НАУКОВИЙ ВІСНИК

ЧЕРНІВЕЦЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Рік заснування 1996

Випуск 311

Правознавство

Збірник наукових праць

Чернівці
“*Рута*”
2006

Науковий вісник Чернівецького університету: Збірник наук. праць. Вип. 311: Правознавство. - Чернівці: Рута, 2006. – 124 с.

Naukovy Visnyk Chernivetskoho Universitetu: Zbirnyk Naukovyh Prats. Vyp. 311: Jurisprudance. – Chernivtsi: Ruta, 2006. – 124 s.

У випуску на основі врахування новітніх досягнень юридичної науки, узагальнення правоз а-стосовної практики, вітчизняного і зарубіжного досвіду висвітлюються проблеми т еорії та практики різних галузей права, сформульовані практичні рекомендації законодавцю щодо вдосконалення чи н-ного законодавства, а також працівникам правоохоронних органів по застосуванню конкретних норм права в умовах перехідного суспільства.

Для науковців, викладачів вищих і середніх спеціальних навчальних закладів, студентів, пр а-цівників правоохоронних і правозастосовних органів.

The issue on the base of the newest achievements of legal science, law application practice, domestic and foreign experience touches upon the problems of theory and the practice of the various law branches, there are formulated practical recommendations to the legislator on the development of the legislation currently in force, as well as to the employees of law-protecting bodies on the application of the concrete norms of law in the circumstances of transitional society.

It can be used by scientific employees, teachers of institutions of higher and secondary spe cialized education, students, employees of law-applying and law-protecting bodies.

Редколегія випуску: доктор юрид. наук, проф. **Пацурківський П.С.** (наук. редактор),
доктор юрид. наук, проф. **Никифорак М.В.** (заст. наук. редактора),
канд. юрид. наук, доц. **Гаврилюк Р.О.** (відповідальний секретар),
канд. юрид. наук, доц. **Гетманцев О.В.,**
доктор юрид. наук, проф. **Георгіца А.З.,**
доктор юрид. наук, проф. **Грищук В.К.,**
доктор юрид. наук, проф. **Козловський А.А.,**
доктор юрид. наук, проф. **Козюбра М.І.,**
доктор юрид. наук, проф. **Кузнєцова Н.С.,**
доктор юрид. наук, проф. **Якимчук М.К.**

Збірник входить до переліку фахових видань ВАК України

Свідоцтво Міністерства України у справах преси та інформації
№ 2158 серія КВ від 21.08.1996 р.
Загальнодержавне видання

Рекомендовано до друку Вченою радою Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Адреса редколегії випуску “Правознавство”:
Україна, 58012, м. Чернівці, вул. Коцюбинського, 2, національний університет,
кафедра конституційного, адміністративного і фінансового права, тел. (0372) 58-48-73
E-meil: oleg@chnu.cv.ua

© Чернівецький університет, 2006.

Підписано до друку 10.04.2006 р. Формат 60x84/8. Друк офсетний. Папір офсетний.
Умовн. друк. арк. 13,5. Обл. - вид. арк. 14,5. Зам. -п. Тираж 200 прим.
Друкарня видавництва “Рута” Чернівецького національного університету.
58012, Чернівці, вул. Коцюбинського, 2.

ЗМІСТ

Євген Ерліх. Факти звичаєвого права. Інавгураційна ректорська промова, виголошена 2 грудня 1906 р. / Пер. з нім. І.Я.Яцюка; Пер. з латині Т.Д.Попової; Передмова та наукова редакція перекладу М.В.Никифорака 5

І. МЕТОДОЛОГІЯ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ. ФІЛОСОФІЯ ПРАВА. ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Боднар С.Б. Рівність у праві – справедлива нерівність 24
Васильчук В.О. Аксіологічний зміст категорії «справедливість» у праві 28
Донченко О.П. Свобода як передумова кримінально-правової відповідальності 34
Максимюк О.Д. Принцип невідворотності юридичної відповідальності (історико-філософський аспект) 39

ІІ. КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Чепель О.Д. Особливості депутатського запиту в Україні та зарубіжних країнах: порівняльно-правовий аналіз 45
Васильченко О.П. Нормативно-правові акти Президента України як джерело конституційного права України 49

ІІІ. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО. ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Гетманцев О.В. Дослідження німецьких та австрійських процесуалістів та їх вплив на розвиток науки цивільного процесуального права в Росії в XIX столітті 55
Руденко О.В. Уніфікація міжнародного приватного права країн ЄС як правова реформа 61
Пацурківський Ю.П. Роль інтересів при встановленні меж здійснення права власності 66
Лисенко В.В. Правові наслідки порушення умов договору міни 72
Паскар А.Л. Теоретичні аспекти визначення форми цивільних процесуальних правовідносин 80
Никифорак В.М. Джерела сучасного українського страхового права 84

IV. ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО. АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. ФІНАНСОВЕ ПРАВО

Тріска О.О. Владарюючі суб'єкти фінансових правовідносин: поняття та види 89
Григораш О.І. Гарантії суб'єктивних прав та законні інтереси: структурні елементи адміністративно-правового статусу особи 95
Ковалко Н.М. Принципи безготівкових розрахунків і їх законодавче закріплення 101
Вдовічена Л.І. Принцип адекватності встановлення статусу податкового резидентства фізичних осіб.....105
Колосюк В.В. Страховий ризик як правова умова загальнообов'язкового особистого страхування ..110

V. КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. КРИМІНОЛОГІЯ. ПРОКУРАТУРА

Важинський В.М. Педмет доказування в кримінальному процесі 114
Хмеленко В.В. Реформування органів досудового слідства – крок назустріч людям.....119
До наших авторів 123

CONTENTS

Evgen Erlikh. Facts of the Common law. Inaugural rector's speech, proclaimed on December 2, 1906 / Transl. from Germ. by I.Ya.Yatsenuk; Transl. from Latin by T.D.Popova; the foreword and scientific edition of translation by M.V.Nykyforak 5

I. METHODOLOGY OF LEGAL SCIENCE. PHILOSOPHY OF LAW. THEORY AND HISTORY OF STATE AND LAW. COMPARATIVE LAW

Bodnar S.B. Equality in right – equitable inequality 24
Vasylchuk V.O. Axiological substance of the category of „justice" in law 28
Donchenko O.P. Freedom as a condition of criminal responsibility 34
Maksymiuk O.D. The principle of inevitability of legal responsibility (the historical-philosophical aspects) 39

II. CONSTITUTIONAL LAW

Chepel O.D. Features of deputy inquiry in Ukraine and foreign countries the rather -legal analysis 45
Vasilchenko O.P. Legal acts of the Ukrainian President as the source of the Ukrainian 49

III. CIVIL LAW AND PROCEDURE. INTERNATIONAL PRIVAT LAW. SOCIAL SECURITY LAW

Getmansev O.V. Researches of German and Austrian scientists in remedial law and their impact on development of the science of civil remedial law in Russia in XIX century 55
Rudenko O.V. Unification of international private law of the EU countries as a legal reform 61
Patsurkivskij U.P. The function of interests in the establishing the restrictions in the property rights 66
Lisenko V.V. The legal consequences of infringment of the exchange contract's conditions 72
Paskar A.L. Theoretical aspects of the definition the form of civil procedural law relationships 80
Nikiforak V.M. Sources of the modern insurance right of Ukraine 84

IV. LAND LAW. ADMINISTRATIVE LAW AND PROCEDURE. FINANCIAL LAW

Triska I.I. The dominating subjects of financial legal relations: concept and kinds 89
Grygorash O.I. The guarantees of subject's rights and legal interests as structural el ements of administrative legal status of person 95
Kovalko N.M. Principles of the non-cash settlements and their legislati ve binding 101
Vdovichena L.I. Principle of adequacy at definition of the status tax resident of physical persons 105
Kolosuk V.V. An insured peril as a legal condition of the obligatory personal insurance 110

V. CRIMINAL LAW AND PROCEDURE. CRIMINOLOGY. PROCURACY

Vazhynskyi V.M. Proving object in the criminal process 114
Khmelenko V.V. Reforming the investigating agency - step towards to the people 119
To our authors 123

ЄВГЕН ЕРЛІХ. ФАКТИ ЗВИЧАЄВОГО ПРАВА.
ІНАВГУРАЦІЙНА РЕКТОРСЬКА ПРОМОВА, ВИГОЛОШЕНА 2 ГРУДНЯ 1906 Р./ Пер. з нім. І.Я.Яцюка; Пер. з латині Т.Д.Попової; Передмова та наукова редакція перекладу М.В.Никифорака

Передмова

„Як син цього краю, я, мабуть, можу сказати: Чернівці та Буковина, без сумніву, не були б, без університету тим, чим вони є. Розглядайте університет не тільки як навчальний заклад, розглядайте його передовсім як осередок наукових дослідників і культури, і навчіться шанувати його за це. Ним по всьому краю вже закладені мільйони паростків, чимало дерев уже сьогодні красуються у цвітінні і принесуть завтра багаті плоди."

Євген Ерліх

Багаті плоди принесла і науково-педагогічна діяльність в Чернівецькому університеті Є.Ерліха. Університету вчений присвятив майже 25 років, невтомно реалізовуючи своє життєве кредо: „копати криницю життя". За свідченнями очевидців, вдома його застати було неможливо. Все життя - в університеті. В тім, це, мабуть, було перебільшенням. Його завжди цікавили громадсько-політичні справи Чернівців і краю. Він обирався до міської ради, де активно боровся проти бездіяльності та корупції, оголосивши навіть про намір створити „партію чистих рук". Величезна зайнятість не заважала Є.Ерліху захоплюватись витворами крайових ремесел (особливо гуцульськими килимами), весело проводити час з друзями. Й.А. Шумпетер, світило світової економічної науки, який в молодості потрапив на два роки до Чернівців як екстраординарний професор (читав теорію фінансової науки, фінансове право), згадував про дозвілля з Є.Ерліхом у Чернівцях як про казку з „1001 ночі".

Корінний чернівчанин, Є.Ерліх здобув вищу юридичну освіту і вчений ступінь доктора права (1886 р.) у Віденському університеті. Якийсь час, ідучи стопами батька, займався у Відні адвокатською практикою. Але вже тоді поєднував її з наполегливим вивченням проблем загальної теорії права, римського права. На підставі опублікованої у 1893 році в Берліні першої монографічної праці „Мовчазне волевиявлення" („Die stillschweigende Willenserklarung") був удостоєний у 1894 році звання приват-доцента.

З листопада 1896 року Є.Ерліх – професор Чернівецького університету зі спеціалізацією „Римське право". Цей курс він вів до кінця свого проживання у Чернівцях (по 7 – 8 сучасних пар на тиждень). Визнанням науково-педагогічних заслуг Є.Ерліха стало його обрання у 1901 році деканом юридичного факультету, а в 1906 – ректором університету. 2 грудня 1906 року ним була виголошена інавгураційна промова „Факти звичаєвого права". Її перший переклад українською мовою, зроблений кандидатом філологічних наук, доцентом І.Я. Яцюком, пропонується увазі читачів даного номера наукового вісника Чернівецького національного університету. І робиться це не тільки з огляду на столітній ювілей промови. Вона стала важливою проміжною віхою у формуванні ерліхівської концепції соціології права (між „Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft", Лейпціг, 1903 і „Grundlegung der Soziologie des Rechts", Мюнхен – Лейпціг, 1913. Це ґрунтовне дослідження, яке засвідчило обізнаність Є.Ерліха з більшістю виданих на той час в різних країнах публікацій з проблем звичаєвого права, в т.ч. представників історичної школи права М.Ф. Владимирського – Буданова та В.І. Сергєєвича, які досі не втратили наукової цінності.

Крім інавгураційної промови публікується також переклад звіту Є.Ерліха про ректорську діяльність від 9 грудня 1907 року.

М. Никифорак

ФАКТИ ЗВИЧАЄВОГО ПРАВА

Високоповажні збори!

За старим академічним звичаєм, якнайсердечніше дякуючи своїм колегам, які на рік призначили мене репрезентувати наш університет у зносинах із зовнішнім світом, я хочу в день інавгурації ректора поговорити про предмет, взятий із тієї сфери знань, якій я присвятив своє життя. Для цього я вибрав звичаєве право, яке вже понад століття є одним із найбільш животрепетних і найбільш обговорюваних питань нашої науки. Але я хочу поговорити сьогодні не про звичаєве право як таке, я хочу промовляти про факти звичаєвого права. Право і правовідносини є абстрагованими речами, які існують не в конкретній реальності, що сприймається чуттєво, а в головах людей. Не було б ніякого права, не було б також і жодного звичаєвого права, якби не було людей, які розмірковували б над ним. Але як і будь-де, так і тут наші думки сформовані з того матеріалу, який ми беремо із конкретної дійсності, яка сприймається чуттєво. В основі всіх наших уявлень лежать факти, які ми колись встановили. Впевнений, що такі факти існували ще до того, як у мозку людини взагалі почали зароджуватися думки про право і правовідносини. Також і в сьогоденні мусять в будь-якому випадку існувати певні факти, перед тим як ми наважимось говорити про право і правовідносини. Якраз про ці факти і йдеться тут. Із сьогоднішнього розгляду виключено лише те, що викликається дією закону, приписом, який виходить від законодавчої влади держави, і стосується того, як люди у майбутньому мають організовувати свої дії.

Для сьогоднішнього юриста звичним є погляд на світ, в якому панує право та обов'язковість права. Цьому світу, який є і його світом, він завдячує своїм світоглядом, який в основу основ покладає право та його обов'язковість. Без них він майже неспроможний уявити собі співіснування людей. Сім'я, яку б офіційні органи влади не зберігали як єдине ціле, або, принаймні, не спостерігали за нею, власність, яка б не захищалася судами, договір, якого не можна було б оскаржити, спадщина, якої не можна було б добитися правовим шляхом, здаються йому, принаймні, як загальні явища, неможливими. Таким чином, у його мисленні система правопорядку, суд і обов'язковість права поєднуються в одне ціле, і, позаяк обов'язковість права передбачає судове рішення, а останнє, у свою чергу – тверді правові норми, то він намагається повсюди, де тільки він знаходить певну систему правопорядку, шукати суд, обов'язковість права і тверді правові норми, які все визначають заздалегідь.

Але від погляду досвідченого дослідника-правника не сховається те, що добре знайомому нам суспільству, яке тримається у правових рамках завдяки суду, обов'язковості права і правових приписів, передувало інше суспільство, для якого це все було чужим, яке, однак, все ж таки володіло певним прийнятним порядком. Цей порядок ґрунтувався на тому, що люди вже тоді визнавали певні правила обов'язковими для своєї діяльності і під дією цих правил частково поступали, поводилися, прагнули і, до певної міри, досягали подібних цілей уже так само, як пізніше під дією твердих правових норм, які застосовуються судами і реалізуються через обов'язковість права. Чи можемо ми тут говорити вже про якусь систему правопорядку – це, звичайно, не вельми й важливо. Те, з чим ми тут стикаємося, може, мабуть, вважатися, передусім, нічим іншим, як фактом: бо „факт" для юриста – це все те, що не є, або ще не є правом чи правовідносинами; однак ці факти є вже правами чи правовідносинами в їх зародку і становленні, і в такій якості ми знову виявляємо однакові за своєю природою факти у пізніший період.

Ми повинні, таким чином, рахуватися з тим, що вже на цьому ступені розвитку існують правила, якими люди керуються у своїй діяльності, і що у людей, які так діють, мусять існувати певні свідомі чи напівсвідомі уявлення, сприйняття і почуття, що спонукають їх до дотримання цих правил. Такі правила і дії, уявлення, сприйняття і почуття, які їх супроводжують – це те, із чого, як наслідок, виростає система правопорядку.

Але і там, де вже існує усталена система правопорядку, ми кожної миті стикаємося із чисто суспільними інституціями, до яких праву певною мірою немає ніякого діла, і щодо яких, через те, існують сумніви, чи можна назвати їх правовими інституціями. Однак і в пізніший час нам зустрічаються заклади того ж виду. Вони визнані правом, охоплені правовими нормами і перебувають під захистом суду. Також і тут зусилля вартують того, щоб прослідкувати шлях переходу від чисто суспільних життєвих до правових відносин. Також і тут найвища цінність для юриста – з'ясувати суть уявлень, почуттів і відчуттів, на яких ґрунтуються життєві відносини у процесі свого чисто суспільного існування, і які, врешті-решт, призводять до визнання цих життєвих від-

носин правом. Цю тему ми зустрічаємо ще й в іншій формі, позаяк життєві відносини подібного виду існують у різних країнах, то виступаючи складовою частиною системи правопорядку, то ні. Так, у тому самому правовому полі ми іноді бачимо життєві умови повністю одного і того ж виду, із яких один здається включеним у правову систему, у той час як прийом у систему права іншого, часом важливішого та з більшим значенням, відхиляється. Нарешті, безперечно існують випадки, де якийсь вид життєвих відносин впродовж часу втратив будь-яку правову силу, однак зберіг своє існування як вид відносин суспільних. Незліченною є кількість прикладів, які можуть бути наведені на користь сказаного. Через те зробимо посилання лише на деякі, перед усім на те, що римська преторська власність існувала, на нашу думку, ще задовго до того, як вона була забезпечена з боку претора правовими засобами, а також на те, що в Римі, як і в інших системах права поруч із договорами, на які поширювалася можливість їх розгляду в суді *contractus* (угода), завжди існували договори, на які така можливість не поширювалася *pacta* (договори), і які, частково, були щонайменше настільки ж важливими, як і перші. Однак і ми сьогодні не змогли б просто так припустити, що домовленість з другом про те, що він заздалегідь займе для нас місце у скорому поїзді, якщо той буде перепровнений, започатковує відносини з обов'язковим виконанням певних дій, хоча, ймовірно, з цим можуть бути пов'язані дуже важливі інтереси. У всіх цих випадках ми маємо справу з життєвими відносинами, які пізніше частково включалися в систему правової обов'язковості без будь-яких суттєвих змін при цьому, у той час як інші життєві відносини подібного типу залишаються, як і раніше, поза цією системою. Один із видів життєвих відносин – це шлюб, який, поза всяким сумнівом, повсюди є також і видом правових відносин. Однак на Сході ми маємо декілька видів шлюбу, та й у Римі ще в дуже ранні часи поруч із обов'язковим існував і вільний шлюб, трохи пізніше ймовірно *matrimonium juris gentium* (шлюб між чужоземцями), і, нарешті, у праві певним чином почав враховуватися також і конкубінат. І навпаки, у сфері християнської культури ми, мабуть, ніколи не вийдемо за межі єдиного, повноцінного в правовому і моральному плані, виду шлюбу. Отже, право в нас у принципі відхиляє стосунки між статями, які фактично трапляються, чого не спостерігається десь інакше. Коли, нарешті, дворянство, як наприклад, у сусідній з нами країні, скасовується на основі закону, то воно, як уже неодноразово можна було переконатися, ще довго продовжує своє існування в суспільстві, і так само запровадження цивільної процедури одруження чи розлучення не відразу або зовсім не усунуло в певних колах суспільного значення церковної процедури одруження і нерозривності шлюбних уз.

Що ж це таке, що перетворює життєві відносини у відносини правові, або навпаки, не надає їм такого статусу? Його не можна пристосувати до визнання через закон, суди чи інші інстанції, бо це не властивість, а історична випадковість відносин. Те, чи згадуються в якому-небудь законі якісь життєві відносини, є зовсім другорядним, позаяк і без того ясно, наскільки мало нагромадження законів може охопити всю строкату розмаїтість реального життя. А можливість, заявити про вимоги, які випливають з цих відносин, у суді чи іншій інстанції? Як заздалегідь можна побачити по цих відносинах, які ніколи не розглядалися і ніколи не будуть розглядатися в суді чи в якійсь іншій інстанції, яке значення припише їм суд чи інші інстанції, якщо, до того ж, для цього у законах і дотеперішній системі судочинства – а якраз про такі випадки тут і йдеться – відсутній вихідний пункт? І все-таки, мабуть, немає сумнівів у тому, що із безлічі життєвих відносин лише деякі, як виняток, привертають до себе увагу судів та інших інстанцій. Адже ж наше життя проходить не в різного роду установах. Є мільйони людей, які вступають у безліч правових відносин і які є такими щасливими від того, що їм ніколи не доводиться звертатися в якусь інстанцію. Оскільки тип відносин, який не увійшов у системи законодавства і судочинства, все-таки закономірно існує, то якраз у тих випадках, які утворюють правило, не буде вистачати всього того, що було б необхідним, для того, щоб встановити, чи ми маємо тут справу з якимось типом правових відносин. При цьому кожної миті змінюються межі між тим, про що суди та інстанції в стані прийняти розпорядження, і тим, від виконання чого вони, на їх думку, мусять відмовитися, і не лише через законодавство, але й через фактичну практику; повинні кожна така зміна, кожне непомітне коливання позначатися на всіх відносинах, які ніколи не були, або які ніколи не повинні стати предметом розгляду в суді?

Мені, звичайно, знову зроблять закид стосовно того, що я плутаю право і звичаї. Однак я все-таки нічого не плутаю, я, зокрема, дуже добре вмію розрізняти право і звичаї. Я тільки оспорюю те, що норма, яка виходить від держави,

правова обов'язковість, яка практикується судами чи іншими інстанціями, складають суттєву ознаку права. Право і звичай відрізняються один від одного так само, як відрізняються норми звичаю від моральних норм – звичай і моральність також є відмінними одне від одного, і вони обоє знову-таки відрізняються від релігійних норм та від інших менш важливих норм, від правил поведінки, доброго тону, моди. Право – це суспільні заклади і приписи, які сприймаються керівними колами суспільства як основа державного, суспільного та економічного устрою. При цьому має значення лише те, чи вони сприймаються як основа цього устрою, а не те, чи є вони такою основою, і зовсім ніякого значення не має захисний вал, яким керівні кола суспільства оточують основоположні приписи і заклади. У древні часи національна релігія постійно належала до основоположних державних інституцій, однак антична держава вважала за потрібне лише у виняткових випадках захищати єдність віри від тих, хто опирався цьому. У середні віки і сучасний період, аж до 18-го ст., ставлення керівних кіл до цього питання було, як відомо, іншим, а сьогодні воно знову-таки зовсім інше. У кожному суспільстві, яке знаходиться на високому ступені розвитку, живе почуття того, що справжній шлюб можливий лише між особами, які перебувають у тісному суспільному й етнічному взаємозв'язку. Правила щодо *connubium* (право укладати шлюб) є правовою інституцією, тому що вони сприймаються як основа суспільного і державного устрою, якщо навіть небагато можна почути про правову обов'язковість для їх здійснення. Подібні настрої панують ще й сьогодні у широких колах, однак вони, за невеликими винятками, не мають нічого спільного з правом. Основу державного і суспільного устрою в них сьогодні не вбачає більше ніхто, вони є лише звичаєм. Проте, само собою зрозуміло, не кожна суспільна інституція чи припис, що трактується керівними колами як основа державного, суспільного і економічного устрою, є одночасно правом і звичаєм: правом, однак, вона є за будь-яких обставин.

Усі ці суспільні інституції, які частково проникають у систему права, частково її оминають, а частково застрягають на шляху до неї, є для юристів та істориків права найбільш важливими. Бо тут якраз і знаходиться справжня майстерня формування права. До вчення про джерела права, про закон і звичаєве право можна приступити лише звідси. Вся історія права аж до нашого часу завжди розглядала, по-суті одне і те ж питання: як фактичні відносини стають правами і правовими відносинами.

З огляду на ці питання повинні досліджуватися основоположні інституції людського суспільства. Передусім об'єднання і союзи, з яких розвинулося сучасне суспільство: сім'я, рід, громада. Тоді владні відносини, які існують у суспільстві, сімейно-правові види влади й опікунство, рабство, особиста залежність та інші службові відносини. Після цього ідуть земельні правовідносини – основа будь-якого суспільного устрою. Тоді – право юридичних операцій, дій, які люди здійснюють для досягнення правових результатів. І, нарешті, спадкове право, упорядкування спадщини покійного.

Першим фактом суспільного життя є група людей. Ми зустрічаємо її в глибоку давнину у різних формах, як-то рід рідню, *gens*, *clan* (рід, громада), сім'ю, родину, пізніше як сільську громаду, громаду з правом проведення ярмарку. Рід і сім'я є первинними формами. Ще й сьогодні залишається відкритим питання про те, яку з них слід розглядати як достеменну праформу, чи рід є нічим іншим як сім'єю, яка виросла, стала дорослою, або чи сім'я з'явилася набагато пізніше, ніж рід, в його середовищі. Мені, однак, не здається сумнівним те, чим були породжені рід і сім'я. Цементуючим матеріалом для них служать суспільні почуття, які пов'язують одну людину з іншою, і які породжуються у неї відчуттям того, що вона, об'єднавшись у групи з іншими людьми, зможе легше і більш успішно, аніж будучи сама одна і розраховуючи лише на власні сили, вести важку боротьбу з природою за існування. З моменту того, як люди усуспільнюються в групи, більша здатність людини, об'єднуватися у спільноту, стає для неї, само собою зрозуміло, зброєю у боротьбі за існування. Звідси, вона спричиняє також поступове усунення і занепад тих, у кого переважають себелюбство і хижацькі інстинкти, та виживання тих, хто здатний створювати спільноту, які тепер є сильнішими, тому що їм допомагає сила всієї групи. У такий спосіб природній добір і спадковість призводять до появи поколінь людей, які дедалі більше здатні формувати суспільство. Це почуття згуртованості, у тому розумінні, що можна покластися на допомогу один одного, вкорінюючись, породжує рід, і, посилюючись усвідомленням спільного походження, - сім'ю, з якої, поставленої у скотарів і землеробів на певну економічну основу, розвивається агнатична родина, так само як із осілого роду розвивається сільська громада та громада із правом проведення ярмарку.

