно від галузі (сфери) діяльності. Такими галузями (сферами) діяльності сьогодні є: соціально-економічний та культурний розвиток, планування та облік, бюджет, фінанси та ціни; управління комунальною власністю; житлово-комунальне господарство, побутове, торговельне обслуговування; громадське харчування, транспорт та зв'язок; будівництво; освіта, охорона здоров'я, культура, фізкультура та спорт; регулювання земельних відносин та охорона навколишнього природного середовища; соціальний захист населення; зовнішньоекономічна діяльність; оборонна робота; забезпечення законності, правопорядку, охорона прав, свобод та законних інтересів громадян; відзначення державними нагоро-

¹ Див.: Соляник К. Є. Здійснення виконавчими органами місцевих рад функцій органів виконавчої влади // Підприємство, господарство і право. — 2002. — № 2. — С. 76.

дами (статті 27–36, 38–39 Закону України «Про місцеве самоврядування»).

Наявність суттєвих проблем у сучасній практиці делегування повноважень на місцевому рівні та їх важливість для формування дієвої системи місцевого самоврядування, яке відповідає б європейським і світовим стандартам локальної демократії, обумовила значну увагу до них з боку вітчизняних правознавців. Серед них такі українські дослідники, як О. В. Батанов, Ю. П. Битяк, М. П. Воронов, М. І. Корнієнко, В. В. Кравченко та ін. Сьогодні науковцями висловлено чимало підходів до розв'язання цих проблем, однак продовження адміністративної та муніципальної реформи вимагає продовження наукових пошуків у цьому напрямку. Метою цієї статті є обґрунтування авторського концептуального підходу до вирішення проблеми делегування повноважень на місцевому рівні через визначення найбільш доцільних умов, обсягів та форм такого делегування.

З урахуванням позитивного зарубіжного досвіду (Польща, Росія, США та ін.) цілком слушним видається пропозиція деяких українських дослідників щодо «розширення практики укладання договорів і угод між органами виконавчої влади і органами місцевого самоврядування щодо передачі вирішення окремих питань у відповідних соціально-економічних сферах»¹. Адже, як справедливо зазначає Ю. П. Битяк, положення українського законодавства щодо делегування повноважень місцевим держадміністраціям відповідними радами є нечітким, оскільки ради мають розширений перелік власних повноважень і повноважень, які вони можуть делегувати (а можуть і не делегувати) адміністраціям, і значні контрольні повноваження щодо голів відповідних державних адміністрацій. В умовах відсутності чіткої законодавчої регламентації процедури делегування, а також строків і форм контролю за їх здійсненням, можливість протистояння на регіональному

¹ Воронов М. П. Органи місцевого самоврядування і проблеми формування державності в Україні // Конституційно-правові засади становлення української державності / За ред. В. Я. Тація, Ю. М. Тодики. — Х.: Право, 2003. — С. 297.

рівні між цими органами підвищується¹. Наявний нині на регіональному рівні «дивний» симбіоз різних (муніципальних і державних) за своєю природою структур породжує лише ілюзію самоврядування на цьому «поверсі» й гальмує процес становлення дієздатних територіальних громад, а відтак і розвиток місцевого самоврядування в Україні². Укладення договорів про передачу відповідних повноважень органів виконавчої влади органам місцевого самоврядування здатне дещо виправити недоліки чинного законодавства і заповнити наявні в ньому прогалини.

Зрозуміло, що договори у сфері розподілу компетенції між місцевими органами публічної влади самі по собі не здатні вирішити наявних проблем. Підвищення ефективності діяльності місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування не може бути досягнуто без створення якісної правової основи їх функціонування. Адже цих органів, їхніх посадових осіб повною мірою стосується головний принцип реалізації публічної влади, відповідно до якого цим органам дозволено лише те, що прямо передбачено законом.

Саме на законодавчому рівні має бути закріплено механізм взаємовідносин між місцевими органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, процедури передачі й реалізації делегованих повноважень. Це впливає зі ст. 143 Конституції України, яка передбачає, що «органам місцевого самоврядування можуть надаватися *законом* окремі повноваження органів виконавчої влади». З огляду на це, доцільним є розроблення й прийняття в Україні закону про делегування повноважень органів виконавчої влади і органів місцевого самоврядування, який повинен встановити загальні принципи, умови та порядок делегування окремих повноважень органів виконавчої влади і органів місцевого

¹ Див.: Битяк Ю. П. Повноваження та організація діяльності місцевих державних адміністрацій, їх відносини з органами місцевого самоврядування // Державне будівництво та місцеве самоврядування: 36. наук. пр. — 2002. — Вип. 4. — С. 9.

² Див.: Батанов О. В. Територіальна громада — основа місцевого самоврядування в Україні: Монографія. — К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001. — С. 99.

самоврядування, врегулювати взаємовідносини між цими органами, визначити форми контролю й відповідальність посадових осіб за невиконання або неналежне виконання делегованих повноважень. На нагальності прийняття такого закону неодноразово наголошувалося в наукових публікаціях¹. Окремими народними депутатами навіть були зроблені спроби внести проекти такого закону на розгляд Верховної Ради України, однак його так і не було прийнято. Незважаючи на це, ідея про необхідність спеціального закону про делегування повноважень знаходить дедалі більше прихильників як серед науковців, так і серед посадових осіб органів державної влади та місцевого самоврядування. Впевненість у необхідності прийняття такого закону висловив і Президент України Л. Д. Кучма. У своєму виступі на муніципальних слуханнях 26 вересня 2003 р. він заявив: «Однією з найпекучіших проблем, навколо якої постійно точаться суперечки, є делегувані повноваження. Чому б нам зараз, до принципового вирішення цієї проблеми в Конституції, не навести лад у цьому питанні шляхом ухвалення Закону “Про делегування повноважень у сфері виконавчої влади і місцевого самоврядування”. А відкрити простір місцевій ініціативі можуть закони “Про державно-правовий експеримент у сфері місцевого і регіонального розвитку” та “Про державну підтримку місцевих та регіональних проектів розвитку територій”»².