Тому аж ніяк не правові норми, а одвічні суспільні почуття людини дали людству його найстарішу конституцію. Устрій, який ґрунтується на ній, можна, мабуть, назвати, відповідно до сьогоднішньої манери висловлюватися, лише звичаєм. Як цей звичай переходить у право? На це питання, звичайно, відповісти нелегко; небагато результатів досліджень з історії права є такими ж загальновизнаними, як ті, згідно з якими звичай і право тим важче розділити, чим далі ми в нашому розгляді будемо повертатися назад у часовому плані. Однак можна, мабуть, припустити, що саме об'єднання у вищі одиниці, родів у племена, а племен у родову державу зародило в цій сфері спочатку думку про право. Відтоді основний закон роду і родини стає дедалі більше складовою частиною племінного і державного устрою, а приналежність окремої особи до своєї сім'ї, своєї родини, повноваження глави групи, обов'язки її членів більше не задаються їхніми почуттями і нахилами, а залежать від визнання інших груп, які об'єдналися раніше. Звичай стає правом, як тільки він загалом починає сприйматися як базис основного закону племені і держави.

А тепер я звернуся до відносин влади і підлеглості. Слід розрізняти два види підлеглості: ті, які випливають із сімейного союзу – підлеглість дітей батьківській владі, підлеглість жінки владі чоловіка – і відносини підлеглості чисто суспільного походження, рабство і особиста залежність. При цьому дуже сильно напрошується на думку зведення до положень права багатоманітних і по-різному диференційованих відносин влади і підлеглості, які проявляються на всіх ступенях розвитку суспільства, аж до останнього, досягнутого лише найрозвинутішими народами Європи і Америки. І справді, здається, повсюди панує думка, що правом є те, що підкоряє жінку чоловіку, дітей –батьківській владі, підопічного – опікуну, рабів і особисто залежних – своєму володарю. Насправді ж тут, як і будь-де в іншому місці, право не є причиною, а вираженням певного типу фактичних відносин. Будь-яке панування є лише іншою стороною беззахисності того, над ким панують, і його потреби в допомозі. Над ним здійснюється панування, тому що він не отримує правового захисту, а право не захищає його через те, що він занадто слабкий, щоб захистити себе самого. Правовий захист у глибоку давнину коренився у самодопомозі та самозахисті. Спільноти визнають правовий захист спочатку для своїх повноцінних членів, які, у випадку необхідності, і власними силами могли б захиститися від нападу і були б у стані, ту допомогу, якої вони домагаються від інших, самі іншим і надати. Жінка, дитина, ще не здатний носити зброю юнак не можуть це зробити, бо вони занадто слабкі для цього; чужак, який живе сам, не може зробити цього, бо він не має спільноти, яка б ним переймалася. Представник переможеного народу чи племені не може цього, бо захист, який йому хотіла б надати його спільнота, не діє з огляду на перевагу переможця. Всі вони, жінка, дитина, чужак, переможений перебувають під владою того, хто схиляється до їх захисту: чоловіка, батька, гостинного господаря, переможця. І хто ще не вірить у власні сили, добровільно віддає себе під чужий захист. Якщо захисника не знаходиться, тоді він належить тому, хто оволодіває ним і зберігає його життя: він стає його холопом. Слабка людина, яка має свого господаря, більше не є безпомічною, бо зараз будь-який напад на неї є одночасно нападом на її господаря[1].

Відносини захисту мають, звичайно, і економічні передумови. Влада здійснюється на користь володаря, а не заради того, над ким панують. Допоки людина, навіть за найбільших зусиль, не спроможна створити більше, ніж необхідно для власного існування, як це притаманно дуже бідним мисливцям і пастухам, до тих пір вона і не має володаря. Панування не принесло б пануючому в цьому випадку нічого. Тому полонений ворог ще не перетворюється в раба, а знищується, або, як виняток, приймається у народ – переможець. Лише жінка на цьому ступені розвитку вже має цінність, оскільки вона є предметом не лише економічної, а й статевої експлуатації. Заради цього вона залишається живою і використовується для виконання робіт, від яких чоловік відмовляється, бо вважає їх виконання нижчим своєї гідності, або вважає ці роботи занадто важкими.

Тому володарювання у первісному суспільстві базується на цих обох фактах: на беззахи-

[1] Один австрійський морський офіцер, знавець Африки, сказав мені якось, що він значною мірою приписує успіхи Стенлі договорам, які той мав звичку укладати із своїми чорними носильниками. Інші мандрівники по Африці наймали носильників зазвичай лише на короткі відрізки шляху, для області, у якій жили їх одноплемінники, звільняли їх, коли вони доходили до кордону племені, і шукали там інших носильників на тих же умовах. Стенлі ж, навпаки, наймав їх уже на узбережжі на цілу подорож. Негр в Африці поза кордонами свого племені є здебільшого безправним. Як тільки Стенлі приходив у чужу область, його караван був єдиним притулком для носильників. І, таким чином, вони були віддані на його гнів і милість. Він був їх захисником і саме тому їхнім необмеженим володарем і повелителем.

сності того, над ким здійснюється панування, на його економічній і статевій експлуатації з боку сильнішого. Ці фактичні стосунки перетворюються тут також у правові відносини, як тільки роди об'єднуються у союзи вищого порядку – у племена і держави. Бо такі союзи завжди є об'єднаннями лише правителів: жінки, діти, раби в цьому участі не беруть; а вістря цих об'єднань спрямовані не лише проти зовнішнього ворога, а й, якщо це навіть, можливо, й несвідомо, проти внутрішніх заколотів. Через те родова держава є вже устроєм для панування, і фактичні відносини володарювання і тут стають правовідносинами, бо вони сприймаються як основа державного устрою.

Всередині держави природа відносин панування змінюється, як тільки змінюються його обидві фактичні передумови: безпомічність слабких і заснована на цьому економічна експлуатація. Суспільство додержавної формації неспроможне захищати слабких і безпомічних; держава, відповідно, може посилювати це дедалі більше як засіб своєї влади. Звідси, влада на основі сімейного права втрачає відбиток своєкорисливого майнового права у тій мірі, в якій підлеглим на основі цієї влади, жінкам і дітям, забезпечується самостійний правовий захист: батьківська і ще більше опікунська влада перетворюються тоді в суспільну інстанцію, а влада чоловіка – у правове представництво жінки через її чоловіка. І навпаки, держава відмовляє у правовому захисті, якщо їй розходиться в збереженні устрою для панування; цим самим беззахисність слабких стає їх безправністю, рабством. Холоп, якого наділили землею і поселили, перетворюється завдяки зростанню його економічного значення в особисто залежну людину. Якщо вартість робочої сили внаслідок розвитку економічних відносин і, разом з тим, економічне значення особисто залежної людини зростатимуть, це призведе до легших форм особистої залежності і, нарешті, до звільнення селян. Переважання політичної влади пануючих кіл і потреба в більш ґрунтовному використанні землі спричиняють захоплення земель селян.

А як же виглядають справи із правами на землю? Це норми права віддали кусочки нашої планети у власність людини ? Якщо ми будемо розглядати власність на землю, яка виникла виключно на основі лише звичаєвого права, то ми побачимо, що вона ніколи не була нічим іншим, ніж правовою стороною економічної земельної конституції, яка так тісно зрослася з нею, що представлення земельного права по-іншому, ніж у всій земельній конституції і разом з нею є неможливим. Що це означає, якщо говорити про кочові народи, чи народи, які займаються мисливством? Це, очевидно, означає, що цим народам загалом невідома власність на землю, що вони на зайнятому ними терені оголошують лише племінний суверенітет, який кожному із членів племені дозволяє полювання та випас худоби. Вже найдавніший вид землеробства, дике травопільне землеробство приносить із собою захищену принаймні шляхом правового самоправства власність на оброблювану ділянку. Усталені відносини виникають разом із дво- та трипільною системою землеробства: необмежена власність на садибу, сад, встановлення меж полів між окремими сім'ями, які мешкають у садибах, власність на сільськогосподарську землю у черезсмужжі, обмежена обов'язковим дотриманням строків посіву і збору врожаю та правовими нормами, які регулюють відносини між сусідами, спільна власність на ліси, луки та на землю, яка перебуває в користуванні громади. Однак, всі ці відносини перетворюються в правові відносини лише шляхом визнання в поступово міцніючій родовій державі. Запроваджена колись земельна конституція змінюється настільки часто, наскільки збільшення кількості населення спричиняє необхідність інтенсивнішого використання землі, бо кожна зміна в економічній земельній конституції завжди означає одночасну зміну земельного права: спочатку припиняється розподіл меж полів, який повторювався до цього через сталі проміжки часу, потім забороняється корчування на спільних землях громади, і, нарешті ці землі, по-суті, розподіляються. Так само, як і з селянською землею, виглядає справа і з крупним землеволодінням, яке формується в процесі заселення нових земель. Передумовою його виникнення завжди є численні групи людей, які йдуть за своїми могутніми вожаками, і які складаються із сервів та вільних осіб на службі. Правові стосунки тих, хто обробляє землю, також і тут безпосередньо задані земельною конституцією. Однак вони перебувають під значним впливом відносин із землевласником, який одночасно є й господарем. Само собою зрозуміло, що й ці відносини є відносинами економічними: від способу ведення господарства залежить використання і застосування землевласником його батраків, людей, які особисто залежать від нього, та вільних осіб, які поступають до нього на службу, а також те, що вони для нього роблять. Однак такі відносини є і відносинами захисту: міра і спосіб виконання робіт і послуг один щодо одного, визначаються, поруч з іншими чинниками, мірою і способом володарювання та захисту.

Зв'язок же економічної земельної конституції із земельним правом, навпаки, не стосується крупного землеволодіння, яке, з правової точки зору, базується на державному втручанні або на виділенні земель державою, тобто не на звичаєвому праві. Це, щоправда, закономірний спосіб виникнення крупного землеволодіння. На противагу економічній власності селянина воно є політичною власністю пануючого класу. Тому воно, врешті-решт, є лише юридичним вираженням політичного панування. Коли *populus Romanus* (римський народ) надав сам собі власність на *solum provinciale* (провінційну землю), король Англії оголосив себе власником всієї землі Англії, то це означало, що вони, в силу права завойовника, хотіли свавільно розпоряджатися нею. Принцип *nulle terre sans seigneur* (жодної землі без власника (господаря)) віддзеркалює лише той факт, що королю та дворянству вдалося зламати опір селян – власників землі. А коли король наділяв свою знать угіддями, які не мали власника, або навіть заселеними угіддями, то це так само постійно було наслідком владного становища в державі. І коли в середні віки графи і князі присвоювали собі права на ліс, річки і рудники, коли вони примушували своїх підданих приймати свою ж власність від них як лен, то це також не було чимось іншим. А без підтримки державної влади, яка дістається лише правлячому в державі класу, захоплення земель селян у значному обсязі не вдалося б, мабуть, ніколи[1].

Ще один вид втручання держави – вивільнення земель – призводить до встановлення земельного права, незалежного від економічної земельної конституції. Численні вивільнення земель проводилися вже у давнину, наприклад, у римлян таке розвантаження, щоправда, нечітко підтверджене, було проведене десь у четвертому столітті існування міста, принаймні в найближчих передмістях Риму. В Англії воно відбулося у 1660 р., у Франції – після декількох початкових спроб остаточно в 1789 р., на решті території Європи – впродовж 19-го ст. майже всюди.

Сенс будь-якого вивільнення земель – надання дозволу на інтенсивніше використання землі і, відповідно до цієї мети, звільнення власника від врахування будь-яких інших обставин. Звідси випливає, що результатом такого розвантаження є власність на землю, по-можливості, без будь-яких обмежень, подібна до абстрактно необмеженої римської вотчини: власник може робити все, чого йому не заборонено робити в інтересах суспільства або через зобов'язання, які він або його попередник чітко пов'язали із своєю землею; він не зобов'язаний ні до чого, до чого він не зобов'язався сам, особисто. Це майже чисто юридична власність, яка більше зовсім не пов'язана із обробітком землі, власність, яка підходить для рухомого майна так само, як і для нерухомого. Ніщо так не характерне для чисто юридичної природи римського земельного права, як постійне повторення юристами спроб побудувати різнорідні земельні відносини, особливо відносини німецького земельного права, за допомогою римських правових понять. Яким цікавим це все не було б, однак воно доводить, що римське право не дало земельному праву майже нічого іншого, ніж дуже чітку і стійку термінологію. І справді, мовою римських юристів можна було б, без сумніву, виразити і китайське земельне право. У той час, коли майже неможливо, висвітлити природне первісне земельне право, не посилаючись при цьому кожної миті на фактичний обробіток землі, римські збірники права, як і створені за їх зразком сучасні кодекси законів, не дають нам взагалі ніяких відомостей про відповідну земельну конституцію. Ми мусимо копітко вишукувати їх з інших джерел.

Факт звичаєвого права на землю є, звідси, видом землеробства. Якщо навіть, без сумніву, існує і таке земельне право, яке немає нічого спільного з економічною земельною конституцією, то воно ніколи не виникало шляхом звичаєвого права, а завдячує своїм походженням виключно втручанню держави. І тепер ми підходимо до розгляду юридичної операції. Новітня німецька юриспруденція зазвичай називає операції, які здійснюють сторони для досягнення юридичних цілей, правовими операціями і тлумачить їх як „операції права". Цим самим вона має на увазі, що такі операції, як договір, заповіт, заснування (благодійного) фонду є „юридичними фактами", до яких право прив'язує самостійні правові наслідки. Право є тим чинником, який винайшов юридичні операції, право є тим чинником, який визначив, які наслідки повинно мати укладання договору, заповіту чи заснування фонду. Якщо сторони хочуть домогтися настання цих наслідків, то на їх розсуд віддається використання засобу, який право з цією метою надає в їх розпорядження.

[1] Одним із найвідоміших прикладів є виникнення крупного землеволодіння у гірській Шотландії. Коли англійці після битви під Кулоденом пішли на знищення старої кланової конституції галлів, то вони зробили це, просто оголосивши вожаків кланів власниками всієї території племені, яка до того часу складала спільноту. Подібним чином, як відомо, англійці поступали і в Бенгалії.

Чи підтверджується таке тлумачення історією? Ми, передусім, бачимо, що операції, до яких сьогодні право прив'язує юридичні наслідки, існували, здебільшого, набагато раніше, ніж норма права, яка прив'язала до них ці наслідки. Купівля, фактичний обмін товарами вжитку, є, безумовно, набагато старшою, ніж правові положення договору купівлі. Першими купцями були чужинці, які обмінювали завезені з далеких країн товари на вироби країни перебування, і це у той час, коли ще жоден чужинець не міг послатися на якусь правову норму. На тому рівні цивілізації, коли прихід на терени чужого племені ще був пов'язаний із небезпекою для життя, ми виявляємо німу торгівлю. Одна сторона розкладає речі, які вона хоче збути, у традиційно для цього призначеному місці і ховається десь поблизу; ті, хто зацікавлений купити, підходять після цього ближче, оглядають ці речі, беруть їх собі, якщо вони їм подобаються, залишаючи при цьому еквівалент їхньої вартості, або йдуть геть, якщо вони не бажають їх. Після цього продавець виходить із схованки і докладає стільки нового товару, поки він знову не привабить якогось покупця. Це, звісно ж, не є ніякими „операціями права".

Зобов'язання так само є старшими, ніж зобов'язальне право. Чоловік, який позичає у когось худобу чи збіжжя для свого господарства, або не відразу сплачує гроші за придбані речі, або під час гри програв більше, ніж він може дати, переходить під владу позикодавця, який може утримувати його у неволі або примусити працювати, поки за нього хтось не заплатить. Або цей чоловік надає позикодавцю заручників, яких той бере в неволю; чи він дає йому якусь заставу, якою позикодавець може володіти до виплати боргу. Трохи пізніше достатніми стали поручителі, які обіцяють слідкувати за виконанням боржником своїх зобов'язань. Часом зустрічається і присяга: боржник, який порушує присягу, накликає на себе і своїх близьких божу помсту. Тому тут здійснена операція має всюди спочатку лише фактичні наслідки: фактичний обмін товарами, фактичну владу позикодавця над боржником чи заручниками, тиск поручителів, страх порушника клятви перед загрозою помсти богів. Але досить скоро вони починають сприйматися як правові наслідки. Це наступає відразу ж, як тільки починає відповідати загальному уявленню та обставина, що позикодавець, який утримує в своїй владі, вбиває або продає боржника чи заручників, який не віддає заставу, що перебуває в його руках, а продає або знищує її, не чинить насильства, а застосовує право, що не він, а той, хто звільняє цих осіб, хто відбирає в нього заставу, порушує домовлений мир. У цьому вже якраз і закладено зародок подальшого розвитку. Боржник більше не переходить під владу позикодавця відразу, а лише закладає йому своє тіло, він не дає йому справжньої застави, а лише уявну, без будь-якої вартості; однак якщо борг не погашається, то позикодавець має право заволодіти боржником, взяти його під свою варту, примусити його служити собі батраком, продати як раба, самовільно захопити його майно. Фактичні наслідки, настання яких колись допускали сторони для гарантії жаданого успіху юридичної операції, пом'якшуються з того часу, як правом встановлюються правові наслідки, лише до самої форми.

Засновані на таких операціях відносини перетворюються у правовідносини лише після досягнення досить високого ступеня розвитку; тобто не в період об'єднання родів, а набагато пізніше. До того часу існує, мабуть, фактичний обмін, поставлені під захист богів домовленості, однак звідси не випливає ніяких правових претензій та обов'язків. У цілісному вигляді ми зустрічаємо заповіти та фонди лише в упорядкованих державних організмах історичного часу.

У будь-який період часу операції, які визнавало право, складали лише частку від усіх операцій, які дійсно мали місце в суспільних зносинах. І лише поволі, крок за кроком поступаючись, право примиряється з видами операцій, нечуваними до того часу. Римське право ніколи не виходило за межі визнання лише деяких небагатьох дуже важливих операцій. Ще за панування принципу свободи укладання договорів перед нами постійно постає питання, чи існує в цей момент якийсь вид операції, яка вже ввійшла в систему права, або якій потрібно відкрити шлях туди. На це питання, як правило, ствердна відповідь дається лише після деяких хитань і боротьби, коли важливість і корисність нової операції стають очевидними кожному. Засоби, якими сторони послуговуються у цей проміжний період часу, коли їм ні юридична наука, ні каутеральна юриспруденція, ні юридична система не надають допомоги, завжди одні і ті ж: фактичне здійснення, забезпечення успіху через заставу або іншу оплату і опікун. Опікун відіграє особливо важливу роль. Так, римський *testamentum per aes et libram* (заповіт за допомогою міді та ваги) і фідеікоміс проклали собі дорогу у право як довірчі операції. Загальновідомим є значення, яке мали довірчі операції, *uses* і *trusts*, в історії англійського права.

Важче прослідкувати хід міркувань, які лежали в основі такого розвитку. Дуже поширена

точка зору зводиться до того, що невиконання взятого зобов'язання розглядалося спочатку як злодіяння, яке породжували карні наслідки та претензії на відшкодування збитків; це, врешті-решт, мало своїм наслідком спонукання порушника договору до його виконання. Багато що, звісно, говорить на користь цієї точки зору. Карне переслідування та позов на відшкодування збитків у цілому є давнішими, ніж позов на виконання зобов'язання, і можна довести, що вони у багатьох випадках заклали право вимоги на виконання зобов'язання. Але, без сумніву, так було не завжди. Невиконання ж обіцянки, навпаки, сприймалося, здається, в дуже значному обсязі як грубе злодіяння, віроломство, і також, мабуть, як безпосередня шкода, навіть якщо воно й не породжувало претензій на відшкодування збитків і карного переслідування.

Ієрінґ відзначив спочатку стосовно римського права, а Поллок і Майтланд довели стосовно англійського права, наскільки мало розрізнялося між собою на початках позбавлення когось якоїсь речі і неповернення комусь цієї речі, і наскільки сильною була схильність після отримання якоїсь послуги кимсь вбачати у ненастанні зворотної послуги втрату зробленої роботи або цієї зворотної послуги, як і схильність, поставити чоловіка, який не сплатив свій борг за гроші, збіжжя, худобу та інші замінні і незамінні речі, які він отримав, на один рівень з тим, хто відібрав ці речі. Подібне сприйняття проявляється і сьогодні. Віроломство, яке не можна переслідувати в судовому порядку, і зараз ще вважається особливо поганим лукавством. Хто, однак, уважно слідкує за реальною практикою в житті, судочинстві і законодавстві, той знає, що вони виростають з таких фактів і такого сприйняття, але не породжують їх.

Дотеперішні положення виступу можна було базувати на загальновизнаних результатах порівняльної юриспруденції та історії права. Не зовсім те ж саме є чинним стосовно спадкового права. Пануюча теорія зводить спадкове право до сімейної власності: за цим вченням, навіть там, де воно більше не існує, воно продовжує діяти настільки, наскільки надає деяким родичам, які колись брали участь у житті сімейної спільноти, невідчужуване очікувальне право. Якби це було правильно, то тоді б спадкове право розвинулося б з іншого права, і ми б мали досліджувати не факти, які викликали встановлення спадкового права, а факти, які призвели до виникнення очікувального права родичів.

Однак уже Генрі Самнер Майне висловив сумнів у правильності цієї теорії. Її, мені здається, принаймні щодо германських народів, від яких вона, як відомо, виходила, заперечив Фікер. Фікер, на мій погляд, переконливо довів, що спадкове право і в германців є давнішим, ніж очікувальне право, що власник у той час, коли вже існувало сформоване родинне спадкове право, міг вільно розпоряджатися своєю власністю, не переймаючись претензіями своїх дітей, не кажучи вже про далеких родичів. Праісторія спадкового права має скоріше виходити з того, що вже на нижчих ступенях розвитку поруч із родовим існує і сімейний уклад. Рід, як такий, володіє спільною власністю на землю, яка у селян-землеробів надається, здебільшого, у користування окремим сім'ям. Коли ця власність після смерті глави сім'ї, або, що також часто траплялося, після його смерті без нащадків, поверталася у власність роду, то це, мабуть, ніде не розглядалося, як справа із відкриття спадщини, а лише як результат постійної спільної власності роду. Після того, як родовий устрій розпався, то, можливо, його первісна спільна власність могла також спричинити якісь утворення на основі спадкового права; однак вони дуже швидко зникають і є, здебільшого, незначними. Спадкове право корениться, переважно, в сімейному укладі. І тут ідеться про два питання: перш за все, кому належало все те, що покійник залишив після себе, якщо він жив у сімейній спільноті, і кому воно належало, якщо він господарював як одноосібник. Останнє у первісному суспільстві – явище, очевидно, дуже рідкісне, можливо його й взагалі не траплялося, однак пізніше, у сильному державному утворенні, яке й окремій особі також надає можливості для існування, воно дедалі частішає. Тепер легко збагнути, що власність померлого, якщо вона не клалася разом з ним у могилу, залишалася тим, хто разом з ним господарював і мешкав у тому ж будинку. Це спочатку стосувалося, щоправда, лише рухомого майна, бо цей уклад панував уже в мисливців і скотарів, тобто він є давнішим, ніж землеволодіння. Цей стан, однак, аж ніяк не є наслідком співвласності домочадців. Мова тут йде про той факт, що домочадці отримують у власність спадок померлого, бо вони перебувають ближче до неї, і, отже, в стані відбити напад будь-кого стороннього тими ж засобами, що й за його життя. Домочадці посідають залишене померлим після себе добро і господарюють далі так само, як вони господарювали до цього; змінюється мало що, у будинку зараз лише на одну особу менше. Початкове спадкове право, однак, не вийшло за рамки цього посідання домочадцями залишеного померлим після себе добра. Тому,

якщо померлий не жив у громаді, то залишений ним спадок не мав господаря. У римлян і германців ще в історичному спадковому праві існують виразні відбитки такого стану; однак його найважливіші прикмети виявляються, мабуть, у слов'ян, найдавніші пам'ятки права яких взагалі представляють собою надзвичайно цікавий дуже ранній рівень розвитку, який в інших народів Європи був пройдений ще задовго до укладання їх правових актів, які передалися наступним поколінням, у письмовому вигляді. Росіянам, полякам, мазурам, чехам і жителям Моравії та, мабуть, і сербам у 13-му столітті спадкове право родичів бічної лінії ще невідоме; у випадку смерті без залишення нащадків спадок стає „порожнім" і переходить до князя, або, якщо це особи сто залежні люди, то тоді до їхнього володаря (Пор. для росіян Буданова-Владімірского: Обзор історії руского права. (3-е видання, 1900, с. 478). Те ж, що проти цього висуває Сєрґєєвіч: Лекції і іcслєдованія (3-е видання, 1903, с. 549), є мало переконливим. Для поляків Хюбе: Право польське в вєке тжинастім (1874) Пісьма 11, с. 394. У поляків, правда, вже в 13-му столітті право спадку на блага мали всі нащадки першого одержувача. У випадку ж смерті без залишення нащадків блага, надані князем, навпаки, переходили до нього назад, а селянські статки – до поміщика, з виключенням родичів бічної лінії. Що траплялося із благами, набутими десь інакше, встановити не можна; Бальцер у листі, направленому до мене, припускає, що вони, як і успадковані блага, передавалися в спадщину родичам бічної лінії; проти цього, однак, говорить та обставина, що й ті блага не переходили до таких родичів бічної лінії, які не походили від першого одержувача (Пор. Шайнога. Скіце гісторичне. – 1 том, 336). Найкраще цей процес розвитку відомий у Богемії і Моравії; він висвітлюється у праці Калоусека: О староческєм правє дєдіцкєм (у: Розправи чеської академії, том III, Рочнік III). Згідно з нею вислів „дедік" означав лише родича, який проживав з померлим у невіддільній спільноті. Звідси відокремлені родичі не мали права на спадщину. Спадок померлого, якщо не було родичів, які б жили з ним у сімейній спільноті, переходив до королівської палати. Це проголошується вже в статуті князя Конрада Отто (1189): *Si quis autem non habuerit filium vel filios, et habuerit filias, ad illas deveniat hereditas aequaliter; et si non sint deveniat ad proximos heredes* (якщо хто не має сина або синів, а має дочок, спадщина так само (однаково) переходить до них; а якщо їх немає, переходить до найближчих родичів (спадкоємців). З цим положенням узгоджується все пізніше законодавство, і в такий спосіб спадкове право висвітлюється ще Вікторіном Корнелі усом, який у 16 столітті розробив дуже важливий виклад чеського звичаєвого права. Правильність його поглядів випливає ще й з численних судових справ, які королівська палата вела з відокремленими родичами ще в 14-му і 15-му ст., і які постійно вирішувалися на її користь (Калоушек, вказана праця, с. 25). Щодо сербів пор.: Новаковіч. Законник царя Душана (1898), с. 172 (до статей 41, 48). У балтійських слов'ян принаймні до 14-го ст. не проявляється жодного чіткого сліду спадкового права для родичів бічної лінії, яке б охоплювало більше за брата коло родичів: Котляревський. Дрєвності юрідічєскаво бита балтійскіх славян, 1874, с. 138. Щодо мазурів пор. Дунін. Право мазовєцке (1880), с. 136. Моєму другу Адальберту фон Штібралю я завдячую повідомленням про те, що в угорців, вочевидь, справи виглядали так само, як і в слов'ян.