У пропонованому законі важливо закріпити умови делегування повноважень органів виконавчої влади і місцевого самоврядування. На наш погляд, окремі повноваження органів виконавчої влади можуть бути делеговані, якщо їх вико-

¹ Див.: *Битяк Ю. П.* Повноваження та організація діяльності місцевих державних адміністрацій, їх відносини з органами місцевого самоврядування. — С. 3–14; *Константин О. В.* Проблеми розвитку місцевого самоврядування в Російській Федерації та Україні: порівняльний аналіз // Правові проблеми реформування регіональної влади: Матеріали наук.-практ. конф., м. Харків, 12 квітня 2002 р. / За ред. Ю. П. Битяка. — Х.: НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПРН України, 2002. — С. 60.

² Шляхи розвитку місцевого самоврядування: Виступ Президента України Л. Д. Кучми на муніципальних слуханнях 26 вересня 2003 року // Урядовий кур'єр. — 2003. — № 182. — 30 вересня.

нання в системі місцевого самоврядування сприятиме соціально-економічному розвитку територіальних громад та покращенню якості надання населенню управлінських і соціальних послуг, забезпечуватиме ефективне використання бюджетних коштів. Зокрема, це можуть бути такі повноваження, як управління об'єктами державної власності, забезпечення зайнятості населення, забезпечення розвитку освіти і медичного обслуговування, реєстрація місцевих об'єднань громадян і суб'єктів підприємницької діяльності тощо. У законі, що пропонується, необхідно закріпити також порядок і процедури делегування повноважень органів виконавчої влади. Рішення про делегування окремих повноважень органів виконавчої влади органам місцевого самоврядування всіх або індивідуально визначених громад має приймати виключно Верховна Рада України.

У спеціальному законі про делегування окремих повноважень органів виконавчої влади органам місцевого самоврядування мають міститися такі положення: визначення мети та обґрунтування доцільності делегування окремих повноважень органів виконавчої влади; перелік окремих повноважень органів виконавчої влади в різних галузях державного управління, які делегуються органам місцевого самоврядування; порядок надання органам місцевого самоврядування матеріальних і фінансових коштів, необхідних для виконання делегованих повноважень; строк, на який делегуються повноваження; форми контролю, відповідальність органів місцевого самоврядування та виконавчої влади.

Щодо принципів делегування повноважень, то ними можуть бути такі: законність; поєднання загальнодержавних та місцевих інтересів; заборона субделегування повноважень; економічна доцільність; фінансове і матеріальне забезпечення виконання делегованих повноважень; відповідальність, підконтрольність і підзвітність за виконання делегованих повноважень; відповідальність за створення умов, необхідних для виконання делегованих повноважень та ін. Це лише окремі аспекти проблеми делегування повноважень органами виконавчої влади і місцевого самоврядування, які слід вирішити у відповідному законі. Вважаємо за необхідне винести

відповідне питання на обговорення серед науковців та практиків державного управління.

Особливої уваги в законі потребує порядок делегування повноважень місцевого самоврядування органам виконавчої влади. При цьому слід передбачити, що певні повноваження органів місцевого самоврядування — сільської, районної, міської, обласної рад, їх виконавчих органів — можна делегувати органу виконавчої влади або іншому органу місцевого самоврядування лише на підставі рішення відповідної ради шляхом укладення відповідного договору про передачу повноважень. У законі важливо закріпити зміст та обов'язкові умови такого договору. До них мають належати такі: 1) зазначення органу місцевого самоврядування, що делегує окремі повноваження, та органу, якому їх делеговано; 2) обґрунтування доцільності делегування повноважень органу місцевого самоврядування; 3) перелік повноважень, що делегуються; 4) порядок надання матеріальних і фінансових коштів, необхідних для виконання делегованих повноважень; 5) строк, на який делегуються повноваження; 6) форми контролю за виконанням делегованих повноважень; 7) умови і підстави дострокового припинення або зупинення здійснення виконання делегованих повноважень; 8) відповідальність органу виконавчої влади за неналежне виконання делегованих повноважень; 9) відповідальність органу місцевого самоврядування за нестворення умов для виконання делегованих повноважень, ненадання матеріальних ресурсів тощо.

Принагідно зазначимо, що ідею делегування повноважень деякі науковці беззастережно заперечують. На їхню думку, політика щодо делегування повноважень між органами місцевого самоврядування та державної виконавчої влади не виправдала себе. На наш погляд, такі твердження дещо гіперболізують наявні проблеми. Хоча слід визнати: недосконале чинне законодавство іноді ставить органи державної виконавчої влади та органи місцевого самоврядування в умови протистояння або ж підпорядкування однієї структури іншій.