Оскільки слов'янські судебники 14-го ст. визнають спадкове право родичів бічної лінії, хоча, між іншим, лише обмеженою мірою, Статут Вісліци і кодекс законів царя Душана (статті 41 і 48), то вже їх формулювання показує, що тут йдеться про новацію. У слов'ян, очевидно, швидке укріплення князівської влади надовго затримало формування спадкового права родичів бічної лінії, яке скоротило право зворотного повернення у власність цієї влади тих чи інших благ.

Право князя на зворотне повернення благ у свою власність можна, мабуть, обґрунтувати у чехів і поляків німецьким, а в росіян і сербів – візантійським впливом.

Такими різними є джерела, з яких витікає звичаєве право. Первісні спільноти базуються на первісних суспільних інстинктах людської душі, відносини володарювання на безпомічності слабких і покинутих; права на землю визначаються економічною земельною конституцією, юридичні операції сформувалися на основі операцій фактичних; спадкове право завдячує, в цілому, своїм існуванням просторовій близькості деяких осіб до померлого. Само собою зрозуміло, що тут мова не може вестися про певним чином вичерпний виклад цих джерел права: все наведене повинно мати лише значення дороговказу. Звідки ж походить, що означає загально-правова теорія звичаєвого права, яка на цей час панує в німецькій науці? Якого роду факти лежать в її основі?

Якщо порівняти те, що викладено тут як найдавніше звичаєве право людства, зі змістом найдавніших збірок звичаєвого права, які дійшли

до нас, то передусім перед нами постає той неприємно вражаючий факт, що у них можна знайти дуже мало того, що стосується звичаєвого права. У ролі права, а саме у ролі давнього звичаєвого права тут з'являється щось зовсім інше. Передусім, принаймні, якщо йдеться про офіційні записи, у них красуються деякі державні правові розпорядження: молода держава вочевидь любить піддавати себе такій пробі сил, у пізніших збірках звичаєвого права їх шукати дарма. Згодом від цього могли відмовитися. Однак їх головний зміст складають дуже деталізовані розпорядження про покарання за злочини і висвітлення судового процесу, зазвичай так само із багатьма частково неважливими подробицями. Тоді, нарешті, трапляються ще й розпорядження зі сфери сімейного і майнового права, незначність і недостатність яких вражаюче контрастує з багатим розвитком карного права і процедурою вирішення спірних питань. Читач рідко може побороти здивування щодо того, що із вочевидь досить багатого запасу цивільно-правових традицій, саме ці, інколи другорядні і неістотні речі включені у збірник звичаєвого права.

Ця дивна спрямованість найдавніших судебників дає нам важливе пояснення того, що людина на низькому ступені розвитку розглядає як право. Це, як ми вже бачили, здебільшого правила судового переслідування і правового захисту, процедура вирішення спірних питань і тяжб. Оскільки судові справи стосуються майже виключно вбивств, тілесних пошкоджень, викрадення людей, пошкодження чужого майна, крадіжок, то судебники містять незліченну кількість відповідних постанов. Цим пояснюється також незначна кількість правил цивільно-правового змісту. Вони теж стосуються лише тих питань, які обговорювалися в процесі вирішення спорів. По багатьох з них видно, що вони, я впевнений, були розроблені для вирішення якоїсь судової суперечки. Усе це право, призначення якого – бути основою для вирішення судових спорів, я називаю нормами прийняття судових рішень.

А що справді не існувало іншого права? Погляд на сучасну історію права, яка використовує документальний та інший історичний матеріал, показує, скільки багато реально діючого права існувало ще й окрім того, і як мало його увійшло у судебники. Кожна правова норма про виплату злодієм відшкодування особі, яку він обікрав, уже має своєю передумовою досить усталену власність на рухоме майно, звідси, на моє переконання, існували правила придбання, втрати та припинення права на власність, а також уявлення про те, як відрізняється законний одержувач власності від злодія чи грабіжника. Або: в судебнику містяться положення про відшкодування, які, у випадку викрадення жінки, викрадач має сплатити її батькові чи її родичам. Ця настанова, очевидно, пов'язана з певною формою сім'ї, згідно з якою жінка перебуває під владою чоловіків – членів сім'ї, яким також надається право видавати її заміж. Про все це судебник мовчить, бо він містить лише норми прийняття судового рішення, а не суспільний устрій, чиєму прикриттю і захисту повинні служити ці норми. Але хіба сам цей устрій не є незаконним? Він є чимось більшим, ніж це, він є, понад те, прямо-таки складовим компонентом змісту норм прийняття судового рішення. Речення про те, що особа, яку обікрали, може вимагати від злодія подвійну вартість украденої речі, можна виявити у такому ж чи майже такому формулюванні в найрізноманітніших народів; якщо ж правдою є те, що в римлян спочатку предметом справжньої власності були лише раби, тяглові й в'ючні тварини, тобто т.зв. *res mancipi* (манциповані речі), то це речення саме через таку форму власності означало дещо інакше у Римі, ніж десь в іншому місці. Тому із зміною суспільного устрою змінюється зміст норм прийняття судових рішень, навіть якщо в їхньому формулюванні не змінилося нічого.

Однак суспільний устрій – це те, що створює основу як для уже виниклих раніше норм прийняття рішень, так і для нових, які якраз виникають. Уже наголошувалося на тому, яким бідним і неповним було приватне право найстаріших судебників. Це достатньою мірою пояснюється тим, що воно має служити дуже простому й одноманітному суспільству. Як тільки починають формуватися суспільні відносини, для яких воно призначене, то й приватне право стає багатшим і різноманітнішим. Для перевірки правдивості цієї теорії достатньо порівняти дві редакції одного і того ж судебника, які віддалені одна від одної часовим проміжком у п'ятдесят років. Усі норми права, які додалися пізніше, - це осад, який виділився впродовж цих років із колись існуючих суспільних відносин, здебільшого без будь-якої участі законодавця.

Яким чином однак встановлюються норми прийняття судових рішень? Праця француза Ламберта, яка з'явилася декілька років тому, мабуть остаточно розв'язала це питання на основі нескінченно багатих матеріалів зі сфери порівняльного права. Ці норми частково знаходять судді при вирішенні правових спорів, частково – юристи як дороговкази у сфері права для свого

народу, як учителі і письменники. Іноді сюди долучається й законодавець, який для хитрому дрих випадків або випадків, які просто сталися, і по яких, здається, або взагалі не було прийнято ніякого рішення, або воно не було задовільним, намагається встановити найкраще рішення. Юстиніанські конституції і зміни до них особливо багаті такими законодавчими нормами прийняття судових рішень. Отже, для того, щоб звичаєве право, яке виникло в суспільстві, усталилося в твердих, визначених, оформлених словами нормах прийняття судових рішень, воно мусить пройти або крізь систему юриспруденції, або крізь систему судочинства чи законодавства.

Звідси, мабуть, ясно, що пануюче вчення про звичаєве право змішує дві дуже відмінних між собою речі: з одного боку, суспільні інституції, і, з іншого, виведені з них норми прийняття судових рішень. І те й інше це вчення називає звичаєвим правом. У цю ж помилку впадає й Ламберт, позаяк він у своїй основоположній праці говорить майже виключно про норми прийняття судових рішень, однак вважає при цьому, що він висвітлює всю систему звичаєвого права. Однак, якщо дотримуватися представленої тут точки зору, то замість поділу джерел права на закон і звичаєве право, який виходить із повністю зовнішніх ознак, приходять до їх поділу на три частини: 1) передусім, власне закон, отже, ще не наявне у дотеперішньому праві адміністративне розпорядження, яке не лише в зовнішньому плані виходить від законодавця, але і в плані змістовому створене ним; тоді 2) норма прийняття судового рішення, яка випливає із системи законодавства, судочинства чи правознавства; 3) власне суспільне звичаєве право. Цим ми мусимо покищо задовольнитися, хоча не можна не визнати й того, що більш проникливе вчення про джерела права виявить, що й цей поділ занадто сильно спирається на звичну традиційність і пов'язаний, переважно, із зовнішніми ознаками. Бо законодавець може як включити в закон норми прийняття судових рішень, які виробили правознавство і правосуддя, так і створити шляхом віддання наказів суддям та іншим органам влади нове право; він, нарешті, може заснувати нові державні та суспільні інституції: так, шляхом вивільнення земель, створити у новітній час, головним чином, нові заклади для економічних і соціально-політичних цілей. З іншого боку, норми прийняття судових рішень, які виникли у сферах науки і правосуддя, можуть бути вільно розроблені ними ж самими, чи запозиченими із суспільного звичаєвого права. Кожен сучасний кодекс законів приватного права містить поруч із власне суспільним звичаєвим правом, а це включені в кодекс визначення понять форм життя і закладів комунікації, більшою частиною також норми прийняття судових рішень, котрими воно завдячує юриспруденції і правосуддю, які іноді також розробляв правознавець. Поруч із цим знаходиться також справжнє право, засноване на законодавчих актах. Усі ці дуже різноманітні складові частини живуть своїм життям і зберігають багато чого від їх первинної своєрідності, у тому числі і після їх оформлення у параграфи. Одним із наступних завдань науки буде виокремлення цих компонентів системи права і дослідження їхньої природи.

Викладена спочатку Ґірке суперечність між кооперативним і владним правотворенням проявляється тут з великою яскравістю. Лише власне закон, адміністративна постанова, яка матеріально створює нове право, завжди є владним правом. Звичаєве право, яке випливає із самодіючого суспільного розвитку, і норми прийняття судових рішень, які виникли у сферах науки і судочинства є кооперативним правом у розумінні Ґірке. Але й винайдені законодавцем норми прийняття судових рішень належать, мабуть, швидше до кооперативного, ніж до владного права. Не можна, однак, не помітити того, – і я це вже підкреслював в іншому місці, – що і чисто суспільні норми прийняття рішень з часу виникнення сучасної чиновницької держави схилилися в бік владного права, оскільки вони зараз, якраз як і власне право, засноване на законодавчих актах, з'являються як накази держави своїм чиновникам. Повернути нормам прийняття судових рішень їх первинну кооперативну своєрідність – це, мабуть, одне із найважливіших серед наступних завдань правової політики. Якщо наука до цих пір не спромоглася розробити задовільне вчення про звичаєве право, то причина полягає в тому, що вона вперто нехтувала спостереженням за самим суспільством у його правотворчій роботі і, слідуючи своїй схоластичній традиції, вважала за краще розглядати пергамент як святе джерело, ковток із якого навічно втамовує спрагу (*тут у переінакшеному вигляді наводиться цитата із „Фауста" Й. В. Ґете: das Pergament, ist das der heil'ge Bronnen, woraus ein Trunk den Durst auf ewig stillt. – прим. перекладача*). Основою ще й сьогодні чинної теорії звичаєвого права є деякі місця у зводі законів, трактати тлумачів і знавців канонічного права, нарешті, вчення німецьких юристів загального права 17-го і 18-го століть.

Те, що там виявили, розглядали чисто догматично: у ньому не вбачали нічого іншого, як

настанову, яка виходила від законодавця, і відповідно до якої слід було розцінювати чинність звичаєвого права в кожному окремому випадку. Мало хто помітив – в усякому випадку серед цієї невеликої кількості знаходиться Віндшайд – у яку суперечність можна вплутатися, якщо, з одного боку, розглядати закон, заснований на законодавчих актах, і звичаєве право як повністю рівноправні і подібні за структурою джерела права, а, з іншого боку, визнавати за законом компетенцію встановлювати для звичаєвого права те, за яких умов воно може претендувати на юридичну чинність. Але це була не єдина шкода, нанесена при цьому науці: її погляд, спрямований на папір, повністю втратив оцінку реалій, які вона виявляла у цьому; судження римських юристів, почерпнуті безпосередньо із життя, цілі, які переслідували тлумачі, знавці канонічного права і юристи-практики звичаєвого права 17-го і 18-го століть, залишилися їй незрозумілими.

Розуміння звичаєвого права, яке панувало в римлян, я виклав в іншому місці (Ерліх Є. Статті з теорії джерел права, частина 1. – Берлін, 1901). Для римлян їх звичаєве право ототожнювалося із римською юриспруденцією, з вченнями римських юристів, до завдань яких, як відомо, належало не лише знаходження рішень, але й права, *iura condere* (творити права). Це (світське) звичаєве право римляни називали *ius civile* (цивільне право), на противагу до *ius sacrum* (священного права), релігійному звичаєвому праву, і *ius publicum* (публічному праву), яке за своїми істотними рисами було правом, заснованим на законодавчих актах. Іншого звичаєвого права вони не знали. Навіть правові інституції, які сформувалися безпосередньо на основі життєвих реалій, лише тоді були законними, коли вони визнавалися і розглядалися юристами: цим самим, однак, вони ставали *ius civile* (цивільним правом). *Ius civile* (цивільне право) було, звідси, субституцією опікунства, *testamentum per aes et libram* (заповітом за допомогою міді (грошей) та ваги … купівлю або продаж та передача іншому (другому) своїх прав перед судом), заборона партнерам по шлюбі, робити дарування один одному, *mancipatio* та *in iure cession*. Але *ius civile* (цивільним правом) були й нормами прийняття судових рішень, знайденими римськими юристами, все, що випливало із *cavere, agere, respondere* (бути пильним, вести процес, надавати кваліфіковане юридичне заключення) юридичних правил: усі вчення і твори, навіть праці всього життя Муціуса і Сервіуса, Лабо і Цельзіуса, Юліана і Папініана. Звісно, при цьому юристи говорять про *mores*, *consuetudo* (звичаї, звички). Однак вони не були джерелами права як такими. Стосовно цього немає нічого більш переконливого, ніж міркування Брі і Перніце саме тому, що вони виходять із протилежної точки зору. Серед частин дигестів *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine* (про закони і рішення сенату та звичай, що зберігався довгий час (довготривалий)), які походять із класичної доби, і заголовку кодексу *Quae sit longa consuetudo* (який є довготривалий звичай) від самого початку діяла лише одна – єдина частина римського звичаєвого права: фрагмент 1, 3, 36. Тут мова йде про заборону з боку звичаєвого права робити партнерам по шлюбі дарування один одному. Але і цей фрагмент не містить нічого іншого, як академічну хвалу цій настанові. Весь інший зміст згаданих назв дигестів і кодексу, в тій мірі, в якій він походить із класичної доби, на самому початку не мав нічого спільного із питаннями звичаєвого права. У знаменитій частині Юліана (фрагмент 2) у початковому взаємозв'язку розглядався lex Paріа Роррааеа, ймовірно поміщені там визначення щодо обтяжливих відомств громади і обов'язкових громадських робіт. Стосовно цього робляться посилання не на звичаєве право, а, очевидно, на пануючу в провінціях практику. Те, що обидві частини Ульпіана, фр. 33 і 34, так само, як і конституція імператора Олександра (1.8.,52) мали своїм предметом не римське звичаєве право, а провінційну практику, випливає вже з того, що вони походили із його твору *De officio proconsulis* (про обов'язок проконсула). Місця, взяті із праць Пауля і Калістрата, в яких досліджуються спірні питання (фр. 36, 27), стосуються виключно традиційного тлумачення закону. Місце із твору Пауля, фр. 37, взято із розгляду *ad legem municipalem* (згідно з муніципальним законом; відповідно до муніципального закону): те, що воно говорить про муніципальну традицію, доводить уже її саме формулювання *quo iure civitas retro in eius modi casibus us a fuisset* (яким правом держава користувалася раніше у таких випадках). Одним словом, класичні римські юристи мають на увазі римське звичаєве право тоді, коли вони говорять про *inus civile* (цивільне право), а не в загальному про *mores* (звичаї) чи *consuetudo* (звичку). Перед юристами постклассичної доби стояло, щоправда, інше завдання. З часу *constitutio Antonina* (конституції Антоніна) римське право діяло для народів найрізноманітнішої ідентичності, раси і походження, і належні до цих народів люди хоч і стали римськими громадянами, однак не прийняли римське

право і римські традиції навіть за зовнішньою формою. Вони, як і раніше, жили за своїм дотеперішнім правом і традицією. Цього просто не можливо було обійти. Якою б великою не була схильність імператорів до простого усунення їхніх consuetudines, але все ж таки до певної міри вони були змушені рахуватися з цим. Так один з фрагментів дигест постклaсичної доби, взятий із Гермонтана, чітко проголошує обов'язковим принцип *quae longa consuetudine comprobata sunt* (які є цілком схваленим довготривалим звичаєм; схваленою нормою поведінки, яка зберігалася довгий час).

Три імператорські конституції, які стосуються цього, стоять у кодексі Юстиніана, який у своєму збірнику звичаєвого права не міг мовчки оминути чинність партикулярного права, і наперед заготував для цього обговорені вище, висмикнуті з контексту, і здебільшого перекручені за своїм змістом судження юристів класичного періоду, та зробив доповнення тим, що він знайшов про це у постклaсичній літературі. *Consuetude* (звичаєм) юстиніанських збірок звичаєвого права, є, звідси, головним чином, провінційним партикулярним правом, чинним для колишніх провінціалів, а тепер римських громадян, здебільшого в площині звичаєвого права.

Глосатори, постглосатори, знавці канонічного права та практики у сфері загального права мали розв'язати завдання, подібне до завдання римських постклaсичних юристів і законодавців. Вони також повинні були застосовувати римське право щодо народів найрізноманітнішої ідентичності, раси і походження, яким римські звичаї і римське право здебільшого були зовсім чужими, і які володіли своїм власним правом і своєю власною традицією. На таку ситуацію прямо-таки були розраховані частини джерел Юстиніана, які могли через це застосовуватися безпосередньо. Однак мова йшла лише про питання, наскільки необхідно було визнати чинність партикулярного права у плані звичаєвого права, і як потрібно відмежовувати його від загального права. Ясно, що масштаб, запозичений для цього із загального права має бути, мабуть, дуже бажаним, як ясно і те, що юристи, які дуже добре розуміються на загальному праві, поступали при цьому скоріш дещо егоїстичніше. В усякому випадку ці частини джерел були для тих, хто посилався на них з початків римської юриспруденції аж до початку чинності історичної школи, швидше чим завгодно, ніж теорією джерел права: для них це були законодавчі положення про чинність партикулярного права і місцевих звичаїв. Хто, однак, так неупереджено розглядає здобутки історичної школи юристів, як це сьогодні можливо, той знає, що вона при всій грандіозності задуму, тут чи десь в іншому місці, у своїх деталях рідко виступала чимось іншим, ніж продовжувачкою вчень німецьких юристів у сфері загального права в 17-му і 18-му століттях.

А як же виглядає справа із сучасним загальноправовим вченням про звичаєве право, яке базується на цій основі? Із *usus longaevus non interruptus*, із *consuetudo tenaciter servata, litge observata*, із *opinio necessitatis* (не порушеним особливо давнім звичаєм, звичаєм наполегливо збереженим, безперервно дотримуваним, із мовчазною згодою), із таким цікавим питанням доведення звичаєвого права, яке дає привід для стількох багатьох дотепних зауважень, із вченням про силу звичаєвого права, особливо в порівнянні із протидіючим правом на засадах законодавчих актів? Примітним є те, що Ламберт у своїй довгій мандрівці через майже всі системи звичаєвого права цивілізованого світу не знайшов нічого подібного поза сферою чинності загального права. Примітним є й те, що римляни, німці середньовіччя, англійці, тобто народи, в яких справжнє, живе звичаєве право свідомо продовжувало і продовжує діяти як джерело права, нічого подібного не знають. Для римлян і німців це випливає із неупередженого дослідження представленого Брі багатого матеріалу, який є тому тим більше доказовим, що він був з великою ретельністю зібраний у руслі пануючого вчення; для англійців погляд на знаменитий розділ у Блекстоуна. Римляни мали для їх *ius civile (*цивільне право*)*, німці середньовіччя для їхнього спадкового права, англійці мають для їх *common law* (загальне право) справді зовсім інші критерії існування та обов'язковості. Але такі „вимоги" звичаєвого права встановлюються з великою точністю, як тільки мова починає йти не про право творення в площині звичаєвого права, а про партикулярне право у сфері звичаєвого права, або про місцеві традиції і звичаї. Римському наміснику, який повинен був судити у провінціях, юридично освіченому чиновнику, якого як суддю посилають у зовсім чужий край, необхідно ж було сказати, по чому він має виявляти те, якою мірою тут наявне обов'язкове партикулярне право. Таким чином, правда, не встановлюється теорія звичаєвого права, але зате, мабуть, законодавчі чи наукові правила його застосування як норми прийняття судових рішень. Існує подібне вчення й, в англійців, але, само собою зрозуміло, не для власне звичаєвого права, для якого *common law* утворює протилежність – *statute law*

(право, виражене в законах), а для *special* і *local custom* (спеціального і місцевого звичаю). *Для того, щоб звичай став легальним і обов'язковим для виконання, його необхідно дотримуватися так довго, щоб пам'ять людей не могла пригадати випадків, які йому суперечать; звичай мусить продовжуватися (не перериватися) і використовуватися в мирних цілях, він мусить бути раціональним, надійним, обов'язковим; не можна, щоб звичаї суперечили один одному;* нарешті, *щодо прийняття спеціальних звичаїв: жоден звичай не може звичайно превалювати над ектреними постановами парламенту.* Юрист із загального права відчуває щось дуже знайоме. Але йому слід лише сказати собі, що всі ці „заходи безпеки" стосуються не звичаєвого права, а саме *спеціальних* або *місцевих традицій*.

Так впродовж усієї історії права протистоять одне одному суспільне звичаєве право, яке існує у суспільних інституціях, та юридичні норми прийняття судових рішень, не без, само собою зрозуміло, постійного взаємовпливу. Позаяк норми прийняття судових рішень випливають із суспільного устрою, то вони, зі свого боку, чинять також зворотну дію на суспільний устрій. Те, що люди в цілому пристосовуються до того, як влада захищає їхній уклад життя, є для більшості настільки очевидним, що необхідно швидше застерігати від переоцінки цієї істини, від припущення, що вона всюди є дійсністю, і особливо від того, що цим самим завжди досягають уявлень тієї особи, від якої виходила норма. Бо над людством, само собою зрозуміло, панують ще й і інші сили, аніж розпорядження властей.

Дозволю навести собі два випадки, в яких одна із основ сьогоднішнього суспільного устрою була створена через норми прийняття судових рішень, які беруть свій початок у системі правосуддя чи науки. Один випадок стосується спадкового права родичів бічної лінії. Коли у давні часи спадок людини, яка жила самотньо і не належала до жодної родової чи сімейної спільноти, ставав нічиїм, і тому залишався за тим, хто захоплював його, то це не набувало великої ваги доти, доки люди, які жили окремо, траплялися рідко. Проте коли їх кількість зросла, цей стан став нестерпним. Однак найближчі родичі дедалі частіше звертаються в суди, для того щоб відібрати в таких нападників їхню здобич, і, мабуть, роблять це із зростаючим успіхом. З часом у судах формуються щодо цього усталені принципи, яким родичам, і в якій послідовності слід присуджувати спадок померлого, який не проживав у сімейній спільноті. Так у слов'ян у 14-му столітті повсюдно утверджується спадкове право родичів бічної лінії, як це сталося в римлян і германців, мабуть, ще в доісторичні часи: однак тут це відбувається, переважно, за рахунок уже сформованого права князів і дворян-землевласників на повернення їм ленного добра. Цей перехід можна чітко прослідкувати в законнику царя Душана. Ст. 41 встановлює: „У котрого дворянина – землевласника не має дитини, або дитина померла, то успадковане ним помістя залишається без спадкоємця, аж поки не знайдеться хтось із його роду, аж до третьої дитини брата; той повинен тоді прийняти спадщину від нього". Слід лише наголосити на тому, що це визначення вже в своєму формулюванні виступає новацією. Сюди ж ст. 48: „Якщо помирає дворянин – землевласник, то його добрий кінь і озброєння належать царю, оторочений перлами великий святковий одяг і золотий пояс – сину, і цар не повинен забирати це в нього; якщо він не має сина, то тоді це повинно належати дочці, яка може цим розпоряджатися" (Пор. для цього: Новаковіч, Законник царя Душана, Белград, 1899, с. 171).

Справою неоціненного значення і наступних наслідків, яку було зроблено через норми прийняття судових рішень, є встановлення абстрактного поняття власності. Ця справа є виключно плодом праці римських юристів, які в цей спосіб примирилися із станом, який виник через процес вивільнення земель.

Аж до початку процесу вивільнення земель власність, у цілому, перебуває в суспільному взаємозв'язку: садиба в сільському поселенні, поле в черезсмужжі, ліс і луг в альменді, – все це втиснуте в загальний суспільний та економічний устрій краю. І так само претензії вищестоящого власника, борги й обов'язки власника-користувача задані їхнім суспільним і державним становищем та загальноекономічним контекстом. Так, обсяг і зміст власності майже для кожної земельної ділянки визначений правом позитивно і негативно: із поняття власності не можна вивести особливостей власності на певну земельну ділянку; щодо кожної смужки ниви, щодо лісу і лугу в альменді, щодо кожної селянської садиби в селі і кожного дворянського помістя спосіб і міра використання, все, що може вимагати і що мусить гарантувати сусід, що дозволено домагатися вищестоящому власнику і що повинен давати власник-користувач, встановлені індивідуально. Ці бар'єри й пута, які, мабуть, колись існували й у Римі, хоча, звісно, і не в такій мірі, як у середньовічній Німеччині, зникли разом із розвантаженням земель.

Але з моменту початку здійснення вивільнення земель більше немає необхідності щось

говорити про зміст власності; власнику більше не потрібно зважати ні на свого сусіда, ні на когось вищестоящого, він може чинити все, що йому подобається. Тому зараз приходимо до поняттєво необмеженої, безумовної „римської" власності, яка дозволяє не якесь певне, а майже будь-яке можливе використання. Римська власність – це власність, вирвана із суспільного і економічного контексту.

Якщо суспільний контекст, в якому перебувала власність на землю, усунуто, то залишається ще тільки одне-єдине питання, що його розглядає право, яке займається власністю: виндикаційний позов. Тому навколо виндикаційного позову у різних його формах і, мабуть, пов'язаних з ним посесорних позовах зосереджується все, що нам римські юристи можуть сказати про земельну власність. Набуття і втрата власності і майна, сторони під час виндикаційного позову і під час заборони, питання доведення – це майже все, чим вони займаються. За всіма цими аспектами земельна ділянка, однак, майже не відрізняється від рухомої власності: *fundus* є *res mancipi* (земельна ділянка є манцина річ), так само як раб, як тяглова тварина. Якби не збереглися деякі фрагменти старого устрою, сервітути, особливо *servitutes praediorum rusticorum*, *actio damni infecti*, *operis novi nutiatio*, *actio aquae pluviae arcendae* (сервітути сільських маєтків (земель), позов через загрожуючий збиток (шкоду)), приватна заборона нового будівництва, позов проти перешкод шляху дощової води), то в класичному римському праві, принаймні стосовно *ager privatus* (приватної землі), не існувало б, практично, ніяких особливостей. Право, яке стосується нерухомого майна, так само як і право, яке займається рухомим майном, визначалося майже виключно через норми прийняття судових рішень, знайдених юристами для виндикаційного позову. Це повинно було стати подією всесвітньо-історичного значення.

Ці приклади доводять, яким могутнім є вплив, який норми прийняття судових рішень можуть справляти на суспільні інституції. Іншим питанням є те, наскільки саме звичаєве право, зі свого боку, спроможне чинити зворотній вплив на норми прийняття судових рішень. Якщо під звичаєвим правом, як тут, розуміти форми життєвого укладу, які стали основою державного, економічного та суспільного устрою без втручання держави, а лише завдяки самостійно діючим у реальному житті силам, то бачимо, що не лише в історичному минулому, а ще й сьогодні все перебуває у вічному потоці змін. Це може, мабуть, засвідчити кожен, хто подивиться на досвід лише минулих тридцяти або сорока років. Сьогоднішня сім'я не є тією, у якій ми прожили свою юність, сьогоднішній шлюб – не той, про який ми мріяли молодими, життя-буття стало іншим, робляться зовсім інші, ніж колись, покупки, плата за наймання житла, укладаються зовсім інші орендні і трудові договори, договори про оплату праці, іншими, ніж колись, є сьогодні відносини господаря і слуги, підприємця і власника, виробника і покупця, акціонерні товариства, транспортні підприємства, кооперативи, банки, біржі, купівля-продаж на певний термін – все це майже неможливо впізнати, а де були ще декілька десятиліть тому трасти, картелі, ремісничі об'єднання, масові страйки, тарифні договори? Безперечно, ще в жоден період життя не було таким швидким, як у наш, ще ніколи відмінності між батьком і сином у мисленні, відчуттях, поведінці і вчинках не вселяли таких побоювань як сьогодні. Усе це є новими формами життєвого укладу, частково докорінно зміненими формами всього суспільного й економічного життя, тобто, новим звичаєвим правом.

На противагу до цих невпинних перетворень норми прийняття судових рішень, являють собою, здається, щось постійне під час змін. Бо вони не є чимось випадково внесеним у право, а обґрунтованою суттю суддівської діяльності вимогою того, що кожне рішення суду по якійсь справі повинно узгоджуватися з уже усталеними нормами прийняття судових рішень. Навіть там, де судді дозволяється прийняття рішення на свій розсуд, він може, принаймні у принципі, скористатися цим лише тоді, коли наданий йому юридичний матеріал має прогалини; цього, само собою зрозуміло, очікують тим менше, чим більше зростало нагромадження такого матеріалу впродовж століть. Але й наука дедалі більше виявляє нам агання якось задовольнитися тим, що є, і відмовитися від творчого мислення. Включення результатів юриспруденції і правосуддя у кодекси законів, легалізація права юристів, як я назвав це одного разу, тимчасово зупиняє такий хід розвитку.

Так, правосуддя і юриспруденція дивляться сьогодні при кожній нагоді на законодавство, шукаючи і вимагаючи допомоги. Навіть відносно просте завдання формування авторського права може бути розв'язане лише за допомогою законодавця. І все-таки це зовсім не можна порівнювати із здобутками правосуддя і юриспруденції за минулі століття, коли необхідно було розробити норми прийняття судових рішень для систем речового, договірного, значної частини спадкового і сімейного права, права, згідно з яким відбувається відшкодування збитків, і, таким чи-

ном, закласти правові засади всього суспільного і економічного життя. Однак причини, з яких законодавству вже як такому, відколи ним управляє неповоротка парламентська машина, завдання надзвичайної величі і витонченості не під силу більше, ніж будь-коли, я вже намагався окреслити в іншому місці.

Однак, незважаючи на це, сьогодні легше трансформувати в право нові форми життєвого укладу Якщо в минулі століття будь – яка нова суспільна інституція мусила вести жорстку боротьбу за своє існування і вимолювати своє визнання і норми прийняття судових рішень, яких вона потребувала, в інших гілок влади, в суддів, юристів, законодавців, для того, щоб забезпечити своє існування, то сучасна система права у неймовірному обсязі визнає нові форми життєвого укладу заздалегідь і віддає розробку норм прийняття судових рішень на розсуд самого суспільства, щодо яких згодом воно хоче мати впевненість в їх застосуванні на практиці. Це досягається через принципи свободи укладання договорів, свободи об'єднання в спілки, свободи укладання заповіту, які утвердилися в сьогоднішньому праві. Вони утворюють широкі рамки, які спроможні майже повністю охопити всю розмаїтість сучасного життя. І все, що входить у ці рамки, є юридично обов'язковим, статут кожного об'єднання, який набрав чинності, кожна договірна угода, положення заповіту, створюють не лише нові життєві відносини, а й одночасно піднімають їх на рівень правовідносин і, здебільшого, встановлюють норми прийняття судових рішень, на основі яких вони повинні розглядатися в судах та органах влади. Однак при цьому, як показує детальний розгляд, ніколи не йдеться про окремі, самі по собі існуючі факти; усі договори, спілки, тексти заповітів є суспільними явищами, які можна порівняти із руслом річки, у якому спокійно і впорядковано протікає економічне і суспільне життя сучасності. У такий спосіб до інших джерел права на рівноправних началах долучається звичай, життєве правило.

Але велику і, можливо, якраз найпотужнішу частину суспільних течій і в сучасну добу не можна втиснути у рамки якогось визначеного заздалегідь регулювання. Вона уникає будь-якого державного втручання, у тому числі й опосередкованого через норми прийняття судових рішень, частково вже завдяки своїй природі, а іноді явно навмисно; інколи держава та її право, визнаючи межі своєї влади, уступають цій частині дорогу. Навряд чи потребує докладнішого висвітлення те, наскільки малий вплив зробили прекрасні процеси розвитку останніх тридцяти-сорока років, свідком яких є сьогоднішнє покоління, на законодавство, правосуддя, та й навіть на юриспруденцію; всі вони, по-можливості, спробували послизнути повз ці процеси. Примітно, що англійські трейд-юніони не лише довгий час не бажали ніякого правового регулювання, а вони навіть відкидали будь-яке їх визнання законом. А як співвідноситься державне право з трастами і картелями, як вони співвідносяться з ним? Здебільшого вони чинять так, ніби не бачать одне одного. І все-таки було б сміховинним, коли б ми, що вбачаємо у найжалюгіднішому договорі купівлі-продажу фрагмент правопорядку, не захотіли б визнати потужні суспільні й економічні союзи нашого часу правовими інституціями. Вони є цими інституціями, хоча й не на засадах державного права, не на засадах норм прийняття судових рішень, якими користуються суди та інші органи влади, а в силу суспільного звичаєвого права.

І тому ще й сьогодні, так само як і в прадавні часи, великий пласт суспільної роботи, також і у цій сфері, виконується безпосередньо суспільством. Той чи інший суспільний устрій є витвором крупних суспільних сил, якими держава та її право можуть керувати і вгамовувати, але яких не можуть пригнічувати або знищувати. Бо суспільні сили є силами основоположними від природи, а те, що виходить від держави, навіть право, яке вона створює, є все-таки лише витвором людини. Завданням державного діяча є не спорудження дамб, які течія суспільного розвитку затопила б бурхливим потоком, що знищує найбільш благородні досягнення; завданням державного діяча є прокладання такій течії дороги на рівнину, де вона робить родючими ниви і обертає колеса млинів. Із захопленням ми дивимося на великого державного діяча, який із цим важливим завданням впорався в такий чудовий спосіб. Його мудрому і благородному рішенню наша Батьківщина завдячує великою реформаторською роботою, яка тепер наближається до свого завершення. Ми всі сподіваємося, що вона принесе народам Австрії час мирного розвитку, час багатого розвою сил, які до цього часу дрімали у бездіяльності або марнувалися в безплідній боротьбі. І я прошу Вас, сповнившись надії і радості, приєднатися до заклику: тричі слава нашому наймилостивішому кайзеру Францу Йозефу І!

ЗВІТ ПРО 1906/1907 НАВЧАЛЬНИЙ РІК, ЗРОБЛЕНИЙ 9 -ГО ГРУДНЯ 1907 РОКУ РЕКТОРОМ, ЯКИЙ ПЕРЕДАЄ СВОЮ ПОСАДУ, ПРОФ. ДР. ЄВГЕНОМ ЕРЛІХОМ

Високоповажні збори!

Із сумом вітає Вас у сьогоднішній святковий день *Альма Матер*. Самостійно обраного нею голови, якому я смів надіятися вручити золотий ланцюжок у день інавгурації ректора, немає більше серед нас. Молодого за віком Василя Гаїну забрала смерть, і він, мабуть, володіє правом на його вшанування не за його здобутки, а за надії, для яких він давав підстави. Але йому не потрібно боятися суджень ні сучасників, ні нащадків. Незважаючи на свою молодість, він залишив по собі твори незнецінюваної вартості завдяки своєму невтомному працелюбству, глибокій ерудиції, блискучій обдарованості. Академічний викладач душею і тілом, він у значній мірі володів увагою молоді і своєю люб'язністю, щирістю і скромністю здобував серця своїх колег. Вірний син свого народу і своєї батьківщини - Буковини, він постійно був там, куди його кликав обов'язок, і він знав, як відстоювати свої позиції і в політичній боротьбі. Навіть у цій гарячій сфері він мав супротивників, але не ворогів. Відійшов один із наших найкращих мужів. Мир праху його! (присутні підводяться із своїх місць).

Поточний рік приніс із собою відносно мало змін. На православному теологічному факультеті екстраординарний професор біблійних студій та екзегези Старого завіту др. Василь Тарнавський та др. Йозеф Ґайтлер фон Армінґен, екстраординарний професор фізики на філософському факультеті підвищені у ступенях до ординарних професорів за своїми спеціальностями. Ординарний професор математики др. Роберт Даублебскі фон Штернек призначений ординарним професором за тим же фахом в університеті м. Грац; на його місце екстраординарним професором математики призначений приват-доцент Віденського університету др. Йозеф Племель. Сфера, у якій працює Племель, - це сучасна теорія диференціальних рівнянь і передусім група питань, які вийшли на передній план зацікавленості математиків завдяки новітнім дослідженням шведа Фредгольма. Приват-доцент німецького університету з м. Прага др. Ґеорґ Печек, якому присвоєно титул екстраординарного професора, призначений екстраординарним професором австрійського цивільно-судового процесу. Печек зробив наукову обробку сучасних законів з цивільного процесу завданням свого життя. Нарешті університетський секретар др. Ламп був призначений професором адміністративного права. Приват-доценту і кустоду університетської бібліотеки п. Теодору фон Грінбергу було присвоєно звання екстраординарного професора університету. Королівський кайзерівський капітан — військовий суддя др. Георг Лелевер був підтверджений у своєму званні приват-доцента австрійського карного права із спеціалізацією „військове карне право"; старший викладач педагогічного училища др. Євген Ботезат підтверджений у своєму званні приват-доцента із порівняльної гістології; старший викладач педагогічного училища Леонідас Боднарескул отримав допуск до роботи викладачем румунської мови, а старший викладач педагогічного училища др. Йосип Маковей - викладачем української мови. Др. Вальтер Ернст Бендль був призначений асистентом зоологічного інституту, Йозеф Лінднер - асистентом хімічної лабораторії, Крісті Аллач - асистентом-помічником у фізичному інституті.

В університетській бібліотеці відбулися такі зміни у кадровому складі: помічник ученого п. Роберт Клемент був призначений скриптором, практикант др. Максиміліан Гакман - помічником ученого.

Окрім того, ординарного професора хімії Цезара Померанца було призначено головою королівської кайзерівської загальної палати із досліджень продуктів харчування, приват-доцента др. Франца Люкша - членом земельної санітарної ради, а університетський бібліотекар, п. др. Иоганн Полек знову підтверджений на своїй почесній посаді хранителя культурних цінностей у справах III-ої секції королівської кайзерівської центральної комісії із збереження пам'ятників мистецтва та історії на Буковині. Викладач музики і перший директор спілки сприяння музичному мистецтву на Буковині п. Адальберт Грімали відзначений званням музик-директора університету.

Університет взяв участь у святкуванні століття Празької Техніки, відрядивши свого представника в особі пана придворного радника Кляйнвехтера, у святкуванні трьохсотліття університету м. Ґіссен, відрядивши туди свого представника в особі ректора.

У зборах ректорів німецькомовних університетів у м. Марбург у Гессені взяв участь також і я. Із прийнятих там рішень згадки заслуговує, головним чином, таке: перетворити конференцію ректорів на постійно діючу інституцію, доручити керівництво діючому у відповідний період рек-

тору Гейдельберзького університету як найстарішого німецького університету, і запросити до участі в конференції ректорів усіх німецьких університетів Австрії і Швейцарії.

Із особливим задоволенням тут слід згадати також і розвиток народних університетських курсів. За звітний рік було в цілому проведено 10 курсів, а саме: 6 у першій серії (жовтень-грудень 1906 р.) і 4 у другій серії (лютий-березень 1907 р.). 7 доповідачів належали до філософського і 3 - до юридичного факультету. Курс проф. доктора Чапека із вчення про походження видів складався із 5 годин, 5 були чотиригодинними і 4 тригодинними. Найбільше відвідувачів було на курсах проф. др. Кельнера (Шекспір, 132 слухачі), проф. др. Кромайєра (Із епохи розквіту грецької культури, 130 слухачів) і проф. др. Чапека (вчення про походження видів, 120 слухачів). Щодо деяких лекцій, то зацікавленим особам, які хотіли придбати квитки і відвідати їх, довелося відмовити через брак місця, позаяк комітет, на жаль, не мав у своєму розпорядженні достатньо коштів для орендування, освітлення і опалення залів поза університетом. Кількість відвідувачів була дуже великою: у першій серії-533, у другій-345, разом 878 слухачів, тобто у більш ніж у два рази більше порівняно з минулим роком.

Кількість ординарних студентів склала у минулому році під час зимового семестру 622 особи, у літньому - 617, екстраординарних під час зимового семестру - 177. а під час літнього - 149. Із них під час літнього семестру 406 осіб назвали своєю рідною мовою німецьку, 187 - румунську, 101 - українську; 257 осіб були православними, 119 - римо-католиками, 50 - греко-католиками. Із 308 студентів іудейської конфесії 184 зарахували себе до представників єврейської національності.

На кінець 1096р. бібліотека університету нараховувала 163 750 томів. За 1906 рік вона поповнилася 6785 примірниками книг.

Я поспішаю закінчити. На четвертому десятилітті свого існування університет може з, гордістю озирнутися на свою діяльність. Багатьом тисячам молодих людей він вказав шлях до їхньої професії, однак не на цьому я хочу особливо наголосити. Коли півтисячоліття тому один найясніший член нашої династії заснував університет Фрайбург у Брайсгау, то його завданням в установчому листі він визначив: ,,копати криницю життя, і нехай з неї з усіх сторін світу невтомно черпають найчистішу воду відрадної та цілющої мудрості, для того щоб загасити згубний вогонь людської нерозсудливості і сліпоти" (установчий лист ерцгерцога Альбрехта від 21 вересня 1457 року).

Так, це є передусім завданням університету: копати криницю життя. І це наш університет, як і будь-який інший, робив достатньою мірою, „для того щоб загасити згубний вогонь людської нерозсудливості і сліпоти". Те, чи це щастя для нашого краю, що така велика кількість людей, які тут черпали свої знання, присвятили себе професії вченого, мабуть не є зовсім безсумнівним; але поруч із своїм завданням як навчальний заклад, університет має ще інше, більше: бути місцем зосередження і поширення науки. І щодо того, що він зробив у цій ролі, двох думок, мабуть, бути не може. На велике значення університету якраз у цій сфері, зважають ще на жаль не завжди в достатній мірі. Як син цього краю, я, мабуть, можу сказати: Чернівці та Буковина, без сумніву, не були б без університету тим, чим вони є. Розглядайте університет не як навчальний заклад, розглядайте його передусім як осередок наукових досліджень і культури, і навчіться шанувати і поціновувати його за це. Ним по всьому краю вже закладені мільйони паростків, чимало дерев уже сьогодні красуються у цвітінні і принесуть завтра багаті плоди (жваві аплодисменти).

Розуміння наших завдань у краї - це те, що ми передусім бажаємо для цієї роботи. На жаль, я не можу не сказати, що нам його часто бракує. Тим більш цінним для нас є пов'язаність із теологічним факультетом. Теологічний факультет нашого університету є очевидною ознакою нашої взаємопов'язаності із краєм, у якому ми маємо здійснювати свою діяльність:, бо ж він є найпитомішим серед трьох факультетів нашого університету. Ніхто із нас не заперечить очевидність того, що він постійно був з нами у боротьбі за становище університету, і що його співробітники у будь-який період виявляли себе зразковими колегами. І в цьому руслі я звертаюся до мого наступника, який вийшов із теологічного факультету. Вручаючи Вам, шановний колего, цей знак високого звання, я від усього серця бажаю Вам щастя і всіляких успіхів на благо науки, на благо краю і всієї нашої великої батьківщини.

Стаття надійшла до редколегії 12.01.2006 року.
Рекомендована до опублікування у «Віснику» науковим редактором П.С.Пацурківським.

І. МЕТОДОЛОГІЯ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ. ФІЛОСОФІЯ ПРАВА. ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 34.01

© 2006 р. **С.Б. Боднар**
Чернівецький національний університет імені Юрія Федьк овича

РІВНІСТЬ У ПРАВІ – СПРАВЕДЛИВА НЕРІВНІСТЬ

„ ...Справедливое равенство – это середина между «больше» и «меньше»...”
Аристотель, „Никомахова этика” [3]

Постановка проблеми. Сучасна вітчизняна юридична наука перенасичена ідеями позитивізму і нормативізму. Нинішній стан розвитку філософії та теорії права вимагає як переосмислення й використання концепцій минулого, так і розробки нових шляхом застосування новітніх принципів. Після проголошення незалежності України одним із завдань, що були поставлені, є необхідність сформувати чіткий, ефективно діючий механізм, який би забезпечував таке регулювання суспільних відносин, при якому рівноправність досягне максимально можливого рівня не тільки між громадянами, а й у взаємовідносинах особи та держави.

Ст. 24 Конституції України проголошує, що громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом [2]. Проте дані положення визначають лише певний аспект принципу рівності у праві: необхідність застосування однакових стандартів прав і обов'язків та рівна до всіх громадян вимога додержання закону й юридичної відповідальності у разі його порушення. Тобто законодавець відштовхується від позицій формально-правової рівності, яка абстрагується від усіх відмінностей, що об'єктивно існують між людьми.

Але на сьогодні таке формулювання принципу правової рівності вже доводить на практиці свою неефективність: все частіше у нормах можна зустріти положення про різного роду пільги, винятки з загального правила тощо. Це свідчить про необхідність уточнення змісту вищевказаного принципу з урахуванням сучасних правових реалій та соціальної дійсності.

Дана проблематика знаходиться в руслі одного з важливих завдань сучасної юридичної науки – подолання нормативного догматизму і підпорядкування політиці, визначення як відповідності діючих та новоприйнятих законів, так і правореалізаційної практики об'єктивним правовим принципам. А для цього необхідно, в першу чергу, виявити та сформулювати вимоги самих цих принципів, на базі яких парламент зможе приймати правові акти, що сприятимуть установленню гармонії справедливості, рівності та свободи.

Ступінь наукової розробки проблеми. Дослідженню сучасного формулювання поняття та змісту принципу рівності у праві присвячені праці відомих як вітчизняних, так і зарубіжних учених-юристів. Зокрема, Д. Ллойд досліджував правову рівність з позицій її діалектики із такими категоріями, як формальна й реальна справедливість [8]. П. Рікер у праці „Справедливое” розглядав окремі аспекти антиномій „справедливе-рівне”, „рівне-нерівне”, проте обмежуючись положеннями „Теорії справедливості” Дж. Ролза, хоча й намагався, певною мірою, їх розвинути [10]. На цінність рівності прав людини вказував і англійський учений Л.А. Харт [15].

Значний внесок у розв'язання проблеми змісту правової рівності міститься у доробку Г.Кельзена, який намагався уникнути однобокості та поверхневості у власних дослідженнях, застосовуючи навіть закони логіки для обґрунтування висновків [7].

З'ясуванню сенсу правового принципу рівності, проте з позицій лібертарно-юридичної концепції, приділили багато уваги В.С. Нерсесянц, В.А.Четвернін, В.Н. Хропанюк, В.В. Лазарєв, Г.Н. Манов [5].

Окремі аспекти вказаної проблематики досліджувались у свій час Н.А.Бердяєвим [4], Р.Циппеліусом [14], О. Хьоффе [13] та ін.

Однак, не зважаючи на це, варто відзначити, що на сьогодні гостро стоїть потреба комплексного дослідження та знаходження сучасного формулювання змісту принципу рівності у праві, відповідно до вимог об'єктивно існуючих юридичних і соціальних реалій.

Мета статті. При виконанні даної статті автор поставив перед собою такі завдання: 1) на основі наукового аналізу існуючих нормативних

положень і філософсько-правових ідей з'ясувати об'єктивну діалектику змісту принципу рівності у праві залежно від динаміки суспільно-правових відносин; 2) відповідно до особливостей сучасної правової дійсності визначити реальний, практичний зміст і значення вищезгаданого принципу та закономірності, які його зумовлюють.

Виклад основного матеріалу. З приводу рівності у праві існує багато непорозумінь, хибних уявлень. У їх основі, на думку прибічників лібертарно-юридичної концепції права, – нерозуміння того, що рівність має раціональний зміст, логічно й практично можлива в соціальному світі саме і тільки як правова, формальна рівність. Скрізь, де діє принцип формальної рівності, є правове начало та правовий спосіб регуляції: де діє право – там є даний принцип рівності. Формальна рівність вільних індивідів тим самим є найбільш абстрактним визначенням права, загальним для будь-якого права і специфічним для права взагалі [9, с.19].