Тому в перспективі реформувати систему регіональної влади необхідно не стільки в напрямку розподілу повноважень (всі попередні спроби зробити виявлялися недостатньо

ефективними), скільки в напрямку радикальної зміни в самій системі організації публічної влади на місцевому й регіональному рівнях, що супроводжується: зміною юридичної природи обласних і районних рад; створенням виконавчих органів обласних і районних рад; зміною статусу обласних державних адміністрацій. При цьому доречно використати позитивний досвід організації регіональної влади у передових зарубіжних країнах, зокрема, модель адміністративного устрою і структури регіонального адміністрування у Франції. Вона не є ідеальною і не пропонується як модель для копіювання. Однак політика і практика муніципального дуалізму у Франції дала змогу встановити раціональні взаємовідносини між державою і місцевим самоврядуванням, яке зберігає свої невід'ємні права й одночасно здійснює частину функцій виконавчої влади, а тому заслуговує на увагу й запозичення позитивних елементів. Принагідно слід згадати й позитивний досвід регіоналізації в Іспанії та Італії, які досягли суттєвих успіхів на цьому шляху протягом реформ 70–80-х рр. XX ст.¹

Як слушно зазначається в спеціальній літературі, обласні та районні держадміністрації мають перетворитися на певні урядові представництва на місцях, на органи, що здійснюють контрольно-наглядові функції за діяльністю органів місцевого самоврядування та забезпечують виконання в межах регіону функцій виконавчої влади, які мають загальнодержавний характер і не можуть бути передані в систему місцевого самоврядування². За даних умов делегування має розглядатися тільки як виняток із загального правила, передбачене законом з метою оптимізації управління на місцях.

¹ Див.: *Полях Л.* Визначення і розмежування повноважень між органами держави і місцевого самоврядування: досвід романської Європи // Людина і політика. — 2002. — № 2. — С. 139–149.

² Див.: *Гарашук В. М.* Державна та регіональна політика в справі розбудови системи органів місцевого самоврядування // Правові проблеми реформування регіональної влади: Матеріали наук.-практ. конф., м. Харків, 12 квітня 2002 р. / За ред. Ю. П. Битяка. — Х.: НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПРН України, 2002. — С. 60; *Патюцько В. А.* Регіональна влада: шляхи розвитку в контексті досвіду Франції // Сучасне державотворення у контексті адміністративної реформи. — Х.: УАДУ ХФ, 2000. — С. 66.

Ми поділяємо точку зору тих фахівців, які вважають, що наділення з часом районних і обласних рад правом створювати власні виконавчі комітети, функціонування на цьому рівні агентів і структур центральної виконавчої влади в особі місцевих держадміністрацій, котрі матимуть свій окремий апарат, забезпечить «локальний поділ влади», утворення дієвої системи місцевого самоврядування із самостійними повноваженнями, в межах яких можливо реально управляти територією, поєднуючи загальнодержавні, регіональні та локальні інтереси¹.

Місцеве самоврядування має бути зосереджене на вирішенні питань місцевого значення, на що орієнтує Європейська хартія місцевого самоврядування і на чому наголошує чинна Конституція України. В іншому разі місцеве самоврядування буде приречене на одержавлення. Від цього до повернення до радянської системи буде лише один крок — залишатиметься тільки відновити принцип демократичного централізму у відносинах між усіма представницькими органами влади. Тому пріоритетним напрямком вдосконалення системи органів публічної влади на місцях видається становлення повноцінного регіонального самоврядування. Саме ця ідея закладена у проект Державної стратегії управління місцевим і регіональним розвитком, матеріали до якої разом з пакетом відповідних законодавчих пропозицій були передані Президентом України до Фонду сприяння місцевого самоврядування після муніципальних слухань 26 вересня 2003 р. Ця стратегія, що спирається на здобутки вітчизняної юридичної науки і зарубіжний досвід місцевого управління, передбачає перетворення місцевих державних адміністрацій на органи, які матимуть функції виконавчої влади, що не можуть бути передані до системи місцевого самоврядування (громадська безпека, ліквідація наслідків стихійних явищ, боротьба зі зло-

¹ Див.: *Баймуратов М.* Конституционно-проектная регламентация местного самоуправления и территориальных коллективов // Юридический вестник. — 1996. — № 1. — С. 98; *Батанов О. В.* Повноваження органів державної влади у сфері місцевого самоврядування: система та загальна характеристика // Часопис Київського університету права. — 2002. — № 1. — С. 51.

чинністю, управління державною власністю на місцях тощо). Ці органи мають бути наділені також контрольно-наглядовими функціями.

За цих умов необхідність делегування повноважень буде зведена до мінімуму. Делегування повноважень виконавчої влади місцевому самоврядуванню встановлюватиметься законом, а делегування у зворотному напрямку — договором на основі закону. У поєднанні з вирішенням проблем ресурсного забезпечення місцевого й регіонального розвитку це стане відчутним поштовхом до розвитку місцевого самоврядування і дасть змогу суттєво просунутись на шляху інтеграції до Європи.

С. П. Довбій, старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Національного університету внутрішніх справ

Щодо розмежування правового регулювання охоронної діяльності

Внаслідок специфіки охоронної діяльності, видається, що необхідно зупинитися на аналізі можливої сфери її здійснення на підставі цивільно-правового договору. Вважаємо за необхідне на рівні законодавства чітко розмежувати «державну охоронну діяльність», що обумовлена загальнодержавними інтересами, яка є функцією держави та здійснюється на публічних засадах, і «приватну», яка здійснюється на основі угоди (цивільно-правового договору). Необхідно чітко визначити, в яких випадках відносини з охорони повинні регулюватися виключно нормами публічного права, і відповідно з'ясувати підстави виникнення, суб'єктний склад, права й обов'язки, незалежно від волі їх учасників, а в яких — допускається здійснення охоронної діяльності на основі приватної ініціативи, тобто договору. Нині ситуація з вирішенням цього питання, у тому числі і на законодавчому рівні, досить заплутана і неоднозначна, що на практиці призводить до деяких проблем.

Зараз з'являються нові об'єкти права приватної власності, наприклад, радіоактивні, вибухонебезпечні, сильнодіючі й отруйні матеріали, об'єкти техніки, користування, володіння

© Довбій С. П., 2004

і розпорядження якими додатково регламентуються державою, без чого неможливе їх безпечне використання і функціонування. У засобах масової інформації все частіше з'являється інформація про те, що існують організації, у веденні котрих знаходяться ядерні реактори, сховища отруйних речовин, скотомогильники й інші небезпечні об'єкти і щодо яких не здійснюються охоронні заходи з метою економії коштів або у зв'язку з їх відсутністю. Це створює небезпеку для життя і здоров'я інших осіб, їхнього майна.