Отже, як категорія права, рівність має такий зміст. Це, перш за все, рівність вільних і незалежних один від одного суб'єктів права відповідно до загального для всіх масштабу, норми. Саме завдяки своїй формальності (абстрагованості від фактичного) рівність може стати й реально стає засобом, способом, принципом регулювання "фактичного", своєрідною формальною і формалізованою "мовою", "вагами", вимірювачем всієї фактичної дійсності.

Ще Кант указував на близьку спорідненість формального правового принципу з багатьма найдавнішими проблемами рівності: закон, який, на його думку, повинен обмежувати свободу людей стосовно один одного, водночас забезпечує однакові передумови для однакової поведінки [14, с. 110].

Найважливішою функцією сучасної етики та філософії права є досягнення рівності, а не затвердження нерівності. Ідея справедливості, без сумніву, передбачає, що закон у рівній мірі поширюється на всіх людей у будь-яких ситуаціях. Норму, яка застосовується саме так, без певної дискримінації, можна вважати втіленням справедливості. Але чи так це на практиці? Справедливість – лише уявлення, а не дійсність. Крім того, вона має змінний зміст, оскільки тяжіє до зміни в залежності від ситуації [4, с. 207].

Досить часто застосування правового припису передбачає диференційоване відношення до суб'єктів, із урахуванням їх індивідуальних особливостей. Інакше кажучи, це означає необхідність однакового поводження зі всіма особами, що з певних причин відносяться до визначеної категорії. Наприклад, якщо, у відповідності із виборчим законодавством, правом голосу наділяються всі повнолітні, то справедливість вимагає вільного здійснення всіма громадянами, що підпадають під цю категорію, наданої їм правової можливості. Проте даний принцип не буде порушений виключенням із числа голосуючих дітей та іноземців.

Формальна справедливість вимагає рівного поводження у відповідності з класифікацією, що установлена діючими правилами, проте вона не дає ніяких вказівок стосовно того, як групувати людей і як із ними поводитись. Отже, можна зробити висновок, що дана категорія є доволі абстрактною, оскільки, якщо їй надати конкретного змісту, то, окрім принципу простої формальної рівності, доведеться звертатися до інших принципів.

Право голосу, надане, наприклад, тільки чоловікам, може бути формально реалізоване цілком справедливо в тому аспекті, що зі всіма, кому воно надано, будуть поводитись однаково. Але чи варто вважати справедливим самий такий поділ?

Стає зрозумілим, що для розв'язання такого роду проблем одного лиш чисто формального принципу „поводитись однаково із подібними" явно недостатньо, оскільки постане потреба у застосування інших принципів для виявлення розбіжностей, які матимуть істотне значення. Керуючись лише вищезгаданим положенням, неможливо вирішити: чи брати до уваги (чи ігнорувати) розбіжності у статі, расі, релігії, місці народження, стані здоров'я, розумових можливостях, матеріальному достатку чи суспільному авторитеті. Люди не народжуються рівними не тільки у фізичному й психічному розвитку, а й у інших відношеннях. Тому рівність між ними залишається з необхідності простою формальністю до тих пір, поки не з'ясується, у який спосіб здійснити їх подальший поділ на певні категорії, відповідно до моральних чи соціальних потреб конкретного суспільства [8, с. 136-137].

Більше того – навіть рівне поводження зі всіма вимагає вжиття спеціальних заходів захисту окремих прошарків суспільства для того, щоб дати їм можливість захищати та реалізувати власні права нарівні з іншими.

Саме ці положення, на думку певних науковців, знаходять своє вираження у такому формулюванні змісту принципу рівності у праві, як „справедлива рівність". Під ним мається на увазі, що всі люди повинні мати однакове обходження. На відміну від формального розуміння рівності,

ця норма зовсім не припускає, що всі люди однакові – навпаки, вона виходить із припущення їхньої неоднаковості. Однак вона вимагає, аби не допускалася жодна нерівність в обходженні з людьми. Твердження, ніби всі люди рівні (однакові), очевидно, суперечить фактам. Коли ж його піднести до ствердження вимоги рівного обходження з усіма, то це може означати, що ці фактично наявні й незаперечні нерівності є цілковито іррелевантними для обходження з людьми. Суб'єкти можуть розглядатись як рівні лише тоді, коли не беруться до уваги нерівності, що фактично існують між ними [7, с. 414].

У працях з даної проблематики досить часто питання рівності намагаються розв'язати через концепцію справедливості. Зокрема П. Рікер, підтримуючи теорію Дж. Ролза, зробив спробу виходу з антиномії „рівність-нерівність" за допомогою таких положень: 1) кожна особа повинна мати цілісну і, по можливості, повну систему рівних для всіх базових свобод, сумісних із аналогічною системою для всіх; 2) економічні та соціальні нерівності повинні: а) слугувати найбільшій вигоді тих, що знаходяться у найбільш несприятливому становищі, у рамках справедливого принципу бережливості; б) бути пристосованими до функцій і позицій, відкритих для всіх відповідно до принципу справедливої рівності можливостей [10, с. 73-74].

Ці принципи є водночас суттю відповідно принципів: рівної свободи, відмінності та рівності можливостей. Перший із них, що очевидно, гарантує рівні свободи індивідам (свободу самовираження, зібрань, голосувань, виборності). Другий – нерівності початкових можливостей, під якими Ролз має на увазі розбіжності у кваліфікації, компетенції індивідів тощо, що наявні в кожному сучасному суспільстві [11].

Звідси випливає проблема визначення справедливості так, щоб ці нерівності були зведені до мінімуму. Питання формулюється так: чи можна вважати одні нерівності більш справедливими, або ж менш справедливими, у порівнянні з іншими? Тому зміст другого принципу справедливості складається з двох частин: у першій формулюються умови, при яких одні нерівності повинні вважатися переважаючими у порівнянні з більш значними нерівностями й егалітарним розподілом; у другій – вирівнюються певні нерівності, зокрема у владі та відповідальності.

Проте більшість учених сходяться на думці, яку ми підтримуємо: що посягання на базові свободи, що є рівними для всіх, хто захищений „першим принципом Ролза", неможливо виправдати чи компенсувати більш значними соціальними чи економічними перевагами [15].

За нормою: людей не можна вбивати – з усіма людьми обходяться однаково й на жодні відмінності не зважають; із позиції цієї норми всі люди рівні. Але ця рівність зводиться до самого лише невбивання, не зачіпаючи інших можливих типів обходження. Скажімо, щодо покарань належить, либонь, добре зважати на різницю між людиною, котра скоїла делікт, і людиною, що не припустилася жодного злочину. Із погляду тієї норми, що тільки така людина, яка скоїла делікт, заслуговує на покарання, всі люди аж ніяк не є рівними [7, с. 414].

Дані положення неминуче викликають діалектичне продовження ідеї справедливої рівності: з усіма повинно бути нерівне, неоднакове поводження. Тобто необхідно зважати на всі нерівності, які будь-як відрізняють одного суб'єкта від усіх інших, а кожен індивід може претендувати на особливе ставлення.

Як не парадоксально, на перший погляд, але цей принцип теж виступає як засада справедливості – вирішення кожної окремої справи тільки тоді буде справедливим, коли буде враховано всі особливості кожного випадку.

Норма справедливості, яка проголошує рівність в обходженні з усіма суб'єктами, не обґрунтовує, який же має бути його зміст, і тому, аби бути взагалі застосованою, припускає ще одну норму для визначення цього змісту.

Зрозуміло, що вимога рівного (однакового) обходження з усіма людьми, тобто незважання на жодні нерівності, що завжди можуть стати змістом такого обходження, призводить до абсурдних наслідків, тож фактично немає жодної правової системи, котра б містила норму обходитися з дітьми, як із дорослими, з жінками – як із чоловіками, з душевно хворими – як із психічно здоровими людьми тощо. Неможливо за будь-якої умови залишити поза увагою усі нерівності – певні таки доведеться враховувати. Тут важливо тільки визначитися, котрі з нерівностей не брати до уваги, а отже, котрих суб'єктів можна вважати за рівних [7, с. 415].

Оскільки принцип, що обходження повинно бути рівним з усіма, неможливо застосувати в соціальній дійсності, а якщо й можливо, то лише в дуже обмеженій мірі, замість принципу справедливої рівності використовують тезу, яка зазвичай формулюється як рівне обходження тільки з рівними. Але й тут є певна антиномічність, адже якщо має бути тільки рівне обходження з рівними, а є ж іще не лише рівні, а й «нерівні», тоді доведеться останнім задовольнятися нерівним обходженням.

Це положення вимагає, щоб нерівності щодо певних якостей бралися до уваги, а щодо інших – ні. Ось чому ця засада суперечить лібертарно-юридичній концепції. Вона ж бо вимагає не рівного, чи то не тільки рівного, а й також нерівного відношення до індивідів. Тому правова норма повинна чітко визначати певні якості, з огляду на які треба брати до уваги нерівності. Рівними є ті індивіди, котрі, з огляду на так визначені якості, не є нерівними. І те, що взагалі можуть бути „рівні", є наслідком факту, що нерівності, хай і не всі, таки не варто брати до уваги.

Висновки. 1. Якщо індивіди й зовнішні умови є рівними, то ставлення до них повинно бути однакове; коли ж навпаки – нерівне. Це випливає з об'єктивно існуючої суспільно-правової дійсності.

2. Те, що з рівними має бути й рівне обходження, може мати чинність лише в поєднанні з тим, що з нерівними має бути нерівне обходження. Однак перше положення може застосовуватися тільки тоді, коли двоє чи більше індивідів мають якості, які належить брати до уваги, а отже, коли вони є рівними завдяки тому, що володіють ними.

3. Вирішення кожної окремої справи тільки тоді буде справедливим, коли буде враховано всі особливості кожного випадку. Саме тому невід'ємною складовою частиною принципу рівності у праві є положення про те, що до всіх суб'єктів повинно бути неоднакове ставлення (справедлива нерівність).

Список літератури

1. Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996, №30. – Ст. 141.
2. Загальна Декларація прав людини від 10.12.1948 р. // CD Нау-Стандарт /законодавство станом на 24.03.2003/ (версія 013) NAU 8.3.2.1.
3. Аристотель. Сочинения в четырех томах. Т. 1. Ред. В.Ф.Асмус. – М.: Мысль, 1976. – С. 153
4. Бердяев Н. А. Философия неравенства. – М.: ИМА-пресс, 1990. – 288 с.
5. *Див. напр.*: Нерсесянц В. С. Философия права. Учебник для вузов. – М.: Издательская группа Инфра – М.: Норма, 1997. – 652 с.; Четвернин В. А. Понятие права и государства. – М., 1997 – 400 с.; Хропанюк В. Н. Теория государства и права. М, 1995 – 379 с.; Общая теория права и государства. Под ред. В. В. Лазарева. М, 1996 – 360 с.; Теория права и государства. Отв. ред. Г. Н. Манов. – М.: Изд-во БЕК, 1996. – 336 с.
6. Кант И. Сочинения: В 6 т. – М.: Мысль, 1965. – Т.4 Ч.2. – 478 с.
7. Кельзен Г. Чисте Правознавство : З дод.: Пробл. справедливості / Пер. з нім. О. Мокровольського. — К.: Юніверс, 2004. — 496 с.
8. Ллойд Д. Идея права / Пер. с англ. М.А. Юмашева, Ю.М. Юмешев, Науч. ред. Ю.М. Юмешев. – М.: ЮГОНА, 2002. – 416 с.
9. Нерсесянц В.С. Философия права. Учебник для вузов. – М.: Издательская группа Инфра – М.: Норма, 1997. – 652 с.
10. Рикёр П. Справедливое. / Пер. с фр. Б. Скуратова, П. Хицкого. Послесловие – Э. Шлоссер. – М.: Гнозис, Логос, 2005. – 304 с.
11. Ролз Дж. Теория справедливости. – Новосибирск, 1995.
12. Философский словарь / Под. ред. М.М. Розенталя. Изд. 3-е. – М.: Политиздат, 1975. – 496 с.
13. Хеффе О. Политика, право, справедливость. Основоположения критической философии права и государства. — М., 1994. — 319 с.
14. Циппеліус Р. Філософія права: Підручник: / Пер. з нім. – К.: Тандем, 2000. – 300 с.
15. L.A. Hart, "The Ascription of Responsibility and Rights", in *Proceeding of the aristotelian Society, 1948, p. 171-194.*

Стаття надійшла до редколегії 17 січня 2006 року.
Рекомендована до опублікування у «Віснику» членом редколегії А.А.Козловським.

S.B. Bodnar

EQUALITY IN RIGHT – EQUITABLE INEQUALITY

Summary

In given article author defends inefficacy of the principle formally-legal equality in condition existing legal reality and points to reasons of the origin to this situations and importance its emergency decision. On base of the complex analysis last philosophical-legal developments as foreign, so and domestic scientist on given question is shown dialectics of the contents of the principle equality in right, depending on speakers public-legal relations. Also attempt of the determination of the modern contents legal equality is realized.

УДК 34.01

© 2006 р. **В.О. Васильчук**
Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Чернівці

АКСІОЛОГІЧНИЙ ЗМІСТ КАТЕГОРІЇ „СПРАВЕДЛИВІСТЬ” У ПРАВІ

Постановка проблеми. У юридичній літературі справедливість традиційно розглядається як цінність, тому розробка змісту, функцій та загальнотеоретичних характеристик цієї категорії відбувається, як правило, у межах аксіологічно-правових досліджень. Справедливість визначають як найважливішу соціальну або загальнолюдську цінність [6; 21], як основну правову цінність [12], а також як соціально-правову цінність [8]. Зазвичай до аксіологічного змісту справедливості дослідники включають лише ціннісні характеристики цього поняття й одностайно, але не достатньо критично визначають справедливість тільки як позитивну цінність.

Безумовно, ціннісний компонент справедливості є важливою складовою її аксіологічного змісту, але не вичерпує його всього. Аксіологічний зміст категорії справедливості значно складніший і містить у собі не тільки ціннісні, але й антиціннісні характеристики, які лише у сукупності повною мірою розкривають аксіологічну динаміку справедливості. Водночас кожна із цих сторін аксіологічного змісту справедливості має свою внутрішню структуру, яка визначає сутнісні ознаки та властивості, що характеризують ціннісну та антиціннісну природу справедливості. Усвідомлення такої ціннісно-антиціннісної динаміки справедливості не лише забезпечує повне висвітлення її аксіологічного змісту, але й сприяє кращому застосуванню цієї категорії як особливого регулятивного принципу, що здатний ефективно впорядковувати правові відносини та, у зв’язку із цим, може і повинен широко застосовуватися у різних галузях права.

Ступінь наукової розробки проблеми. Аксіологічно-правові дослідження радянського періоду були присвячені переважно пошуку та обгрунтуванню ціннісних критеріїв права і характеризувалися значним впливом комуністичної правової ідеології [2; 15; 19]. Проте відзначимо, що теоретичні розробки ціннісного змісту права цього періоду заклали основи для подальших наукових досліджень. Окремі аксіологічно-правові проблеми розглядаються багатьма сучасними російськими [1; 6; 14; 16; 17], українськими [4; 8; 10; 12; 21] та західними [11; 20] науковцями. Але, попри широке висвітлення аксіологічних аспектів права у сучасній філософсько-правовій літературі, проблема аксіологічного змісту саме категорії справедливості розглядається лише окремими дослідниками [8; 12] і потребує подальшої теоретичної розробки.

Метою статті є дослідження аксіологічного змісту категорії справедливості у єдності та взаємозв’язку її ціннісних і антиціннісних характеристик.

Виклад основного матеріалу дослідження. Структуру аксіологічного змісту категорії справедливості складають: по-перше, ціннісний аспект, який характеризує справедливість як правову цінність та як компонент ціннісної природи права, та, по-друге, антиціннісний аспект, який виявляє її антиціннісні характеристики, зокрема суперечність між справедливістю і правовою доцільністю, ефективністю права та правовою стабільністю.

Ціннісну природу справедливості характеризують такі елементи: 1) справедливість як правова цінність; 2) справедливість як компонент ціннісної природи права.

Історичний розвиток поняття “цінність” охоплює чимало підходів і визначень, “погляди на цінність еволюціонували від визнання її як практичної корисності, утилітарної застосовності до утвердження цінності у найвищому значенні, як своєрідної, специфічної самоцінності” [4, с. 15-43]. Сучасна аксіологія при визначенні цінності виходить із поняття “значимості”, “значущості”. Як зазначає Н. Неновскі: “Цінність – не річ, не явище, взяті самі по собі, безвідносно до людини. Цінності – це речі, звернені до людини. У цьому сенсі цінністю не є сам предмет (матеріальний чи духовний, природний чи суспільний, дійсний чи уявний), цінність – це предмет у його зв’язку з людиною, з погляду його значимості для людини” [15, с. 25]. Такий підхід до визначення поняття цінності поділяють й інші дослідники. Так, О.О. Бандура зазначає: “цінність є феноменом, що виникає в об’єктно-суб’єктному відношенні, виступає «значенням об’єкта для суб’єкта»” [4, с. 37].

Цінності – це об’єкти (предмети, явища, властивості, принципи, ідеали, стани тощо), які характеризуються особливою позитивною значимістю для суб’єкта і внаслідок цього охороняються ним від посягання.

Значимість справедливості, тобто зміст справедливості як цінності, розкривається у двох аспектах: особистісному та загальносоціальному, перший з яких визначає цінність справедливості для окремої особистості, другий – для всього суспільства. На особистісному рівні значимість справедливості для окремого індивіда полягає у цінності визнання його суб'єктивного права. Справедливість у своїй глибинній сутнісній основі є ідеєю і принципом визнання суб'єктивного права особи, яке належить їй на підставі природного права, закону або договору, усіма іншими суб'єктами правових відносин. Ігнорування, обмеження або порушення суб'єктивного права особи, особливо з боку суб'єктів, наділених владними повноваженнями, може призводити до втрати цією особою довіри до всієї системи права і, як наслідок, до порушення нею загальнообов'язкових норм і приписів права. Виникає відчужене ставлення насамперед до права як такого, що не спроможне забезпечити індивідуальні права особи, а також до інших суб'єктів правових відносин, які зневажають її права, обмежують сферу особистої свободи та перешкоджають її самореалізації. Зневіра суб'єкта у справедливості права може виявлятися або у пасивному невиконанні правових приписів, або у активному втручанні у сферу особистої свободи інших осіб та вчиненні правопорушень.

Цінність справедливості як ідеї визнання суб'єктивного права особи полягає у тому, що із реалізацією цієї ідеї духовна сутність особистості отримує продовження у юридичній сфері у вигляді суб'єктивних прав. Повага до індивідуальних прав особи є повагою і до неї самої як духовної особистості.

Загальносоціальний аспект справедливості як цінності є похідним від особистісного аспекту. Такі важливі умови ефективної реалізації норм права як високий рівень правової свідомості та культури, режим законності, дотримання правопорядку тощо перебувають у прямій залежності від рівня правового втілення ідеї визнання суб'єктивного права особи, тобто ідеї справедливості. Зокрема, російський дослідник А.Л. Вязов наголошує на особливій загальносоціальній значимості справедливості у правозастосовчій діяльності: "Цінність справедливості, а через неї загалом і права, проявляється у тому чи іншому результаті правозастосування – у справедливому характері судового рішення, примиренні конфліктуючих сторін, у стримуванні антисуспільних спонукань і прагнень індивідів та груп і тим самим у забезпеченні й підтриманні миру, порядку, загального блага" [6, с. 7]. Загальносоціальна значимість справедливості полягає у її реальній здатності впливати на зменшення рівня злочинності у суспільстві, забезпечення правопорядку, утвердження поваги до права тощо.

Особистісна та загальносоціальна значимість справедливості дають підстави визначати її як цінність. Оскільки обидва аспекти ціннісного змісту справедливості нерозривно пов'язані з сферою права, є підстави зараховувати справедливість саме до числа правових цінностей. Критерій віднесення тих чи інших цінностей до правових був досліджений Н. Неновскі, який зазначав, що власне правовими цінностями є ті, які "лежать в основі права і правопорядку, вони породжують як ідеальне обгрунтування норми права, закріплюються і охороняються правовими нормами, складають мету права та його інститутів. Тому вони, як правило, входять (відображені) у чинне право" [15, с. 176-177].

Справедливість у системі правових цінностей посідає особливе місце. Так, С.І. Максимов називає її "ферментною цінністю спільного людського життя, "материнською цінністю" для всіх соціальних, правових та політичних цінностей. Від здійснення справедливості значною мірою залежить усе суспільне життя людства" [12, с. 317]. О.В. Мартишин, підкреслюючи виняткову важливість справедливості як правової цінності, називає її "найбільш довговічною та істотною цінністю права". Він пише: "Справедливість – не лише вічна, але й вища цінність у праві. Усі інші вимірюються відповідно до неї і є дійсними за умови, що вони не суперечать справедливості" [14, с. 5]. Особливе місце справедливості у системі правових цінностей зумовлене тим, що вона детермінує ціннісну природу самого права.

Ціннісний зміст права складається із загальносоціальної значимості його сутнісних характеристик та його здатності утверджувати та втілювати в суспільне життя правові цінності. У дослідженнях ціннісної природи права автори розглядають два взаємопов'язані аспекти: інструментальну та власну цінність права [1, с. 354-403; 15, с. 176-245; 19, с. 13-37].

Інструментальна цінність насамперед визначає цінність права як ефективного регулятора суспільних відносин, "як "інструмента", "засобу" вирішення завдань, які стосуються різних сторін життя суспільства – економічної, політичної, культурної" [1, с. 401].

Справедливість зазвичай розуміється як складовий елемент власної цінності права. Так, С.С. Алексєєв визначає власну цінність права "як

відображення та втілення правом свободи й активності людей на основі впорядкованих відносин і згідно зі справедливістю, необхідністю узгодження волі та інтересів різних верств населення, соціальних груп. Іншими словами, право в ідеалі (за визначенням) – це цінність, яка не властива жодному іншому соціально-політичному явищу, цінність впорядкованої свободи людини, справедливості, консенсусу” [1, с. 401-402]. Ціннісний характер права, на думку Н. Неновскі, зумовлений тим, що “воно відображає, вбирає в себе і закріплює цінності” [15, с. 196], формує ієрархію правових цінностей. Подібну думку висловлює також О.О. Бандура, який розглядає право як важливий засіб реалізації у суспільному житті загальнолюдських цінностей і визначає власну цінність права через його здатність закріплювати основні правові засади [3, с. 113]. Він пише: “Право – єдиний можливий засіб повноцінної реалізації таких цінностей, як свобода, справедливість тощо, і тому саме є цінністю” [4, с. 12]. Ю.Є. Пермяков зазначає, що право існує лише як цінність, і важливою його характеристикою є те, що “право містить у собі іманентно властиві йому цінності, які поза межами права не можуть бути реалізовані: свободу, справедливість і ненасильницький мир” [18, с. 100]. В.С. Нерсесянц у дусі лібертарно-юридичного типу праворозуміння вбачає цінність права у єдності та сутнісній тотожності свободи, рівності і справедливості, оскільки саме право, на думку дослідника, є всезагальною, необхідною і єдиною формою їх взаємопов’язаного та узгодженого буття та втілення у суспільному житті людей [16, с. 57-61; 17, с. 6-8].

Попри те, що категорія справедливості поряд з іншими цінностями включається багатьма дослідниками до структури аксіологічного змісту права, її важливість для розуміння ціннісної природи права є визначальною і заслуговує на більшу увагу.

Справедливість є конституїтивною правовою цінністю, оскільки визначає та зумовлює цінність самого права. Право, з аксіологічної структури якого вилучена така складова як справедливість, не становить цінності у повному розумінні, знецінюється, перетворюється на нецінність. Без справедливості, як елементу свого ціннісного змісту, право, безумовно, зберігає такі значущі аксіологічні характеристики, як загальнообов’язковість, нормативність, формальна визначеність тощо, тобто залишається цінністю як важливий регулятор суспільних відносин. Теоретики юридичного позитивізму власне у цьому і вбачають цінність права та вважають неприпустимим визначати цінність права через його зв’язок зі справедливістю та іншими природно-правовими цінностями. Зокрема, чинність, дійсність права є критеріями визначення його ціннісної значимості у нормативізмі Г. Кельзена. Він пише: “Позитивне право має чинність не тому, мовляв, що воно справедливе, себто не тому, що його запровадження відповідає певній нормі справедливості, й має чинність воно навіть тоді, коли є несправедливим. Його чинність, отже, незалежна від якоїнебудь норми справедливості” [9, с. 426].

Юридичний позитивізм, стверджуючи, що чинність права і є джерелом та змістовним елементом його цінності, не має інших засобів для обгрунтування значимості позитивного права, окрім вказівки, що “закон є закон”. Г. Радбрух, аналізуючи переваги та недоліки позитивістського підходу до визначення цінності права, писав: “У позитивному законі міститься принаймні одна цінність – наявність закону завжди ліпше, ніж його відсутність, оскільки він, як мінімум, створює правову стабільність. Але правова стабільність не єдина і не визначальна цінність, яку право повинно реалізовувати” [20, с. 233].

Право, аксіологічний зміст якого не містить такої правової цінності, як справедливість, є, отже, несправедливим правом і може перетворюватися на неправо. Вперше філософсько-правова категорія неправа була застосована Г.В.Ф. Гегелем [7, с. 88-101], і, як слушно зазначає В.А. Бачинін, її евристичний потенціал сучасним правознавством практично не використовується [5, с. 402].

Г.В.Ф. Гегель визначав неправо як “видимість сутності”, тобто це “право, яке у вигляді особливого, а отож, різноманітного, набуває, всупереч своїй у собі сущій загальності й простоті, форму видимості” [7, с. 89]. Г.В.Ф. Гегель виділяв такі форми неправа, як ненавмисне неправо, обман та злочин [7, с. 89-101], тобто використовував цю категорію щодо окремих актів правозастосування. Але поняття неправа як “видимість сутності” може бути застосоване і до системи права в цілому. Право без справедливості і становить, власне, “видимість сутності”, тільки видимість права, його зовнішні прояви без наповнення сутнісним змістом. Особливістю неправа є те, що воно, зневажаючи глибинну правову сутність, ігноруючи справедливість, зміст якої складає ідея визнання суб’єктивного права особистості, може призводити до трагічних наслідків застосування його у суспільному житті. Світова історія містить чимало таких прикладів. Зокрема, В.А. Бачинін розглядає характерні ознаки, ідеологічний базис, історію становлення

та занепаду "радянського неправа" [5, с. 425-433]. Г. Радбрух використовує категорію неправа для оцінки нацистського права, яке зневажало саму сутність справедливості й надавало лише "видимість правди" пропагандистському впливу: "Як наслідок, у цього "права" була відсутня правова природа. І воно не було "несправедливим правом". Воно просто не було правом взагалі" [20, с. 234-235].

Отже, особливе значення справедливості як конституїтивної цінності права полягає не тільки в тому, що вона визначає та зумовлює власну цінність права, а також у тому, що як складова аксіологічного змісту права вона знімає ризик перетворення права лише на "видимість сутності", на неправо.

Право є цінністю лише тоді, коли воно – справедливе право, тобто як духовний феномен засноване на ідеї справедливості, а його норми й приписи закріплюють і втілюють у суспільне життя принцип справедливості.

Повне і всебічне висвітлення аксіологічного змісту категорії справедливості зумовлює розгляд не лише її ціннісних, але й антиціннісних характеристик.

Необхідно зазначити, що антиціннісні характеристики справедливості є її невід'ємними властивостями, а не ознаками її протилежності – несправедливості. Поняття несправедливості заперечує внутрішню сутність справедливості, є категорією протилежною справедливості у цілому. Антиціннісні характеристики не применшують значущість справедливості, не перетворюють її саму на нецінність або антицінність, а лише розкривають її сутнісні властивості, без яких розуміння аксіологічного змісту справедливості було б неповним.

Розкрити зміст антиціннісних характеристик можна через формулювання самого поняття "антицінність". Н. Неновскі визначає антицінності як "шкідливі, небажані явища", які однак є значимими для людини, тобто мають притаманну цінностям характеристику значущості, але внаслідок власної негативної природи не можуть бути визнані цінностями [15, с. 28]. Отже, на відміну від позитивної значущості цінностей, антицінності характеризуються негативною значимістю.

Під антиціннісними характеристиками справедливості належить розуміти такі її ознаки та властивості, які розкривають особливу важливість справедливості, як особистісну, так і загальносоціальну, але з позицій її негативної значимості. У зв'язку з цим антиціннісні характеристики справедливості є проявом її аксіологічної сутності.

Антицінність справедливості полягає у тому, що вона за своїм змістом протистоїть іншим аксіологічно значущим, важливим правовим ідеям та принципам, зокрема: правовій доцільності, ефективності та стабільності.

За своєю природою справедливість може суперечити правовій доцільності. Співвідношення між справедливістю та доцільністю розкривається через взаємозв'язок між цілями у праві та засобами їх досягнення.

Найвищою цінністю і кінцевою метою суспільства є людина [10, с. 40; 20, с. 71]. Право за своєю природою покликане забезпечувати цінності суспільства та сприяти реалізації його мети. На шляху до реалізації кінцевої мети у праві можуть висуватися й інші цілі, похідні від неї: забезпечення мирного співіснування людей, прогресивний розвиток суспільних відносин, боротьба зі злочинністю тощо. Обрання відповідних засобів досягнення цих цілей може не завжди відповідати справедливості, проте позитивно оцінюватися з погляду доцільності. Г. Радбрух вважає наочним прикладом такої суперечності боротьбу між тенденціями справедливості та доцільності у кримінальному праві [20, с. 88].

Похідною від співвідношення між справедливістю та доцільністю є суперечність між справедливістю та ефективністю права. Однією із сутнісних властивостей права є регулятивність. Право прагне бути регулятивним, а отже, дієвим, ефективним. Неефективне у регулятивному відношенні право слабке і нежиттєздатне, втрачає свої ціннісні характеристики і виявляє неспроможність у досягненні найвищих суспільних цілей. Як зазначає С.І. Максимов: "Суперечність між вимогами справедливості та ефективності виявляється тоді, коли обираються негуманні цілі або коли допускається нерозбірливість у виборі засобів" [13, с. 202]. Ефективні способи досягнення цілей можуть бути неприпустимими з позицій справедливості, а з іншого боку – ефективність певних засобів досягнення цілей не становить цінності для суспільства у разі, якщо цілі не зумовлені справедливістю. У співвідношенні між ефективністю та справедливістю перевага належить останній. Так, С.І. Максимов пише: "Серед усіх цілей інститутів політико-правової системи суспільства справедливість посідає пріоритетне місце, вона є безумовною цінністю, яка не може бути принесена в жертву міркуванням їх ефективності або доброї організації" [12, с. 292].

Правова стабільність, яка означає непорушність права, є феноменом позитивного права. Вона вимагає чинності правової норми, встановленої державною владою, її ефективності та гарантованого застосування [20, с. 88-89]. Правова стабільність є консервативною правовою цінністю. Вона протистоїть усьому випадковому та непередбачуваному у сфері права, має на меті сталість і непорушність установленого порядку регулювання суспільних відносин.

Суперечність між правовою стабільністю та справедливістю проявляється у здатності останньої бути оціночним критерієм як окремого закону, так і системи права в цілому, виявляти невідповідність позитивного права природно-правовим цінностям і тим “розхитувати” систему права. Поняття несправедливого закону широко використовується у сучасних філософсько-правових дослідженнях і означає закон, який хоч і є дійсним з юридико-технічного погляду, але суперечить визнаній суспільством системі правових цінностей загалом і справедливості, зокрема [11, с. 150]. Хоча з позицій юридичного позитивізму справедливість чи несправедливість закону не впливає на його чинність, оцінка закону як несправедливого ставить під сумнів обов’язковість його дотримання й негативно впливає на забезпечення правової стабільності.

Діалектична єдність ціннісних і антиціннісних характеристик справедливості полягає у тому, що справедливість, викриваючи окремі аксіологічно-правові суперечності, сприяє якісному вдосконаленню системи права, стимулює до постійного розвитку, пошуку нових способів і засобів ефективного регулювання суспільних відносин, і в такий спосіб зумовлює зміцнення ціннісних властивостей права.

Висновки. Справедливість є складною аксіологічною категорією, яка має у своїй структурі як ціннісні, так і антиціннісні характеристики, і лише у їх поєднанні та взаємозв’язку повною мірою розкривається справжній аксіологічний зміст категорії справедливості.

Ціннісні ознаки справедливості дозволяють визначити її, по-перше, як правову цінність та, по-друге, як компонент ціннісної природи права. Як правова цінність справедливість характеризується двома аспектами: особистісним, який розкриває ідея визнання суб’єктивного права особи, та загальносоціальним, який полягає у здатності справедливості здійснювати позитивний вплив на порядок правового регулювання суспільних відносин. Як компонент ціннісної природи права справедливість є конституїтивною правовою цінністю, яка зумовлює та детермінує власну цінність права.

Антиціннісні характеристики справедливості є невід’ємною складовою її аксіологічного змісту і розкривають прояви негативної значущості справедливості у сфері права, зокрема її діалектичну суперечність із правовою доцільністю, ефективністю права та правовою стабільністю.

Список літератури

1. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. – М.: Статут, 1999.
2. Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. – М., 1971.
3. Бандура О.О. Деякі аспекти взаємного зв’язку цінностей та істини у праві // Проблеми філософії права. Том І. – Київ-Чернівці: Рута, 2003. – С. 111-115.
4. Бандура О.О. Єдність цінностей та істини у праві. – К.: Вид-во Нац. акад. внутр. справ України, 2000.
5. Бачинин В.А. Философия права и преступления. – Харьков: Фолио, 1999.
6. Вязов А.Л. Принцип справедливости в современном российском праве и правоприменении (теоретико-правовое исследование): Автореф. дисс… канд. юрид. наук: 12.00.01 / Академия управления МВД России. – М., 2001.
7. Гегель Г.В.Ф. Основи філософії права, або Природне право і державознавство / Пер. з нім. Р. Осадчука та М. Кушніра. – К.: Юніверс, 2000.
8. Горбатенко В.П. Справедливість як соціально-правова цінність // Проблеми філософії права. Том І. – Київ-Чернівці: Рута, 2003. – С. 150-153.
9. Кельзен Г. Чисте правознавство: 3 дод.: Проблема справедливості. – К.: Юніверс, 2004.
10. Козловський А.А. Право як пізнання: Вступ до гносеології права. – Чернівці: Рута, 1999.
11. Ллойд Д. Идея права / Пер. с англ. М. А. Юмашева, Ю.М. Юмашев, научный редактор Ю.М. Юмашев. – М.: ЮГОНА, 2002.
12. Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. – Харьков: Право, 2002.
13. Максимов С.И. Справедливость и эффективность как критерии оценки права // Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В.Я. Тацій. – Харків: Нац. юрид. акад. України, 2001. – Вип. 49. – С. 195-204.

14. Мартышин О.В. Справедливость и право // Право и политика. – 2000. – № 12. – С. 4-15.

15. Неновски Н. Право и ценности: Пер. с болг. / Вступ. ст. и пер. В.М. Сафронова; Под ред. В.Д. Зорькина. – М.: Прогресс, 1987.

16. Нерсесянц В.С. Философия права. Учебник для вузов. – М.: Издательская группа Инфра-М – Норма, 1997.

17. Нерсесянц В.С. Ценность права как триединство свободы, равенства и справедливости // Проблемы ценностного подхода в праве: традиции и обновление / Отв. ред. В.С. Нерсесянц. – М., 1996. – С. 6-8.

18. Пермяков Ю.Е. Лекции по философии права. – Самара: Изд-во «Самарский университет», 1995.

19. Рабинович П.М. Социалистическое право как ценность. – Львов: Вища шк. Изд-во при ЛГУ, 1985.

20. Радбрух Г. Философия права. – М.: Междунар. отношения, 2004.

21. Сокуренко В.В. Роль соціальної справедливості в розбудові правової соціальної держави: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.12 / Національна академія внутрішніх справ України. – К., 2002.

Стаття надійшла до редколегії 22 січня 2006 року.
Рекомендована до опублікування у «Віснику» членом редколегії А.А.Козловським.

V.O. Vasylchuk

AXIOLOGICAL SUBSTANCE OF THE CATEGORY OF „JUSTICE” IN LAW

Summary

Axiological content of the category of justice consist of valuable and unvaluable characteristics. Valuable characteristics of justice define this category as a legal value and as a component of valuable nature of law. Justice is the most important legal value, which determine substance of law as a social value. Unvaluable characteristics of justice are an inseparable elements of its axiological content. Unvaluable characteristics of justice define contradictions between justice and legal expediency, justice and effectiveness of law, justice and legal stability.

УДК 34.01

© 2006 р. **О.П. Донченко**
Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Чернівці

СВОБОДА ЯК ПЕРЕДУМОВА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Постановка проблеми. Альтернативність історичного розвитку, перегляд традиційних способів людського буття привертають увагу багатьох науковців, зокрема й філософів права, які претендують на визначення місця і ролі особистості в системі юридичних явищ. При цьому однією з найфундаментальніших постає проблема взаємозв'язку свободи і відповідальності людини. Адже, по-перше, кожен індивід відчуває на собі, як мінімум, потрійну соціально-моральну корекцію: власну свідомо-вольову регуляцію, вплив громадськості та державних встановлень. У такій ситуації сутність відповідальності, в тому чисті й кримінально-правової, обумовлюється взаємодією трьох складових людського буття: особистості, суспільства і держави [23, с. 58]. По-друге, чи можна вважати особистість вільною поза соціальними залежностями, а відповідальність розглядати суто як явище примусового характеру? По-третє, чи є свобода умовою притягнення суб'єкта права до кримінальної відповідальності – свобода, яка іманентно містить у собі спокусу вседозволеності та бажання зігнорувати закони природи і суспільства, знищити будь-які межі?

Ступінь наукової розробки проблеми. Питання взаємозв'язку свободи і відповідальності викликають дослідницький інтерес у багатьох представників сучасної філософії права. Так, на думку Ю.М. Оборотова, відповідальність як правова цінність є механізмом забезпечення свободи, складовими якої є суб'єктивні права та юридичні обов'язки [16, с. 39]. А.А. Козловський зазначає, що свобода є формою розвитку Буття, і тому є основою його субстанційної відповідальності [6, с. 111]. Г.І. Іконнікова і В.П. Ляшенко характеризують відповідальність як органічну властивість свободи, підкреслюючи, що свавілля саме тому й не є свободою, що не передбачає відповідальності [4, с. 173]. За визначенням В.М. Селіванова, свобода волі людини не тільки визначає її певну соціальну автономію й рівність, а й зумовлює особисту незалежність і, головне, свідому відповідальність людини у суспільстві [20, с. 613]. Ю.Є. Пермяков вважає, що право утверджує свободу, визнаючи відповідальність людини [17, с. 102].

Деякі вітчизняні теоретики права хоча й не розглядають свободу як умову юридичної відповідальності, проте визнають, що суб'єкт, вступаючи у сферу дії права, здійснює свій вибір між різними варіантами вчинків (правових і неправових) [3, с. 204]. Водночас, як зауважує О.О. Бандура, в нашій літературі звертають недостатньо уваги на те, що можливість вибору тягне за собою відповідальність. Якщо вибору нема – нема й відповідальності [2, с. 112].

Метою статті є філософсько-правове обґрунтування свободи як умови кримінальної відповідальності. Відповідно до поставленої мети необхідно: 1) охарактеризувати із загальнотеоретичних позицій інститут відповідальності у цілому; 2) проаналізувати значення свободи вибору, визначивши її взаємозв'язок із відповідальністю людини за власні вчинки

Виклад основного матеріалу дослідження. В широкому розумінні свобода – стан незв'язаності людської волі, спрямованої на задоволення індивідом своїх потреб та інтересів. Водночас це специфічний спосіб буття людини у світі природного, надприродного або соціального детермінізму, об'єктивних законів буття; це можливість і здатність людини бути творцем власного життя. Ще у філософії античності віддзеркалювалося двоєдине бачення свободи: і в реальному житті, і в концепціях авторів вона поставала, по-перше, як проблема громадянської свідомості, відповідальності індивіда за свої вчинки, по-друге, – як проблема створення соціально-політичних інституцій (зокрема правосуддя), які змогли б оборонити її від зазіхань тиранії.

Щодо категорії „відповідальності", то у філософській і юридичній літературі вона розглядається у двох аспектах – активному (позитивному) і ретроспективному (негативному) [1, 12, 18, 21]. Ретроспективна відповідальність настає за минулу поведінку, але не будь-яку, а тільки за вчинки, які суперечать певним загальноприйнятим нормам. Як зазначав у одній зі своїх праць П.А. Фефелов, специфіка негативної відповідальності в тому, що вона передбачається соціальними нормами [24]. Якщо порушуються засади моралі, то реакція виражається у громадському осуді. Якщо ж порушуються правові норми, то

поряд із осудом органи держави застосовують примус (покарання) – такою, наприклад, є кримінальна відповідальність.

Ретроспективна юридична відповідальність – це негативна реакція суспільства і держави на вчинені дії, які суперечать правилам людського співжиття. За своїм значенням цей аспект відповідальності є проявом охоронної, захисної функції соціальних інституцій проти перетворення свободи у свавілля. Така відповідальність зумовлюється законодавчим упорядкуванням поведінки людей. Урегульовані соціальними (правовими) нормами відносини утворюють необхідну злагодженість у суспільстві, важливу роль у забезпеченні якої відіграє саме ретроспективна відповідальність.

Активна (позитивна) відповідальність є усвідомленням особистістю своїх обов'язків перед суспільством, розумінням у цьому сенсі значення своїх дій. Обидва види відповідальності взаємопов'язані. Чим вищий рівень позитивної відповідальності, тим ліпше виконуються правила поведінки, тим рідше має місце ретроспективна відповідальність як наслідок виходу за межі юридично оформленого простору.

В демократичній державі інтенсифікується такий аспект відповідальності, як самостійність і активність особистості. Інший аспект відповідальності пов'язаний зі здатністю людини робити вибір, тобто спроможністю обирати певний варіант поведінки поміж багатьох можливих і відповідати за нього, давати оцінку власним вчинкам. І як у першому випадку активна самореалізація особистості, так і в другому – питання вибору, нерозривно взаємопов'язані з проблемою свободи, зокрема, емпіричної, яка є можливістю робити те, що не спричиняє шкоди іншим.

Проблема підстав ретроспективної юридичної відповідальності, у тому числі (і в першу чергу) кримінальної, повинна розглядатися у двох аспектах – філософсько-правовому і власне юридичному. Для уникнення термінологічної плутанини зауважимо, що термін „підстава" у філософії розглядається як необхідна умова існування певного явища, а її з'ясування певною мірою є поясненням цього явища. Юридичний аспект проблеми означає з'ясування питання, за що, тобто за яку саме поведінку може наставати відповідальність [22, с. 58-60].

З приводу питання, що є підставою кримінально-правової відповідальності, в юридичній літературі існували різні позиції. В якості такої підстави називали: вину, факт здійснення злочину, наявність складу злочину в скоєному діянні тощо. Чинне законодавство завершило ці дискусії, однозначно сформулювавши підставу кримінальної відповідальності: „Підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом" (ст. 2 Кримінального кодексу України) [11]. При цьому складом злочину визнається сукупність закріплених у кримінальному законі ознак, за наявності яких реально вчинене суспільно небезпечне діяння вважається злочином.

Ця модель, хоча вона й науково-теоретична, має важливе практичне значення – вказує на обов'язкові (універсальні) елементи складу будь-якого злочину. Ними є: об'єкт злочину; об'єктивна сторона злочину; суб'єктивна сторона злочину; суб'єкт злочину [15, с. 12-16]. З погляду філософії права, до суб'єктивної сторони складу злочину належить віднести свободу волі. Адже психічні внутрішні процеси, які відбуваються у свідомості особи у зв'язку з учиненням нею суспільно-небезпечного діяння і свідчать власне про вільне спрямування її волі, ставлення до суспільно-небезпечного діяння та його наслідків.

Отже, ми переходимо до філософсько-правового аспекту підстав кримінальної відповідальності, який привертає увагу, в тому числі, й представників науки кримінального права [9, с. 84-85; 10, с. 31-32]. Він полягає у вирішенні питання, чому людина повинна нести відповідальність за свої вчинки? Методологічною основою розв'язання цієї проблеми належить вважати підхід, відповідно до якого соціальною передумовою притягнення людини до відповідальності за суспільно значиму поведінку є свобода волі, що розуміється як наявність можливості вільно обирати спосіб поведінки [8, с. 52-54; 22, с. 58; 23, с. 58-59].

Безсумнівне те, що проблема вибору, як вчинити, існує постійно. „Право – це завжди вибір права. Водночас, як наслідок, вибір між правом і неправом", – підкреслює А.А. Козловський [7, с. 27]. Будь-яка критична ситуація не призводить сама собою до правопорушення або злочину. Скоювати проступок чи ні – завжди вирішує, завдяки своїм інтелектуальним і вольовим властивостям, сама людина. У протилежному випадку, якби об'єктивні умови допускали можливість лише одного варіанту поведінки і виключали б участь свідомості у виборі вчинків, зрозуміло, що треба було би зняти питання про нормативне врегулювання суспільних відносин і про відповідальність людей за свою поведінку.

Окрім активної свідомості, підґрунтям вибору є сама об'єктивна дійсність як складне

сплетіння закономірностей природного та суспільного розвитку. А конкретні життєві ситуації нерідко не тільки не випливають з цих закономірностей, але й конфліктують з ними. Як справедливо зауважували І.С. Самощенко і М.Х. Фарукшин, „суперечливість дійсності створює можливість неоднакових рішень і вибору різноманітних варіантів поведінки, а людина завдяки свідомості та волі використовує цю можливість, приймає рішення і здійснює вибір" [19, с. 36]. Водночас об'єктивна реальність завжди є поєднанням актуальності та потенційності, у сфері яких людина постійно відповідальна перед собою, іншими індивідами та суспільством за власне перетворення можливості у дійсність. При цьому актуальна сторона діяльності пов'язана з реальною відповідальністю, а потенційна – із готовністю людини відповідати за будь-які наслідки свого вибору. У такому сенсі відповідальність можна розглядати як єдність сущого і належного (реальної та потенційної відповідальності) [4, с. 175].

З іншого боку, в повсякденності ми зустрічаємось із пануванням закону причинності в природі у цілому і знаємо, що ми самі є частиною природи. Більше того, згідно з теорією детермінізму, жоден індивід узагалі не може контролювати власні дії. Прихильники цієї концепції вважають, що всі людські вчинки зумовлені непідконтрольними факторами: генетичним кодом, інстинктами, хвилюваннями раннього дитинства або соціальним середовищем. Указану дилему намагався розв'язати Юм, доводячи, що вільний вибір здійснюється в середовищі, де панує причинність. Інакше людина не могла би знати, що відбудеться після того, як буде зроблено вибір, що втрачав би при цьому будь-який сенс.

Підкреслимо також, що людина визнається винною за здійснення того чи іншого вчинку не тільки тому, що наділена абстрактною свободою вибору між добром і злом. Вона несе відповідальність за проступок, тому що є частиною суспільства, життя якого побудоване на підставі системи моральних норм і юридичних законів, про існування яких усім відомо. І саме за те, що людина, керуючись знанням, усе-таки вільно обирає варіант протиправної поведінки, настає відповідальність. Діти, зокрема, не караються за певні дії, які суперечать існуючим правилам. Але це відбувається не через відсутність свободи вибору власних вчинків, а через недостатність у дітей знань про відповідні норми або неможливість усвідомлення наслідків їх порушення. Це ж саме стосується й психічно хворих. По-іншому вирішується питання стосовно дорослих дієздатних членів суспільства. Відомим при цьому є принцип, що незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності, який підкреслює впевненість соціуму в тім, що до кожен конкретний індивід повинен ці обов'язкові веління знати.

Отже, особа відповідає перед суспільством, державою та іншими людьми за свої вчинки саме тому, що в неї була можливість виражати власне волевиявлення з урахуванням вимог закону, інтересів інших осіб, суспільства й держави. Однак вона таку можливість зневажила й обрала лінію поведінки, що суперечить правам та інтересам інших суб'єктів суспільних відносин і, отже, заборонену законом. Якщо ж людина не була наділена свободою вибору поведінки, й вона була зумовлена, наприклад, впливом непереборної сили або фізичного примусу, то її дії не мають юридичного значення і не тягнуть кримінальної відповідальності.

Відповідальність – органічна властивість свободи [4, с. 173]. Не маючи свободи, людська особистість була би позбавлена можливостей відповідати за свої вчинки, тоді «вони поставали б як вираження чужої волі, провідником і знаряддям якої виявилась дана особа, або ж як результат сліпого випадку, прояв байдужої гри природних сил» [14, с. 189]. Слушна думка С.І. Максимова, який вважає, що свобода людини є не тільки передумовою відповідальності, але й деонтологічного світу права і моралі у цілому. „...Якщо людина невільна, то вона не відповідає за власні вчинки, а якщо вона не відповідає за власні вчинки, то про жодні деонтологічні норми не може бути й мови" [13, с. 152].

Очевидний взаємозв'язок тріади „свобода – вина – відповідальність", адже відповідальність є невід'ємною властивістю свободи, а вина – одним із виражень відповідальності, в тому числі й самовідповідальності.

Зауважимо, що самовідповідальність, виступаючи самостійною проблемою філософії права, найбільш повно розглядається у релігійній філософії. Так, С.Л.Франк пов'язує свободу, відповідальність і творчість людини з її життєвим внутрішнім досвідом. Останній належить розуміти як „досвід спілкування з людьми", „моральний досвід", „релігійний досвід", „естетичний досвід", „досвід спілкування з Богом". Співвідношення свободи і відповідальності автор розглядає крізь призму гріха: гріх – це те, від чого ми зобов'язані утримуватися і при здійсненні чого ми усвідомлюємо нашу провину. Згідно з позицією С.Л. Франка, гріх, свобода і відповідальність – це одна проблема. „Грішити здатна

тільки істота, наділена свободою – яка одночасно здатна й утримуватися від гріха" [25, с. 303].

Відповідальність передбачає вину. Вина знову ж таки передбачає, що людина взагалі могла діяти інакше, ніж вона діяла. Тому кримінальне право можливе лише за умови, що існує свобода волі при прийнятті рішень. На думку Р. Циппеліуса, якби не було ніякого ігрового простору для вільного вибору між різними можливостями та мотивами, якби, отже, людські вчинки детермінувалися безперервно й суворо каузальними законами, то для закиду у вину залишалося б стільки ж мало простору, як і для особистого каяття та відплати. Карати кого-небудь за його дії було б тоді так само безглуздо, як коли б хотіли карати не людину, а її спадкову хворобу [26, с. 246].