Деякі майнові комплекси або окремі їх об'єкти становлять виняткову значущість як в економічній, так і соціальній інфраструктурі держави, адміністративно-територіальних утворень, великих населених пунктів. Наприклад, магістральні трубопроводи, лінії електропередачі, метрополітени, атомні електростанції, підприємства водопостачання тощо. Окремо можна сказати про об'єкти, що становлять історичну і культурну цінність, втрата яких взагалі неоціненна в грошовому вираженні. Наприклад, у газеті «Комсомольська правда» від 31 жовтня — 7 листопада 2003 року була опублікована стаття «Під Херсоном студенти відкопали давньогрецьке місто», в якій, зокрема, йдеться, що з огляду на історичну важливість відкриття (ним уже зацікавилися університети Канади, Австрії, Росії та Великобританії) Білозерська райрада нарешті заборонила будь-яку господарську діяльність на території поселення. Тільки вже багато чого не зберегти. Учасники досліджень постійно наражаються на наче варварами вибиті шурфи і вириті ями. Померлому містечку еллінів потрібна жива охорона, але забезпечити її нікому. Таких прикладів можна навести досить багато, і цим підтверджується актуальність вибраного напрямку дослідження. Дійсно, постає питання, хто і як повинен здійснювати охорону вищезазначених об'єктів і на яких принципах повинні ґрунтуватися ці відносини.

Проблема розмежування сфери правового регулювання охоронної діяльності нормами різних галузей права обумовлена, насамперед, головною загальнотеоретичною проблемою, яка полягає в розмежуванні права на цивільне (приватне) і публічне. Якщо в правових традиціях країн з розвинутою

ринковою економікою такий поділ сприймається як звичайне явище, то в Україні, яка раніше перебувала в складі СРСР, воно принципово відкидалось протягом останніх 70 років. Однак з переходом України на демократичний шлях розвитку, відновленням приватної власності, це питання набуває особливої актуальності.

Питання про співвідношення приватного і публічного права є не просто загальнотеоретичним питанням. Воно має чітко виражений практичний характер, оскільки від його вирішення залежить захист інтересів суспільства в цілому і відповідно вирішення питання про право держави на втручання в приватне життя, в економічну, підприємницьку та інші сфери.

Органи державної (публічної) влади, які діють у суспільних (публічних) інтересах, встановлюють обов'язкові для громадян, організацій правила поведінки. Конфлікти, що виникають у процесі їх виконання, у тому числі й примусового, загалом розглядаються вищестоящими державними органами, що є характерним для публічно-правової (адміністративної) юрисдикції.

На противагу цьому, приватне право охоплює сферу взаємовідносин, учасники яких керуються своїми приватними інтересами і за загальним правилом не можуть бути примушені до їх реалізації. Приватне право ґрунтується на рівноправності й автономії волі учасників відносин. Їх юридична рівність, що полягає у відсутності владних повноважень однієї особи щодо другої, обумовлює застосування на рівні правового регулювання принципів ініціативності і диспозитивності у здійсненні прав і інтересів учасників, які приймають рішення про участь (або неучасть) у тих чи інших правовідносинах, визначають зміст правовідносин на власний розсуд, керуючись власними інтересами. Згідно з цим правове регулювання взаємовідносин таких суб'єктів за загальним правилом відбувається не за допомогою загальнообов'язкових норм і заборон, а у формі різного роду дозволів і орієнтирів, котрі допускають найширшу можливість вибору конкретного варіанта поведінки.

Поділ права на публічне і приватне вперше зустрічається у працях юристів Стародавнього Риму. Формулювання тако-

го поділу включене в Дигести і приписується Ульпіану: «Вивчення права розпадається на дві частини: публічне і приватне (право). Публічне право, яке належить до положення римської держави, приватне, яке — (належить) на користь окремих осіб»¹. Протягом багатьох століть запропонована Ульпіаном класифікація не піддавалася сумніву і залишалася однією з фундаментальних аксіом юриспруденції. Однак з ускладненням господарського життя суспільства, з появою нових факторів, більш поглиблений аналіз показав, що запропонована у свій час класифікація не відображає реалій правового розвитку людського суспільства і не витримує теоретичної критики.

Вже в XIX столітті був запропонований новий критерій розмежування права приватного і права публічного, згідно з яким ці галузі права розрізняються за методом правового регулювання. Для публічного права характерним є регулювання відносин приписами імперативного характеру, які не можуть бути змінені волею окремих осіб. У відносинах публічно-правового характеру все підпорядковано волі державної влади, у регулюванні таких відносин застосовується метод влади і підпорядкованості. Відомий російський юрист, професор І. О. Покровський писав ще на початку XX століття, що в державі все підпорядковується єдиній волі, одному командному центру, все в ньому є централізованим. Саме цей прийом юридичної централізації, на думку І. О. Покровського, і становить сутність публічного права².

У сфері відносин приватноправового характеру, тобто відносин між приватними особами, діє зовсім інший метод регулювання: приватним особам надається право певною мірою вільно визначати характер і зміст відносин між собою, вступати в будь-які відносини або навпаки утримуватися від реалізації своїх прав; тобто на противагу централізованій волі держави з її методом влади і підпорядкованості, застосовується метод, який створює між учасниками відносини юридич-

¹ *Иоффе О. С., Мусин В. А.* Основы римского гражданского права. — Л.: Изд-во Ленинградского университета, 1975. — С. 3.

² Див.: *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут, 1998. — С. 39.

ної рівності, породжує систему юридичної децентралізації, тобто волі і приватної ініціативи.

Розширення використання публічно-правових засад у сфері регулювання відносин власності, договірних зв'язків, з одного боку, і одночасне застосування приватноправових інститутів для реалізації публічних інтересів, з другого боку, ускладнили проблему розмежування публічного і приватного права. Між іншим, не у всіх конкретних випадках є практична можливість послідовно провести таке розмежування: з одного боку, як уже зазначалося, деякі публічно-правові приписи неминуче втручаються в приватноправову сферу; з другого — і публічне право відчуває на собі значний вплив приватноправових засад. Однак звідси не вбачається повна неможливість або недоцільність такого принципового розподілу. Адже наявність винятків, хоча б і достатньо численних, усе ж таки не порушує зміст самого правила. А для правопорядку, який формується в Україні, визнання поділу права на публічне і приватне (точніше кажучи, відродження цього визнання) має особливе значення.

Як зазначав І. О. Покровський, незважаючи на наявні труднощі у визначенні критерію розмежування права приватного і права публічного, юриспруденція інстинктивно відчуває, що в основі такого розходження лежить щось не випадково-історичне, а глибоко принципове і інтуїтивно відчуває велику різницю у самому дусі права публічного і приватного. Далі він зазначає, що немає такої сфери відносин, для якої приватноправовий або публічно-правовий спосіб регулювання був би єдино можливим, немає такої сфери суспільного життя, яку ми могли б уявити, що регулюється як за одним, так і за іншим типом¹.

Не намагаючись вирішити в цій роботі цю досить складну теоретичну проблему, все ж таки можна зробити висновок, що теорія інтересу тією чи іншою мірою наявна і у всіх інших теоріях, впливаючи як на предмет, так і на прийоми і способи правового регулювання. Тому і в питанні, котре розглядається нами, слід виходити з того, якщо необхідність здійс-

¹ Див.: Покровський І. А. Основные проблемы гражданского права. — С.38-42.

нення охорони окремих об'єктів диктується переважними інтересами всього суспільства в цілому, ці відносини повинні регулюватися нормами публічного права. Спосіб владного регулювання відносин має ту перевагу, що вносить визначеність і плановість у цю сферу відносин. Тому норми державної влади будуть мати тут безумовний, примусовий характер, надані ними права мають одночасно й характер обов'язків. Обов'язки по здійсненню охорони повинні бути покладені на відповідні державні силові структури, фінансування яких здійснюється з державного бюджету, при цьому повинні бути визначені їх владні повноваження щодо суб'єктів господарювання. Суб'єкти господарювання внаслідок прямого припису закону повинні бути зобов'язані створити необхідні умови для здійснення охорони, повинна бути передбачена відповідальність посадових осіб за невиконання публічних обов'язків, а також майнова відповідальність держави за можливі негативні наслідки.

У цьому разі наявність між сторонами відносин влади і підпорядкованості взагалі виключає можливість застосування не лише цивільного законодавства, але і самої конструкції договору як такого. Перелік об'єктів, які підлягають обов'язковій охороні державними силовими структурами, зумовлений їх значущістю і повинен бути чітко визначений законодавством. Наприклад, до них можуть бути віднесені: підприємства водопостачання населених пунктів з резервуарами питної води, пункти захоронення радіоактивних відходів, сховища високо токсичних хімічних речовин, особливо важливі інженерні споруди на залізничних магістралях і автомагістралях державного значення, підприємства, що виготовляють вогнепальну зброю, вибухові речовини й об'єкти їхнього збереження, атомні електростанції, греблі, об'єкти, що становлять історико-культурну цінність, тощо.

Відповідно до постанови Кабінету Міністрів № 615 від 10 вересня 1993 року «Про заходи щодо вдосконалення охорони об'єктів державної та інших форм власності»¹ з наступними змінами і доповненнями перераховані вище об'єкти підлягають хоча й обов'язковій охороні з боку Державної

¹ Див.: Збірник постанов уряду України. — 1994. — № 2. — С. 31.

служби охорони при МВС України, але на основі договору. Видається, що здійснення охорони в цих випадках на основі цивільно-правового договору не тільки суперечить принципам цивільного права, але й інтересам суспільства в цілому, ставлячи життєві інтереси багатьох осіб в залежність від фінансового становища суб'єктів, від укладення і належного виконання приватноправової угоди окремими суб'єктами господарювання.

На жаль, і проект Закону України «Про охоронну діяльність»¹ передбачає збереження принципу обов'язковості охорони на основі цивільно-правового договору. Відповідно до ст. 24 проекту Закону перелік об'єктів, що підлягають *обов'язковій* охороні Державною службою охорони, визначається Кабінетом Міністрів України. При цьому в ст. 25 вказується, що Державна служба охорони діє на засадах госпрозрахунку і утримується за рахунок коштів, одержаних її підрозділами за організацію і здійснення заходів охорони та безпеки за *угодами*, укладеними відповідно до законодавства. Вартість заходів охорони та безпеки визначається, виходячи з принципів самоопукності та *застосування вільних цін* (курсів мій. — С. Д.).

Таке суперечливе положення обумовлене різними причинами, зокрема, дефіцитом бюджетних коштів, традиційно існуючими відносинами з охорони в період адміністративно-командної системи управління, однак збереження положення, властивого одержавленій, адміністративно-командній економіці, змішування публічно-правового і приватноправового впливу, при перевазі другого і на шкоду першому, не може вважатися нормальним.