Вина усвідомлюється самою людиною і психологічно, і морально, але з погляду права її встановлює тільки суд. І тут дуже важливо знати і враховувати суб'єктивні умови, а вони завжди індивідуальні та своєрідні. Зовні правопорушення може бути в наявності, але необхідно зрозуміти внутрішній стан підсудного, його інтереси, мотиви, волю. Винуватість чи невинуватість обвинувачуваного приховуються в його правосвідомості й визначаються тими мотивами і цілями, які викликали заборонену дію. І.А. Ільїн дуже точно помітив, що людина винна в тому випадку, коли її воля, що створила правопорушення, зневажає мету права, його сутність [5, с. 225].

Висновки. Як творець власних вчинків, людина повинна бути вільною і відповідальною. Якщо людина користується свободою, то вона має відповідати за неї, за те, як вона її реалізовує.

Свобода – це основна соціальна передумова кримінально-правової відповідальності. Вибір між добром і злом, правом і неправом – одвічні питання людського буття. Наскільки вільний вибір, настільки свободу можна вважати умовою відповідальності, а людину – творцем власного життя. Як філософсько-правова категорія відповідальність фіксує зрілість свободи людини у виборі цінностей, цілей, засобів і способів їх досягнення, у розумінні наслідків своїх діянь не тільки для себе, але й для інших. Відповідальність є невід'ємною властивістю свободи, а вина є одним із виражень відповідальності. Немає вини – немає злочину. Немає вільного вибору – індивід втрачає свою людську сутність. Без свободи немає повноцінної людини, але справжня свобода має межі – вона відповідальна.

Список літератури

1. Базылев Б.Т. Юридическая ответственность (теоретические вопросы). – Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1985. – 120 с.
2. Бандура О.О. Деякі аспекти взаємного зв'язку цінностей та істини у праві // Проблеми філософії права. Том І. – Київ-Чернівці: Рута, 2003. – С. 111-115.
3. Загальна теорія держави і права / За ред. В.В. Копєйчикова. – К.: Юрінком, 1997. – 320 с.
4. Иконникова Г.И., Ляшенко В.П. Основы философии права. – М.: ИНФРА-М – Весь Мир, 2001. – 256 с.
5. Ильин И.А. О сущности правосознания / Соч.: В 10 т. – М.: Русская книга, 1994. – Т. 4. – 621 с.
6. Козловський А.А. Онтологія юридичної відповідальності // Проблеми філософії права. Том ІІ. – Київ-Чернівці: Рута, 2004. – С. 98-111.
7. Козловський А.А. Право як пізнання: Вступ до гносеології права. – Чернівці: Рута, 1999. – 295 с.
8. Корельский В.М. Свобода, ответственность, закон // Сборник научных трудов Свердловского юридического института. – Вып. 17. – Свердловск, 1972. – С. 33-57.
9. Кримінальне право України. Загал. частина: Підруч. для студентів юрид. вузів і фак. / Г.В. Андрусів, П.П. Андрушко, В.В. Бенківський та ін.; За ред. П.С. Матишевського та ін. – К.: Юрінком Інтер, 1997. – 512 с.
10. Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І.Борисов та ін.; За ред. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я.Тація. – Київ-Харків: Юрінком Інтер-Право, 2001. – 416 с.
11. Кримінальний кодекс України. – К.: ВЕЛЕС, 2002. – 167 с.
12. Лазорик Н.В. Свобода і відповідальність як філософські та соціологічні категорії // Наук. вісник Чернівецького ун-ту: Вип. Філософія. – Чернівці, 1998. – С. 61-64.
13. Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления: Монография. – Харьков: Право, 2002. – 328 с.
14. Малахов В.А. Етика: Курс лекцій: Навч. посібник. – 3-тє вид. – К.: Либідь, 2001. – 384 с.
15. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Каннон, А.С.К., 2003. – 1104 с.

16. Оборотов Ю.Н. Традиции и новации в правовом развитии: Монография. – Одесса: Юридична література, 2001. – 160 с.

17. Пермяков Ю.Е. Лекции по философии права. – Самара: Изд-во „Самарский университет", 1995. – 120 с.

18. Самощенко И.С., Фарукшин М.Х. Ответственность по советскому законодательству. – М.: Юрид. лит., 1971. – 240 с.

19. Самощенко И.С., Фарукшин М.Х. Предпосылки правовой ответственности // Правоведение. – 1970. – № 5.

20. Селіванов В.М. Право і влада суверенної України: методологічні аспекти. – Монографія. – К.: Видавничий Дім „Ін Юре", 2002. – 724 с.

21. Строгович М.С. Сущность юридической ответственности // Сов. государство и право. – 1979. – № 5.

22. Уголовное право России. Общая часть: Учебник под редакцией профессора А.И. Рарога. – М.: Институт международного права и экономики им. А.С. Грибоедова, 1998. – 320 с.

23. Уголовное право. Общая часть. Учебник для вузов. Ответственные редакторы – доктор юридических наук, профессор И.Я. Козаченко и доктор юридических наук, профессор З.А. Незнамова. – М.: Издательская группа НОРМА – ИНФРА-М, 1998. – 516 с.

24. Фефелов П.А. О понятии ответственности в советском праве // Правоведение. – 1982. – № 3.

25. Франк С.Л. Реальность и человек. – М.: Республика, 1997. – 497 с.

26. Циппеліус Р. Філософія права: Підручник. – К.: Тандем, 2000. – 300 с.

Стаття надійшла до редколегії 7 лютого 2006 року.
Рекомендована до опублікування у «Віснику» членом редколегії А.А.Козловським.

O.P. Donchenko

FREEDOM AS A CONDITION OF CRIMINAL RESPONSIBILITY

Summary

The choice between good and evil, law and non-law are ever – lasting problems of human existence. The choice is as free as freedom can be considered to be the condition of the responsibility and a person – to be a creator of his or her own life. The responsibility as philosophical-law category fixes the ripeness of person's freedom in choice the ways which get him values and aims, in understanding consequences his actions not only for himself but for others. The responsibility is the inalienable feature of freedom, and the guilt is one of the expressions of responsibility. No guilt – no crime. In case of absence of free choice the individual loses his humane essence. The genuine person doesn't exist without freedom, but real freedom has limits – it's responsible.

УДК 34.01

© 2006 р. **О.Д. Максимюк**
Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Чернівці

ПРИНЦИП НЕВІДВОРОТНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ (ІСТОРИКО-ФІЛОСОФСЬКИЙ АСПЕКТ)

Постановка проблеми. Покарання – суто юридична категорія, яка виникла у первісному суспільстві і з розвитком державності набула правової основи, пройшовши триваючий шлях від кровної помсти до санкцій, які встановлюються та застосовуються державними органами. Як з погляду законодавчого оформлення, так і в плані наукового зумовлення покарання розвивалось і розглядалось аж до XIX століття без „прив'язки" до інституту відповідальності, який знаходився за рамками практичної та наукової юриспруденції [10, с. 13]. Фундаментальною засадою спочатку покарання, пізніше – відповідальності був, є і буде принцип невідворотності юридичної відповідальності, тому важливим і актуальним є з'ясування його історичних, соціальних і філософських передумов формування.

Ступінь наукової розробки проблеми. Питання невідворотності юридичної відповідальності неодноразово розглядалося у працях низки науковців, серед яких можна назвати Л. В. Головко [11], А. А. Іванова [12], Н. С. Косякову [17], Т. А. Малаш [22], М. С. Малєїна [23], І. С. Самощенка [26] та М. Х. Фарукшина, П. А. Фефелова [35]. Серед представників класичної школи права необхідно виділити Ч. Беккаріа [9], Ш. Монтеск'є [25] та інших. Принцип невідворотності юридичної відповідальності знайшов своє вираження переважно у кримінальному, кримінально-процесуальному, адміністративному законодавстві. Деякі праці вітчизняних учених, наприклад, Д.М.Лук'янця [21], А.А.Козловського [16], О. Я. Свєтлова [27], А. Х. Степанюка [28], а також підручники [18] торкаються проблем невідворотності юридичної відповідальності. Проблема невідворотності юридичної відповідальності розробляється і в західній правовій літературі [35].

Мета статті. Автор ставить перед собою завдання розкрити основні етапи становлення принципу невідворотності юридичної відповідальності, починаючи з найдавніших часів і до сьогодення, а також проаналізувати соціально-філософські передумови формування принципу невідворотності юридичної відповідальності.

Виклад основного матеріалу дослідження. Майже триста років назад відомий італійський учений Чезаре Беккаріа у творі „Про злочини і покарання" сформував твердження, що один із найбільш діючих засобів, які стримують злочини, полягає не в жорстокості покарання, а в їх неминучості [9, с. 308–309]. Дана ідея набула широкого розповсюдження у російському кримінальному праві тих часів, навіть стала своєрідною „російською ідеєю" юриспруденції, зокрема, в радянський період. Західне правознавство ніяк не відкликнулось на вираз Ч. Беккаріа про неминучість покарання і не тільки не вивело із нього якого-небудь кримінально-правового принципу, але і не створило на його базі якоїсь певної доктринальної концепції. Цьому передусім заважав пануючий в іноземному праві процесуальний механізм порушення кримінальної справи, який базувався на принципі доцільності. Хоча сам автор, судячи за контекстом відповідного параграфа книжки, що має назву „М'ягкість покарання", не намагався сформувати якийсь принцип „невідворотності покарання" – він стверджує про це в якості додаткового аргументу у його літературній боротьбі із жорстокістю покарань [11, с. 61].

На думку російського вченого Д. А. Ліпінського, принципи юридичної відповідальності у тому вигляді, в якому вони тепер функціонують, сформувалися не зразу ж, а в процесі еволюції суспільства та права. На ранніх етапах розвитку людської діяльності невідворотність, рівність, індивідуалізацію не можна було визнати принципами юридичної відповідальності і права, оскільки діюче законодавство багато в чому виражало принцип станової нерівності, принцип відповідальності без вини або за чужу вину [20, с. 180]. За нашим переконанням, з приводу принципів рівності та індивідуалізації юридичної відповідальності немає жодних заперечень, оскільки про це свідчить низка документів, наприклад, Військовий Артикул Петра І. За даним актом, покарання та його застосування характеризувалось відсутністю індивідуалізації та особистої відповідальності (коли разом із злочинцем або замість нього карались його родичі). Була відсутньою формальна рівність перед законом (різна відповідальність за один той самий злочин передбачалася для представників різних прошарків: дворянина та селянина, офіцера і солдата) [13, с. 104]. Справедливість у стародавньому

праві пов'язувалася з принципом таліону, з жорстокими та дуже болісними покараннями. Так, у збірнику законів царя Хамурапі (1792-1750 років до н. е.) зазначено: „(От) справедливі закони, утверджені Хаммурапі, переможним царем, що встановив справжнє благополуччя і добре управління в країні". В якості покарань у зводі законів передбачалось: відрізання пальців, вибивання зубів, пошкодження очей, переломи кісток. Тяжкість покарання була пов'язана із займаною посадою у суспільстві. За вбивство дочки вільної людини вбивали не винного, а його дочку [14, с. 25]. Отже, справедливість пов'язувалась із жорстокими покараннями, з відсутністю формальної рівності та співрозмірностю покарань.

Зміст і перелік принципів юридичної відповідальності є результатом суспільного та правового розвитку. Ідеї справедливості, гуманізму, невідворотності, законості, винуватості формувались у процесі становлення суспільства, держави та права. Вони створювались у процесі еволюції наукових поглядів, а вже потім поступово знаходили своє вираження в тих чи інших формах у діючому законодавстві. Зміст принципів юридичної відповідальності зумовлений пануючими у суспільстві уявленнями про право, сутність права, права людини, ролі держави і тому подібне [20, с. 181].

Що ж стосується основоположного принципу юридичної відповідальності – невідворотності, то, на нашу думку, дане керівне положення сформувалося ще раніше, ніж, наприклад, принципи рівності та індивідуалізації, оскільки навіть принцип таліону свідчить про існування принципу невідворотності. Відповідальність була неминучою, але чи вона була справедливою, чи ні – це вже інше питання.

У 1826 році французький Касаційний суд, інтерпретуючи статтю 47 наполеонівського Кодексу кримінального слідства 1808 року, зауважив, що прокурор, який приймає рішення порушувати або не порушувати публічний позов (у нашому розумінні кримінальну справу), володіє дискреційними повноваженнями залишити злочинне діяння без наслідків на основі тільки недоцільності кримінального переслідування. Відповідно проведеним у Франції дослідженням, близько 10 років назад у 55 % випадків прокурори відмовляються від кримінального переслідування в силу того, що невідома особа, яка вчинила злочин, у 28 % випадків вони приймають аналогічне рішення за іншими мотивами (в основному, за мотивами недоцільності притягнення особи до кримінальної відповідальності) і тільки у 17 % випадків кримінальна справа порушується. Неважко помітити, що у такому випадку говорити про невідворотність кримінальної відповідальності беззмістовно. Принцип доцільності кримінального переслідування офіційно визнаний у більшості зарубіжних держав – у Англії, Бельгії, Данії, Нідерландах, США, Японії та інших. Більше того, навіть у тих державах, які заперечували даний принцип, дотримуючись протилежної системи – так званої „законності порушення кримінальної справи", коли компетентні державні органи зобов'язані давати справі офіційний хід у кожному випадку виявлення ознак злочину, насправді дане положення зберігається лише в теорії. Мова, передусім, іде про Німеччину, де традиційний „принцип законності" поступово, але правильно, витісняється принципом все тієї ж доцільності кримінального переслідування [11, с.61].

Зовсім інакше відбувалось у радянський період історії права. На це, мабуть, є декілька причин. По-перше, відоме твердження Ч. Беккаріа про „невідворотність покарання" використовували представники марксизму-ленінізму абсолютно в усіх своїх наукових творах, що, звичайно, не могло залишитись непоміченим радянською кримінально-правовою доктриною. По-друге, радянське кримінальне право завжди відрізнялося крайньою жорстокістю, вважаючи (особливо у початковий період) кримінальну репресію важливим засобом подавлення контрреволюції у будь-яких її проявах. Дух цього своєрідного кримінально-правового ригоризму, який знайшов відображення навіть у формулі „невідворотність покарання", зберігся і тоді, коли небезпека котрреволюції, здавалась би, минула. По-третє, у радянському праві не було процесуальних перепон для появи матеріально-правової концепції невідворотності відповідальності. Тільки протягом нетриваючого часу, а саме після прийняття Закону від 9 лютого 1925 року, який був доповненням до тексту Кримінально-процесуального кодексу РСФСР ст. 4-а, і до виключення із КПК даної статті у зв'язку із введенням в дію Кримінального кодексу РСФСР 1926 року, процесуальний механізм порушення кримінальних справ був побудований на принципі доцільності. Стаття 4-а КПК РСФСР містила таку норму: „Зокрема прокурор і суд мають право відмовити у порушенні кримінального переслідування, що полягало у забороні порушувати кримінальну справу у тих випадках, коли діяння особи, що притягається до кримінальної відповідальності, хоч і містить у собі ознаки злочину, передбаченого КК, але не може визнаватись суспільно-

небезпечним (ст. 6 КК) внаслідок своєї малозначності, маловажливості та нищівності своїх наслідків, а передусім, коли порушення кримінального переслідування і подальше ведення справи є явно недоцільним. З 1926 року у кримінальному процесі було закріплено початок законності кримінального переслідування, яке знайшло, зокрема, відображення у відомій статті 3 КПК Радянського Союзу [11, с. 62].

Важко сказати, яка з названих причин відіграла істотну роль, але у вітчизняному кримінальному праві, на відміну від іноземного, був проголошений принцип невідворотності покарання. Спочатку мова йшла саме про невідворотність покарання, а не відповідальності, оскільки „злочин і покарання – це два поняття, які нерозривно між собою пов'язані" [29, с. 444]. У 30-50-ті роки, коли концепція невідворотності покарання остаточно сформувалася, ніхто вже не ризикнув би піддати її сумніву.

Першого удару по даній концепції було завдано на рубіжі 50-60-х років XX століття, коли „увагу радянської юридичної науки зацікавило питання про сувору диференціацію відповідальності і про покарання, особливо про звільнення від кримінальної відповідальності з передачею справи у товариський суд або з передачею винного на поруки. Дане нове питання вимагало детальної розробки. У кодекси були включені відповідні статті" [11, с. 62]. Тоді відомий криміналіст Б. С. Утєвський зазначав, що новий інститут звільнення від кримінальної відповідальності „коливає традиційне уявлення про невідворотність покарання за вчинені злочини. Стає можливим злочин без покарання, замість якого будуть вживатися заходи суспільного впливу" [32, с. 116]. В таких умовах потрібно було зовсім відмовитися від принципу невідворотності покарання, або суттєво його модифікувати, пристосуватись до нових напрямків розвитку радянського кримінального права, зокрема до інституту звільнення до кримінальної відповідальності. Радянська доктрина пішла іншим шляхом. Так з'явився кримінально-правовий принцип невідворотності відповідальності, який прийшов на зміну принципу невідворотності покарання [11, с. 63]. Зауважимо, що деякі автори до сих пір надають перевагу виразу „невідворотності покарання", вважаючи його одним із основних принципів кримінального права [33, 34]. Але їх трактування даного принципу не можна вважати показовим для нашої сучасної науки, яка вже давно використовує інший термін – „невідворотність відповідальності".

Визначити принцип невідворотності кримінальної відповідальності намагались представники теоретичної моделі загальної частини кримінального кодексу: „Будь-яка особа, в діях або бездіяльності якої встановлений склад злочину, підлягає покаранню або іншим мірам впливу, передбаченим кримінальним законом" [15, с. 128–129]. У чому полягає відмінність принципу невідворотності відповідальності від принципу невідворотності покарання? Передусім у тому, що кримінальна відповідальність перестала зводитися виключно до покарання – з'явились й інші її форми, скажімо, умовне засудження, застосування примусових заходів виховного характеру і тому подібне [11, с.63]. Більше дізнатися про відмінність принципу невідворотності покарання від принципу невідворотності відповідальності можна у монографії російської вченої Т. А. Малаш „Принцип неотвратимости юридической ответственности" [22, с. 18–21]. Крім того, у науці отримала розвиток ідея про те, що юридичним наслідком злочину може бути не тільки кримінальна, але і суспільна відповідальність, у вигляді, наприклад, звільнення від кримінальної відповідальності з передачею справи у товариський суд. Хоча концепцію суспільної відповідальності не можна визнати безспірною у нашій доктрині, той факт, що ніхто не писав про „невідворотність кримінальної відповідальності", використовуючи менш визначене поняття – „невідворотність відповідальності", достатньо показовий. Тобто тільки такий підхід, коли поряд з кримінальною відповідальністю виділяються інші форми відповідальності за вчинені злочини, дозволяв більш чи менш логічно пов'язати інститут звільнення від кримінальної відповідальності з принципом невідворотності відповідальності: особа звільняється від кримінальної відповідальності, але притягається до іншого виду відповідальності, яка все ж таки є невідворотною. Саме це, мабуть, мали на увазі С. Г. Келіна та В. Н. Кудрявцев, коли зазначали, що „застосування інших мір, передбачених кримінальним законом, не протирічить принципу невідворотності відповідальності лише в тому випадку, якщо такі міри пов'язані з обов'язковим покладенням на особу, яка вчинила злочин, тієї чи іншої форми відповідальності [15, с. 129].

Кримінально-процесуальний кодекс УРСР зі змінами та доповненнями на 1 березня 1968 року містив стале положення щодо вираження принципу невідворотності кримінальної відповідальності. Відповідно ст. 2 цього нормативно-правового акту завданнями радянського кримінальних

льного судочинства є швидке і повне розкриття злочинів, викриття винних і забезпечення правильного застосування закону з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, зазнав справедливого покарання і жоден невинний не був притягнутий до кримінальної відповідальності і засуджений [3].

З прийняттям нових Основ кримінального законодавства Союзу РСР та союзних республік у 1991 році, які так і не набули юридичної сили, принцип невідворотності кримінальної відповідальності „витримав", знайшовши пряме закріплення у ст. 2 цього закону [1]. По суті, саме Основи стали апофеозом тієї конструкції даного принципу, яка була розроблена радянською кримінально-правовою докриною останніх років і запропонована авторам теоретичної моделі кримінального кодексу [11, с. 63].

Зазначити також, що параграф 1 Загальної частини Кримінального кодексу УРСР від 1927 року містить положення про задачі Кримінального кодексу. Відповідно до ст. 1 даного параграфа кримінальний кодекс УРСР має своїм завданням судово-правову охорону Радянської Соціалістичної Держави та встановленого в ній правопорядку від суспільно-небезпечних діянь (злочинів) шляхом застосування до правопорушників зазначених у Кодексі заходів соціального захисту [6]. Значно пізніше, Кримінальний кодекс Української РСР від 28 грудня 1960 року для здійснення своїх задач, зазначених у ч. 1 ст. 1 Кримінального кодексу, визначає, які суспільно-небезпечні діяння є злочинами, і встановлює покарання, що застосовуються до осіб, які скоїли злочини [5]. Аналогічне завдання Кримінального кодексу України вже після проголошення незалежності містить ч. 1 ст. 1 цього нормативно-правового акту [2; 3; 7].

З проголошенням незалежності України конструкція принципу невідворотності кримінальної відповідальності не змінилася. Відповідно до ст. 2 чинного Кримінально-процесуального кодексу України як основна мета кримінального судочинства визнається таке застосування Закону, яке б забезпечувало, з одного боку, притягнення до кримінальної відповідальності кожного, хто вчинив злочин, а з іншого – гарантувало б від безпідставного покарання невинних у його скоєнні [4, с. 14].

Становлення нового характеру взаємовідносин між державою та громадянином вимагає суттєвого зміщення акцентів у цьому визначенні та вилучення з нього елементів, які мають ідеологічне, а не процесуальне забарвлення. До останніх, на думку В. Маляренко, належать такі завдання, як швидке і повне розкриття злочинів та невідворотність покарання. Зрозуміло, що низький рівень розкриття злочинів значно зумовлюється чинниками організаційного, фінансового та кадрового характеру. Проте частина злочинів не розкривається і з причин, які також можна віднести до об'єктивних.

Отже, вимога закону щодо швидкого і повного розкриття злочину та забезпечення невідворотності кримінальної відповідальності ігнорує об'єктивні чинники, вона має декларативний, а до певної міри і лицемірний характер. Очевидно, на думку вченого-практика, що ці положення закону були включені для того, щоб спонукати правоохоронні органи працювати більш ефективно. На практиці ж вони призводять до масового приховування злочинів від реєстрації, а також до поширення практики безпідставного притягнення до відповідальності осіб шляхом примушування їх до самообмови чи шляхом фальсифікації доказів. І в першому, і в другому випадках посадові особи правоохоронних органів порушують закон з метою показати видимість належного виконання завдань, передбачених ст.2 КПК. З огляду на сказане, В. Маляренко вважає, що перед новим процесуальним законодавством не повинні ставитися завдання про невідворотність покарання, про забезпечення швидкого та повного розкриття злочинів [24, с. 399].

На нашу думку, якщо будуть внесені пропозиції до законодавства про більш тривалий час розкриття злочинів, то це буде негативно відображатися на практиці розкриття злочинів. Вимога повного розкриття злочину означає, що мають бути встановлені всі обставини, які входять до предмета доказування у кримінальній справі [19, с. 10]. Тому про скасування цього положення мова взагалі немає йти. Стосовно твердження В.Маляренка про дискредитацію одного із завдань кримінально-процесуального законодавства про невідворотність відповідальності, ми вважаємо, що це абсурд, оскільки принцип невідворотності юридичної відповідальності, зокрема кримінальної, – це фундаментальна засада, на якій „тримається" вся система права. В. Маляренко сам себе заперечує, оскільки зазначають, що серед основних завдань кримінально-процесуального законодавства, які треба закріпити у новому КПК, є регулювання процесуального порядку викриття осіб, винних у вчиненні злочинів, притягнення їх до відповідальності та справедливе їх покарання. А це завдання є істотним вираженням принципу невідворотності кримінальної відповідальності.

Успішне розслідування злочинів та викриття винних неможливе без неухильного виконання слі-

дчими всіх кримінально-процесуальних норм, оскільки останні забезпечують необхідні умови для встановлення істини по справі, гарантують об'єктивність, повноту та всебічність слідства, дотримання прав учасників процесу [30, с. 83].

„Чи невідкладні слідчі дії не націлені на викриття винних та забезпечення правильного застосування закону з тим, щоб кожен, хто вчинив злочин, був підданий справедливому покаранню і жоден невинний не був притягнутий до кримінальної відповідальності та засуджений?" – запитує А. П. Кругліков. Звичайно, що націлені. Тому, звужувати їх завдання – значить, не бачити перспективи подальшого розслідування справи, штучно зменшувати значення здійснення цих дій. Крім того, проведені своєчасно і у відповідності з вимогами кримінально-процесуального закону невід'ємні слідчі дії сприяють переконанню у громадян твердження про невідворотність покарання, їх виховання у дусі неухильного виконання законів [31, с. 44–45].