У нашій країні протягом тривалого часу ситуація в цивільному обороті була прямо протилежна тій, яка закріплена в новому Цивільному кодексі України. Як загальне правило існувала вимога про обов'язкове укладення договорів, а те, що залишалося в межах принципу свободи договору, було винятком. У цілому законодавство обслуговувало існуючі командно-адміністративні методи управління економікою і, головним чином, закріплювало не свободу договору і не свободу

¹ Проект Закону «Про охоронну діяльність» від 26 вересня 2002 року № 1241, внесений до Верховної Ради України народними депутатами О. Бандуркою, В. Мойсиком та В. Бартківом.

його укладення, а планові засади, які охоплювали практично всі договірні зв'язки між підприємствами всього народного господарства країни. При цьому договорі фактично віддургорядна роль.

З урахуванням значених обставин можна зробити висновок, що принцип обов'язковості охорони майна на основі цивільно-правового договору, в тому вигляді, як його сформульовано в постанові Кабінету Міністрів України і в проекті Закону України «Про охоронну діяльність», слід визнати помилковим.

Як слушно зазначено в коментарі до проекту Закону «Про охоронну діяльність», який підготовлено Інститутом проблем законодавства імені Ярослава Мудрого, Державна служба охорони підпорядкована міністру внутрішніх справ України (ч. 2 ст. 31), а Положення про Департамент Державної служби охорони при Міністерстві внутрішніх справ затверджується міністром внутрішніх справ (ч. 3 ст. 31), відповідно Державна служба охорони належить до органів державної влади.

Тому здійснення охорони окремих особливо важливих об'єктів за переліком, що визначається Кабінетом Міністрів України, буде виконанням державної функції, а використання у цих відносинах конструкції цивільно-правового договору вважаємо неприпустимим.

У цій ситуації можливе регулювання відносин з використанням конструкцій так званих адміністративних договорів (Франція), урядових контрактів (США, Англія), які відомі праву цих країн і застосовуються у сфері регулювання відносин між державними органами і приватними особами. Ці договори взагалі не визнаються цивільно-правовими, а утворюють особливу категорію публічних договорів, основна відмінність яких від цивільно-правових договорів полягає в тому, що сторони в них не рівні не лише фактично, але й юридично, існують відмінності в порядку укладення, ступені свободи сторін у визначенні умов договору, і в яких державний орган має право в односторонньому порядку вимагати укладення такого договору, змінювати його умови, а також розривати ці контракти, якщо це відповідає загальним інтересам держави¹.

¹ Див.: Кулагин М. И. Избранные труды. — М.: Статут, 1997. — С. 260, 261.

В іншому разі принцип обов'язковості охорони може розглядатися як обов'язкова передумова (ліцензійна умова) для заняття окремим видом господарської діяльності. При цьому охорона майна (майнового комплексу) забезпечується силами самого суб'єкта господарювання на основі положень Закону України «Про охоронну діяльність».

Але в цих випадках вже йтиметься про зобов'язання, що знаходяться за межами цивільного права.

Ю. В. Шинкарьов, аспірант кафедри кримінально-правових дисциплін юридичного факультету ХДПУ імені Г. С. Сковороди

Обумовленість уведення арешту до сучасної системи покарань України

З прийняттям Кримінального кодексу України у 2001 р. наша держава отримала чіткий та вичерпний перелік кримінальних покарань. Порівняно з Кримінальним кодексом 1960 р., у системі покарань з'явилися нові елементи. Одним з нових видів покарань став арешт.

Тема дослідження арешту як складової системи покарання зараз є дуже актуальною. Це пояснюється тим, що з моменту виникнення такого покарання в Україні воно не було комплексно досліджено вченими-правознавцями. Завдання, яке ставиться перед нами, — з'ясувати, які ж причини обумовили виникнення такого покарання в Україні.

Арешт згідно з чинним законодавством України є специфічним видом покарань, який став альтернативою більш довгим строкам позбавлення волі і одночасно пов'язаний з ізоляцією засудженого від суспільства. Його застосування відповідає як зарубіжним, так і вітчизняним традиціям. Але ці традиції майже забуті, хоча і не є новими.

Арешт як вид кримінального покарання вперше з'явився в царській Росії, до складу якої входила і Україна. Криміналь-

не законодавство дореволюційної Росії (1845 р.) вводило арешт до системи покарань та поділяло його, залежно від строку, на чотири підвиди:

- 1) від одної до трьох діб;
- 2) від трьох до семи діб;
- 3) від семи діб до трьох тижнів;
- 4) від трьох тижнів до трьох місяців.

Кримінальне законодавство Росії розвивалося, і вже у 1903 р. арешт міг бути призначений від однієї доби до шести місяців, а у виняткових випадках на строк і до одного року. Проблематика виконання та призначення покарань взагалі та арешту як окремого виду покарання розроблялася в ті часи такими вченими, як Є. Андреев, К. Біндінг, С. К. Гогель, В. В. Єсипов, М. Красовський, Н. Лучинський, Г. Оппенгеймер, Н. Д. Сергієвський, А. Смирнов та І. Я. Фойницький.

Після Жовтневої революції 1917 р. арешт зник з системи покарань. Основним видом покарання, яке так само, як і арешт, ізолювало злочинця від суспільства, стало позбавлення волі. Але слід зазначити, що у 1926 р., трохи менше ніж через десять років після зникнення арешту як покарання, до позбавлення волі було засуджено на строки менші ніж 6 місяців більше 60 відсотків засуджених осіб¹.

У правовій літературі в ті роки не було однозначної думки щодо нижчої межі покарання у виді позбавлення волі. Але позбавлення волі на строк менше року вважалося короткостроковим. Саме короткострокове ув'язнення втілило в собі деякі властивості арешту і замінило його в системі покарань, хоча і не стало самостійним видом покарання. У радянські часи вивченням проблем, пов'язаних з позбавленням волі займалися такі вчені, як А. Є. Наташев, Н. А. Стручков, В. Т. Трубніков, В. З. Фетісов.

Які ж спільні риси можна побачити в арешті та короткостроковому позбавленні волі? До них можна віднести:

- 1) позбавлення засудженого особистої свободи, права вільного пересування, вибору умов та місця власного проживання;

¹ Див.: *Фетисов В. З.* Краткосрочное лишение свободы и его эффективность. — М.: ВНИИ МВД СССР, 1974. — С. 108.

- 2) ізоляція особи від суспільства на визначений виразом строк;

3) знаходження засудженого в місцях відбування покарання з чітко визначеними умовами відбування і виконання покарання (режимом);

- 4) моральний осуд засудженого суспільством;

5) деякі установлені в законодавчому порядку правові обмеження щодо вільного користування матеріальними та духовними благами;

- 6) стан осудності;

- 7) відносно короткий строк відбування покарання.

Постає питання, чому законодавець, приймаючи новий Кримінальний кодекс України у 2001 р., увів до системи покарань новий вид покарання, коли вже існувало дуже схоже на арешт короткострокове позбавлення волі?

На наш погляд, відповідаючи на це запитання, можна погодитись з думкою М. І. Бажанова.

Короткострокове позбавлення волі, як зазначав М. І. Бажанов, мало суттєві недоліки:

- 1) значний рецидив серед осіб, які відбули таке покарання;
- 2) дуже обмежений виправний вплив на засуджених при цьому покаранні;

3) незначний каральний вплив на засудженого у зв'язку з короткостроковістю такого покарання;

4) негативний вплив на короткострочників злочинного середовища з боку інших засуджених;

5) відрив засудженого від звичного йому мікросередовища — сім'ї, колективу, друзів¹.

Щоб повною мірою усвідомити неефективність існування короткострокового позбавлення волі у тому вигляді, в якому воно існувало, необхідно проаналізувати кожну рису, що характеризує недосконалість цього виду покарання.

Рецидив. При існуванні короткострокового позбавлення волі засуджені, що відбули цей вид покарання, завжди займали лідируючу позицію серед інших рецидивістів. Згідно з законодав-

¹ Див.: *Бажанов М. И.* Наказание в проекте УК Украины // Проблемы законности : Респ. міжвідомч. збірник. — Х.: Національна юридична академія України, 1999. — Вип. 38. — С. 167—180.

ством України покарання має на меті не тільки кару, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів особою, яка відбула покарання, та іншими особами. Якщо брати до уваги мету покарання, то відсутність рецидиву є одним з основних показників ефективності покарання, бо критерієм ефективності покарання є поведінка засудженого не лише під час відбування покарання, а й після нього. Якщо людина, відбувши покарання, вчиняє новий злочин, можна дійти висновку, що покарання не досягло поставленої мети.

Обмежений виправний вплив. Під час відбування короткострокового позбавлення волі виправний вплив на засудженого з боку адміністрації установ виконання покарань був дуже обмежений. По-перше, це можна пояснити відсутністю різноманітності психолого-педагогічних методів впливу на засудженого, що існували в радянські часи. По-друге, навіть при існуванні такого роду виправного впливу було неможливо використати його у повному обсязі через малий строк покарання, бо цей вплив був розрахований на більші строки. По-третє, самі засоби виправного впливу не враховували особливостей відбування такого роду покарання.

Незначний каральний вплив. Короткі строки позбавлення волі зовсім не справляли враження на деякі категорії засуджених, не викликали в багатьох з них переживань та жалю, пов'язаних з позбавленням волі¹, тому що в позбавленні волі ступінь кари визначається строком ізоляції засудженого від суспільства, режимом тримання, видом виправно-трудова (за радянських часів) установ. Сам факт ізоляції від суспільства сприймається засудженими як кара тільки при достатньо довгих строках покарання. Під час відбування покарання, що характеризується довгостроковою ізоляцією від суспільства, у засудженої особи значно змінюються або зовсім ламаються їх життєві плани, у тому числі й злочинні, що неможливо за відсутності довгостроковості у позбавленні волі. А якщо звернути увагу на осіб, які не вперше відбували покарання у виді позбавлення волі, то строк менш ніж 6 місяців вони, напевне, вважали лише «короткою прогулянкою», і позбавлення волі у цьому вигляді зовсім не справляло на них враження.

¹ Див.: *Елеонский В. А.* Воздействие наказания на осуждённых: Учебное пособие. — Рязань: РВШ МВД СССР, 1980. — С. 9.

Негативний вплив злочинного середовища. Находження засудженого в педагогічно несприятливому середовищі сприяло закріпленню тих негативних морально-психологічних властивостей особистості, які вже одного разу знайшли свій прояв у вчиненому злочині. Випадки, коли «короткострочники» знаходили «надійних» друзів для продовження злочинної діяльності у майбутньому, були дуже поширеними¹.

Крім того, за час відбування короткострокового позбавлення волі засуджені встигали згуртуватися в об'єднання, що створювало негативне мікросередовище. Все це відбувалося тому, що в місцях позбавлення волі було неможливо ізолювати засуджених один від одного з метою запобігання негативному впливу без погіршення умов відбування покарання.

Відрив засудженого від звичного йому мікросередовища. Позбавлення особи, що відбуває покарання, оточення, яке йому знайоме, звичне та важливе — сім'ї, колективу, друзів — можна вважати соціальними наслідками позбавлення волі, які за своєю суттю не є елементами кримінального покарання, але значно впливають на засудженого під час відбування покарання. Дуже значний вплив на засуджених справляв розрив їхніх сімейних та родинних зв'язків. Майже 75 відсотків засуджених зазначали, що розрив цих зв'язків переживається ними як один з найтяжчих наслідків покарання². Такий саме вплив справляв і відрив від інших елементів мікросередовища засудженого, бо з цим відривом розриваються соціальні зв'язки, які засуджений, вірогідніше за все, створював роками, а за кілька місяців вони руйнуються вщент.

З вищевикладеного, можна зробити висновок, що засоби виконання покарання у виді короткострокового позбавлення волі не справлялися з поставленим перед ним завданням, не реалізовували мету покарання. На наш погляд, можна приєднатися до думки М. Д. Шаргородського, який зазначив — все що можна очікувати від цього покарання, це залякування осіб, що вперше вчинили малонебезпечний злочин³.

¹ Див.: *Фетисов В. З.* Краткосрочное лишение свободы и его эффективность. — С. 40.

² Див.: *Елеонский В. А.* Воздействие наказания на осуждённых. — С. 28–29.

³ Див.: *Шаргородский М. Д.* Наказание, его цели и эффективность. — Л.: Издательство ЛГУ, 1973. — С. 93–94.

Існувало кілька позицій вчених та практичних робітників про подальший розвиток та вдосконалення короткострокового позбавлення волі. За підвищення жорстокості при відбуванні покарання виступала більшість практичних робітників. На їхню думку, суворий режим здатний підвищити попереджувальний вплив покарання як на засудженого, так і на інших громадян. Інші висловлювались більш радикально, обґрунтовуючи тими самими аргументами необхідність введення для «короткострочників» спеціального (особливого або тюремного) режиму. Прибічники іншого погляду вважали, що режим виконання короткострокового позбавлення волі повинен бути максимально наближений до умов життя на волі¹.

Законодавець України, увівши арешт до системи покарань, пішов шляхом створення умов підвищеної суворості для осіб, що відбувають це покарання. Згідно зі ст. 60 Кримінального кодексу покарання у виді арешту полягає в триманні засудженого в умовах ізоляції і встановлюється на строк від одного до шести місяців. Особи, засуджені до арешту, повинні відбувати покарання, як правило, за місцем засудження в арештних домах.

Якщо звернути увагу на умови тримання, передбачені для засуджених у арештних домах, то можна зазначити, що ці умови є досить суворими. Арештні дома призначені для реалізації «шокової терапії» — короткочасного, але інтенсивного карально-виховного впливу².

Проаналізувавши розвиток сучасного кримінального та кримінально-виконавчого законодавства, можна зробити висновок, що арешт уведено до системи покарань з установкою на подолання тих недоліків, які були характерними для короткострокового позбавлення волі. Незважаючи на короткий строк існування такого покарання як арешт, на наш погляд, українській виконавчій системі вдасться виконати основні завдання, що поставлені перед покаранням — карати, виправляти, запобігати.

¹ Див.: *Фетисов В. З.* Краткосрочное лишение свободы и его эффективность. — С. 108–109.

² Див.: Уголовное наказание в вопросах и ответах / Под ред. д-ра юрид. наук, профессора В. С. Комисарова и д-ра юрид. наук, профессора Р. Х. Якупова. — М.: Зерцало, 1998. — С. 235.

Зміст

Максимов С. І.	
Принципи легітимації права	3
Данильян О. Г.	
Деякі проблеми формування правової культури в перехідному суспільстві	14
Герасіна Л. М.	
Особливості модернізації політичних систем країн Азії та Близького Сходу	26
Яковюк І. В.	
Реалізація соціальної функції держави в умовах європейської інтеграції	40
Тодика О. Ю.	
Проблеми реалізації органами місцевого самоврядування своїх повноважень в аспекті здійснення народовладдя	49
Бодрова І. І.	
Концептуальні підходи визначення поняття територіальної громади	62
Жилінкова І. В.	
Транскордонне співробітництво суб'єктів місцевого самоврядування	74
Страхов М. М.	
Міське селянське самоврядування в Україні за реформою 1861 р.	82
Борисова В. І.	
Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права	91
Ігнатенко В. М.	
Односторонні правомірні дії як підстави виникнення позадоговірних зобов'язань за Цивільним кодексом України	104
Яроцький В. Л.	
Поняття і ознаки емісійних цінних паперів	118
Шульга М. В.	
Правові проблеми самовільного зайняття земельних ділянок	128
Фіночко Ф. Д.	
Юридична природа протоколу про адміністративне правопорушення	137

Трибуна молодого вченого

Хаустова М. Г.

Національна правова система України:
актуальні питання становлення 145

Бочаров Д. О.

Доказове право як інститут законодавства 155

Воронова І. В.

Правосвідомість і повага до права (загальне і особливе) 164

Гетьман І. В.

Ідея правового спілкування в сучасному суспільстві 174

Торохтій Ю. З.

Делегування повноважень між місцевими державними
адміністраціями й органами місцевого самоврядування:
шляхи оптимізації 183

Довбій С. П.

Щодо розмежування правового регулювання охоронної
діяльності 194

Шинкарьов Ю. В.

Обумовленість уведення арешту до сучасної системи
покарань України 203

Наукове видання

Державне будівництво та місцеве самоврядування

Збірник наукових праць

Випуск 7

Редактор *Н. Й. Михайличенко*

Комп'ютерна верстка
і дизайн *В. М. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 25.06.2004.
Формат 84x108 1/32. Папір офсетний. Гарнітура Newton.
Ум. друк. арк. 10,7. Обл.-вид. 10,1. Вид. № 175.
Тираж 300 прим. Зам.

Видавництво «Право»
Академії правових наук України
Україна, 61002, Харків, вул. Чернишевського, 80

Свідоцтво серії ДК № 559 від 09.08.2001 р.

Приватне видавничо-поліграфічне підприємство «Слово»
Україна, 61024 Харків, вул. Лермонтовська, 27