Висновки. Отже, конструкція принципу невідворотності юридичної відповідальності формувалася протягом тривалого соціально-історичного періоду, починаючи із найдавніших часів і закінчуючи сьогоденням. Можна виділити декілька етапів формування принципу невідворотності юридичної відповідальності (ранній період, який починався із застосування принципу таліону; класичний етап, що характеризувався вперше сформульованою думкою Ч. Беккаріа про невідворотність покарання; розвиток конструкції принципу невідворотності юридичної відповідальності за радянських часів; останній період – формування та функціонування принципу невідворотності після проголошення незалежності України і на сучасному етапі).

Скільки би і які б серйозні міри відповідальності не встановлювала держава за ті чи інші правопорушення, як би вона не удосконалювала норми, які регулюють порядок відповідальності, — все це не дасть очікуваних результатів, якщо не буде забезпечена невідворотність відповідальності.

Список літератури

1. Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. – 1991. – № 30. – Ст. 862.

2. Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар: (За станом кримінального законодавства та постанов Пленуму Верховного Суду України на 25 жовтня 1995 року) / Відп. ред.: В. І. Шакун, С. С. Яценко. – К.: Фіта, 1995. – 864 с.

3. Кримінально-процесуальний кодекс Української РСР. Офіційний текст із змінами і доповненнями на 1 березня 1968 року. – К.: Видавництво політичної літератури України, 1968.

4. Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. В. Т. Маляренка, В. Г. Гончаренка. – К.: Форум, 2003. – 938 с.

5. Уголовный кодекс УРСР от 28 декабря 1960 года // ВВ Совета УССР. – 1961. – № 2.

6. Уголовное законодательство СССР и союзных республик. Сборник. (Основные законодательные акты) / Под ред. Д. С. Кареева. – М.: Госюриздат, 1957. – 532 с.

7. Уголовный кодекс Украины. Неофициальное издание с изменениями и дополнениями по сост. на 15 сентября 1992 г. – Харьков: РИТА, 1992. – 176 с.

8. Уголовный кодекс Украины: Научно-практический комментарий (отв-е редакторы С. С. Яценко, В. И. Шакун). – К.: Правові джерела, 1998. – 1088 с.

9. Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. – М.: Юрид. изд-во, 1939. – 464 с.

10. Бельский К. С. Административная ответственность: генезис, основные признаки, структура // Государство и право. – 1999. – № 12. – С. 12–20.

11. Головко Л. А. Принципы неотвратимости ответственности и публичности в современном российском уголовном праве и процессе // Государство и право. – 1999. – № 3. – С. 61–68.

12. Иванов А. А. Цели юридической ответственности, её функции и принципы // Сов. государство и право. – 2003. – № 6. – С. 66–69.

13. Исаев И. А. История государства и права России. – М.: Юрист, 1994. – 447 с.

14. Історія держави і права зарубіжних країн. Хрестоматія: За ред. В. Д. Гончаренка. – К.: Видавничий Дім „Ін Юре", 2002.

15. Келина С. Г., Кудрявцев В. Н. Принципы советского уголовного права. – М.: Наука, 1988.

16. Козловський А. А. Онтологія юридичної відповідальності // Проблеми філософії права. – 2004. – Т. ІІ. – С. 98–111.

17. Косякова Н. С. Неотвратимость ответственности (уголовно-правовой аспект). – Смоленск: Б. и., 1999. – 252 с.

18. Кримінальне право України. Загальна частина / За ред. П.С.Матишевського, П. П. Андрушка, С. Д. Шапченка. – К.: Юрінком Інтер, 1997.

19. Кримінальний процес України: Підручник / М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, В. П. Шибіко. – К.: Либідь, 1992. – 431 с.

20. Липинский Д. А. Проблемы юридической ответственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 387 с.

21. Лук'янець Д. М. Інститут адміністративної відповідальності: проблеми розвитку. – К.: Ін-тут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001. – 220 с.

22. Малаш Т. А. Принцип неотвратимости юридической ответственности. – М.: ЮИ МВД РФ, 1998. – 73 с.

23. Малеин Н. С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность. – М.: Юрид. лит., 1985. – 192 с.

24. Маляренко В. Кримінально-процесуальне законодавство України: питання становлення та розвитку // http: //www . lawyer.org.ua

25. Монтескье Ш. Избранные произведения. – М.: Госполитиздат, 1955. – 800 с.

26. Самощенко И. С., Фарукшин М. Х. Ответственность по советскому законодательству. – М.: Юрид. лит., 1971. – 240 с.

27. Светлов А. Я. Ответственность неотвратима. – К.: Политиздат Украины, 1989. – 190 с.

28. Степанюк А. Х. Значущість принципу невідворотності виконання покарання для екзекутивної діяльності // Вісник АПрН України. – 1999. – № 3. – С. 157–166.

29. Уголовное право. Общая часть. – М.: Госюриздат, 1948.

30. Уголовно-правовые и процессуальные гарантии защиты конституционных прав граждан. Межвузовский тематический сборник. – Калинин: Калининский государственный ун-т, 1980. – 156 с.

31. Уголовно-процесуальные проблемы предварительного следствия и пути его совершенствования: Сборник научных трудов / Ред. кол.: Ефимичев С. П. (отв. ред.) и др. – Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1985. – 112 с.

32. Утевский Б. С. Вопросы уголовного права в проекте закона // Сов. гос. и право. – 1960. – № 1. – С. 114–119.

33. Фефелов П. А. Механизм уголовно-правовой охраны. Основные методологические проблемы. – М.: Наука, 1992. – 232 с.

34. Фефелов П.А. Понятие и система принципов совесткого уголовного права. – Свердловск: Средне-Уральское кн. изд-во, 1970. –144с.

35. http: // www. prison. org / English / art-state. htm.

Стаття надійшла до редколегії 14 березня 2006 року.
Рекомендована до опублікування у «Віснику» членом редколегії А.А.Козловським.

O.D. Maksymiuk

THE PRINCIPLE OF INEVITABILITY OF LEGAL RESPONSIBILITY (THE HISTORICAL-PHILOSOPHICAL ASPECTS)

Summary

The main social-historical periods of the formation of the principle of inevitability of legal responsibility are analyzed in the article (the early period which was beginning at the time of usage of the principle of talion; the classical period which was characterized why the sort firstly said by the Becarria about the inevitability of punishment; the development of the construction of the principle of legal responsibility during the soviet time; the last on period is the formation and functioning of the principle of inevitability after the proclamation of independence of Ukraine and at the present time.

II. КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

УДК 342.53

© 2006 р. **О.Д. Чепель**
Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Чернівці

ОСОБЛИВОСТІ ДЕПУТАТСЬКОГО ЗАПИТУ В УКРАЇНІ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Постановка проблеми. Проголошення незалежності України створило умови для радикальних демократичних перетворень у нашому суспільстві та державі. У процесі здійснення конституційної реформи, основним завданням якої є посилення ролі парламенту в системі розподілу влад, вагомого значення набувають питання обсягу повноважень народного депутата України, зокрема права на депутатський запит і механізму його втілення в дійсність, що підкреслює активність парламентаря у здійсненні державної влади. На сучасному етапі розвитку представницької демократії в Україні актуально постала проблема вдосконалення та законодавчого закріплення особливостей депутатського запиту в діяльності члена парламенту .

Ступінь наукової розробки проблеми. Теоретичне дослідження права на депутатський запит висвітлювалось у працях як зарубіжних учених, таких як Ф. Баллана, Д. Мессаже, Ж.-Ф. Трибондо та ін., які обґрунтовували поняття та зміст депутатського запиту, так і російських дослідників. Зокрема, О.О.Безуглов, О.Д.Керимов, Л.О.Нудненко, Л.О.Окуньков, С.А.Солдатков та інші проаналізували процедуру реалізації запитів парламентарів. Серед українських науковців, які досліджували окреслену проблему, варто назвати таких, як В.С.Журавський, П.С.Кислий, В.Ф.Погорілко, Е.Р. Рахімкулов, С.М. Свєтова, Ю.М. Тодика, О.Ф. Фрицький та ін..

Мета статті полягає в тому, щоб проаналізувати основні аспекти депутатського запиту, як парламентської форми роботи депутата, та депутатського звернення, як позапарламентської в діяльності народного депутата України. На основі врахування новітніх досягнень правової науки і практики, вітчизняних і зарубіжних досвідів з даного питання запропонувати низку конкретних рекомендацій щодо вдосконалення механізму реалізації права члена парламенту на депутатський запит і звернення.

Виклад основного матеріалу. Важлива форма роботи українського парламентаря – це запит, що є одним з виявів високого правового статусу парламенту в державному механізмі України . Депутатський запит – це право народного депутата України на запит до органів державної влади чи органів місцевого самоврядування щодо підконтрольних і підзвітних їм органів та посадових осіб з вимогою дати роз'яснення з питань, що належать до їх компетенції [22, с. 77-78].

"Запит – це дійовий контроль за станом справ у тій чи іншій галузі господарського і соціально-культурного будівництва" Важливе значення депутатського запиту зумовлюється тим, що він як засіб контролю може бути направлений до широкого кола органів та службових осіб [11, с. 8].

Конституція України в статті 86 передбачила, що народний депутат України має право на сесії парламенту звернутися із запитом до органів Верховної Ради України, до Кабінету Міністрів України, до керівників інших органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також до керівників підприємств, установ і організацій, розташованих на території України, незалежно від їх підпорядкування і форм власності [1, с. 36].

В Україні парламентарій вносить депутатський запит у письмовій формі Голові Верховної Ради України, який після оголошення його на засіданні парламенту передає запит до Секретаріату Верховної Ради для подальшої передачі його відповідному органові [13, с. 78].

Письмова форма запиту, - переконаний О.Х. Махненко, - забезпечує по-перше, лаконічність визначення предмета запиту, що дає можливість отримати чітку відповідь по суті запиту; по-друге, можливість для всіх інших депутатів знайомитись зі змістом запиту [15, с. 256].

Направлення запиту народним депутатом України до органів парламенту, уряду, інших органів державної влади та органів місцевого самоврядування, згідно з рішенням Конституційного Суду України, не потребує попереднього узгодження цього питання Верховною Радою України. Однак рішення про направлення запиту до Президента України приймається Верховною

Радою України більшістю від її конституційного складу [9, с. 10].

На вимогу народного депутата керівник органу державної влади чи органу місцевого самоврядування, підприємства, установи та організації, якому адресований запит зобов'язаний повідомити парламентарю про день розгляду порушених у запиті питань за три дні [2, Ст. 15 ч. 7]

Офіційна письмова відповідь на депутатський запит у семиденний або в інший встановлений Верховною Радою термін надсилається Голові парламенту та депутату, який його вніс [3, Ст. 8.3.3]. Закон України "Про статус народного депутата України" передбачив, що Президент України, керівники органів державної влади та органів місцевого самоврядування, підприємств, установ і організацій, до яких звернуто запит, зобов'язані письмово повідомити депутата чи групу депутатів, чи комітет парламенту про результати розгляду запиту у п'ятнадцятиденний або інший встановлений строк, який не повинен перевищувати одного місяця після одержання запиту [2, Ст. 15 ч. 5].

Конституційне законодавство багатьох держав свідчить, що аналогічна форма роботи парламентарів міститься в Конституції Угорської Республіки в § 27 також зафіксував положення згідно з яким, члени Державних зборів можуть звертатися до комісарів Державних зборів з питань прав громадян, з питань прав національних і етнічних меншин, до Голови Державної Рахункової палати, до Голови Угорського Національного банку із запитом [14, с. 544].

Основний Закон Білорусії, стаття 103 констатує, що депутат Палати представників, член Ради Республіки має право звернутися із запитом до Прем'єр-міністра, членів уряду, керівників державних органів, які утворюються або обираються Парламентом. Запит повинен бути включеним до порядку денного палати, а відповідь на запит дається протягом 20 сесійних днів [14, с. 321].

Стосовно відповіді на депутатський запит може бути проведено обговорення, якщо на цьому наполягає не менше однієї п'ятої депутатів від конституційного складу Верховної Ради України. За результатами обговорення депутатського запиту парламент приймає постанову. Депутатський запит, відповідь на нього та прийнята постанова публікуються у "Відомостях Верховної Ради України" та газеті "Голос України" [3, Ст. 8.3.4].

Регламент Національних Зборів французького парламенту (Ст. 139) містить положення про те, що члени нижньої палати парламенту мають право звертатися до представників уряду за допомогою письмових запитань (як альтернатива усним – О.Ч.), які публікуються в "Journal Officiel", і в такий спосіб про них повідомляється уряд. Вони вважаються поставленими з моменту їх опублікування [12, с.142]. Французький юрист Ж.-Ф. Трибондо підкреслює, що член Національних зборів володіє повною свободою у виборі адресата. Більше того, депутат навіть може поставити одне і те ж запитання різним членам уряду для того, щоб отримати доповнюючі чи протиставляючі одні одним відповіді [25, с. 4].

В Україні Регламент Верховної Ради допускає можливість одночасного внесення народним депутатом не більше двох запитів [3, Ст. 8.3.2]. Відповідь на поставлене запитання французькі члени уряду повинні дати протягом місяця, яке обов'язково публікується в "Journal Officiel". У виключних випадках міністрам на їх прохання продовжують термін відповіді ще на один місяць [12, с. 142]. Але даний двомісячний строк дотримується лише у 22% випадків [24, с. 395]. Так, відповідь на запитання, поставлене депутатом Ж.-М. Дайє 22 листопада 1982 року, було опубліковане лише 26 березня 1984 року [23, с. 97].

Австрійські депутати вносять запити до федерального уряду або до Президента Національної ради в письмовій формі з чотирма копіями та підписами на менше 5 депутатів. Адресату запит передається через парламентську Дирекцію Національної ради, який розглядає і дає відповідь на запит протягом двох місяців. За пропозицією восьми депутатів відповідь може розглядатися на порядку денному в парламенті, або на письмову вимогу 20 депутатів відповідь розглядається парламентом в обов'язковому порядку. За результатами обговорення Національна рада приймає рішення про прийняття чи відхилення відповіді на запит. Разом з тим результат обговорення може бути приводом для внесення пропозиції про вотум недовіри [16, с. 54].

На нашу думку, описаний досвід може бути використаний у парламентській практиці Української держави лише з урахуванням її специфіки.

Важливою формою позапарламентської діяльності українського парламентарія є депутатське звернення, яке дає змогу депутату ефективно та всесторонньо виконувати свої повноваження як в парламенті, так і за його межами.

Л.О. Нудненко переконана, що різниця між депутатським запитом і депутатським зверненням полягає в тому, що запит вноситься депутатом на сесії парламенту до чітко визначеного кола органів і посадових осіб, тоді як право на звернення член парламенту реалізовує поза сесі-

єю і до необмеженого законодавством кола органів і посадових осіб. Різні і наслідки, що випливають із запиту і звернення. Відповідь на звернення направляється самому депутатові. Відповідь на запит дається на сесії з можливим винесенням постанови парламентом [17, с. 183].

Депутатське звернення – це викладена в письмовій формі пропозиція народного депутата, звернена до органів державної влади й органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, керівників підприємств, установ і організацій, об'єднань громадян здійснити певні дії, дати офіційне роз'яснення чи викласти позицію з питань, віднесених до їх компетенції [18, с. 462].

Водночас відповідно до Рішення Конституційного Суду України від 5 березня 2003 року народному депутату України надано право звернутись до Національного банку України або його посадових осіб з письмовою пропозицією (депутатським зверненням) про надання інформації, яка становить банківську таємницю, а також про здійснення наглядових дій та застосування заходів впливу до банків та осіб, які охоплюються наглядовою діяльністю Національного банку України, якщо це пов'язано з депутатською діяльністю [8, с. 40].

Орган чи особи, яким адресоване звернення народного депутата України, зобов'язані протягом 10 днів з моменту його одержання розглянути і дати письмову відповідь. У разі неможливості розгляду звернення, за наявності офіційного листа, строк розгляду може бути продовжений, але не більше ніж 30 днів з моменту його одержання [2, Ст. 16 ч. 2].

Умотивована відповідь на депутатське звернення повинна бути надіслана народному депутату України не пізніше, як на другий день після розгляду звернення, в обов'язковому порядку за підписом керівника чи посадової особи, до якої було направлено звернення [2, Ст. 16 ч. 4].

При зверненні члена Ради Федерації, депутата Державної Думи Російської Федерації з питань, пов'язаних з їх діяльністю, до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, громадських об'єднань і організацій, посадові особи вказаних органів, об'єднань, організацій невідкладно (а при неможливості – не пізніше 30 днів з моменту одержання звернення) дають відповідь і всі необхідні документи та відомості [10, с. 656].

Діяльність парламентарів при реалізації права на депутатське звернення має обмежений характер. Так, відповідно до рішення Конституційного Суду України від 20 березня 2002 р., народний депутат не має права звертатися до органів і посадових осіб, що здійснюють функції дізнання і досудового слідства, з вимогами і пропозиціями з питань, які стосуються проведення дізнання та досудового слідства у конкретних кримінальних справах [7, с. 9].

Також народний депутат не має права звертатися до органів прокуратури і прокурорів з вимогами, пропозиціями чи вказівками у конкретних справах [6, с. 21] та до голів судів і до суддів стосовно конкретних судових справ [5, с. 7].

Вважаємо, що депутатське звернення як форма роботи парламентарів може мати як індивідуальний, так і колективний характер. Індивідуальний характер депутатського звернення, як правило, реалізується шляхом направлення членом парламенту, в ході здійснення своїх повноважень, письмової пропозиції до відповідних органів чи осіб врегулювати певні питання їх компетенції.

Колективний характер звернення може проявлятися як у формі направлення письмової пропозиції групою депутатів до законодавчо визначених адресантів, так і у формі конституційного подання, яке являє собою письмове клопотання до Конституційного Суду України [4, Ст. 39], не менш як сорока п'яти народних депутатів України [4, Ст. 40] про визначення конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України, парламенту Автономної Республіки Крим або про необхідність офіційного тлумачення Конституції України та законів України [4, Ст. 41].

Висновки. Народний депутат України, як уповноважений представник народу України, здійснюючи свою діяльність володіє реальними контрольними повноваженнями, які реалізуються у формі депутатського запиту, що являє собою вимогу депутата на сесії парламенту до відповідних органів і посадових осіб дати офіційну відповідь на питання їх компетенції та у формі депутатського звернення, яке розглядається як пропозиція парламентаря до відповідних органів та посадових осіб здійснити певні дії, дати офіційне роз'яснення чи позицію з питань їх компетенції, яке може мати індивідуальний чи колективний характер. Наявність контрольних повноважень надає депутату не тільки певного значення в суспільстві, але й змушує посадових осіб багатьох структур діяти у відповідності з чинним законодавством.

Список літератури

1. Конституція України від 28.06.1996 р.: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України.-К.: Преса України, 1997.-80 с.

2. Закон України "Про статус народного депутата України" від 17.02.1992 в редакції від 12.09.2002 // Відомості Верховної Ради України. –2002. -№ 43. –Ст. 314.

3. Закон України "Про Регламент Верховної Ради України" від 27.07.1994 // Відомості Верховної Ради України. –1994. -№ 35. –Ст. 338.

4. Закон України "Про Конституційний Суд України" від 16.10.1996 // Відомості Верховної Ради України. –1996. -№49. –Ст. 272.

5. Рішення Конституційного Суду України у справі "Про запити і звернення народних депутатів України до органів дізнання і досудового слідства" від 20.03.2002 р. // Вісник Конституційного Суду України . –2002. -№2. –С. 6- 9.

6. Рішення Конституційного Суду України у справі "Про запити народних депутатів України до прокуратури" від 11.04.2000 р. // Вісник Конституційного Суду України . –2000. -№2. –С. 17- 21.

7. Рішення Конституційного Суду України у справі "Про запити народних депутатів України від 19.05.1999 р. // Офіційний вісник України. –1999. -№20. –Ст. 283.

8. Рішення Конституційного Суду України у справі "Про звернення народних депутатів України до Національного банку України" від 5.03.2003 р. // Вісник Конституційного Суду України . –2003. -№1. –С. 35- 41.

9. Рішення Конституційного Суду України у справі "Про направлення запиту до Президента України" від 14.10.2003 // Вісник Конституційного Суду України . –2003. -№5. –С. 5-10.

10. Безуглов А.А., Солдатков С.А. Конституционное право России: В 3 т. –Т.2. –М., 2001. –567 с.

11. Давидов Р.К. Депутатський запит. –К.: Політвидав України, 1981. –52 с.

12. Керимов А.Д. Депутатские вопросы как средство парламентского контроля (На примере Франции)// Государство и право. –1991. 0№4. –С.135-143.

13. Кислий П.С., Рахімкулов Е.Р. Народний депутат України: представник влади народу. –К.: К.С.І., 2002. –98 с.

14. Конституции государств Европы: В 3 т. –Т.1/ Под ред. Л.А. Окунькова. –М.: НОРМА, 2001. –824 с.

15. Махненко А.Х. Верховные органы народного представительства социалистических стран. –М.: Юрид. лит-ра, 1972. –264 с.

16. Мишин А. Парламенты мира: Сборник. –М.: Интер-пракс, 1991. –624 с.

17. Нудненко Л.А. Конституционно-правовой статус депутата законодательного органа государственной власти в Российской Федерации. – М.: Юридический центр Пресс, 2004. – 475 с.

18. Погорілко В.Ф., Фрицький О.Ф. Конституційне право України. –К.: Наука, 2003. –732с.

19. Свєтова С.М. Практика парламентаризму. –К.: Заповіт, 1997. –132 с.

20. Сивов В.А. Статус советского депутата. –Л.: Лениздат., 1973. –127 с.

21. Слива А.Я. Депутатский запрос. –М.: Знание, 1988. –95 с .

22. Тодика Ю.М. Юридична енциклопедія: В 6 т. –Т. 2: Д – Й /За ред. Ю.С. Шемшученка. –К.: Українська енциклопедія, 1999. – 744 с.

23. Balland Ph., Messager D., La sėance est ouverte. Les coulisses de l'Assemblėe nationale. - Paris, 1987. –267 p.

24. Duveger M. Le systėme politique francaise. –Paris, 1985. –689 p.

25. Tribondeau J.-Fr. A propos des questions ėcrites. Colloque de L'Association francaise de science politique et de pouvoirs. –L'Assembl'ee Nationale aujourd'hui/ 21-22 nov.. –Paris. –1985.-345 p.

Стаття надійшла до редколегії 29 січня 2006 року.
Рекомендована до опублікування у «Віснику» членом редколегії А.З.Георгіцою.

O.D. Chepel

FEATURES OF DEPUTY INQUIRY IN UKRAINE AND FOREIGN COUNTRIES THE RATHER-LEGAL ANALYSIS

Summary

In article it is investigated a legal problem of deputy inquiry in Ukraine and foreign countries on the basis of a rather - legal method. The deputy inquiry is the requirement of the deputy to the state bodies officially to answer a question. The deputy manipulation is the offer of the deputy to the state bodies to execute some actions to explain questions of their competence.

УДК 342.53

© 2006 р. **О.П. Васильченко**
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ АКТИ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ ЯК ДЖЕРЕЛО КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Введення інституту президента в структуру державного механізму України започаткувало новий етап розвитку української державності та призвело до появи нового виду джерел конституційного права України – нормативно-правових актів Президента України, проблема дослідження юридичної природи, статусу та функцій яких набула особливої актуальності у зв'язку із проведенням у державі конституційної реформи.

Ступінь наукової розробки теми дослідження. Проблема правової природи актів Президента України порушується у вітчизняній конституційно-правовій науці, зокрема у працях Агафонова С. А., Бєлова Д. М., Бойка О. В., Бурчака Ф. Г., Плахотнюк Н. Г., Серьогіної С. Г., Тодики Ю. М., Яворського В. Д. тощо [1], однак питання щодо нормативно-правових актів Президента України як джерел конституційного права потребує ґрунтовного дослідження.

Мета дослідження – аналіз правових актів, що видаються Президентом України, визначення критеріїв віднесення правових актів Президента України до джерел конституційного права України, здійснення класифікації цих правових актів.

Виклад основного матеріалу дослідження. Як відомо, передумовою законодавчого оформлення статусу Президента України було прийняття Декларації про державний суверенітет України [2], яка встановила, що державна влада в республіці здійснюється за принципом її поділу на законодавчу, виконавчу, судову, тобто передбачалася горизонтальна організація державної влади, що зумовлювало необхідність заснування поста президента, який би здійснював координацію діяльності цих трьох гілок.

5 липня 1991 р. прийнято Закон УРСР "Про заснування поста Президента Української РСР і внесення змін та доповнень до Конституції (Основного Закону) Української РСР" [3], яким передбачено заснування поста Президента УРСР; Закон УРСР "Про Президента Української РСР" [4], відповідно до статті 1 якого Президент УРСР визначався як найвища посадова особа Української держави і глава виконавчої влади, а відповідно до частини 1 статті 7 цього Закону, передбачалося, що Президент Української РСР на основі і на виконання Конституції і законів Української РСР в межах своєї компетенції видає укази, які є обов'язковими до виконання на території Української РСР; Закон УРСР "Про вибори Президента Української РСР" [5].

Прийняттю цих законів передувало внесення відповідних змін і доповнень до чинної на той час Конституції.

21 травня 1993 р. прийнято Закон України "Про внесення доповнення до Конституції (Основного Закону) України" [6], відповідно до якого Президент наділявся правом ухвалювати укази з питань економічної реформи, не врегульованих законами України, які діють до прийняття відповідних законів.

За цією нормою глава Української держави визнавався самостійним суб'єктом первинної нормотворчості поряд із законодавчим органом, оскільки реалізація Президентом вказаного повноваження не обумовлювалася загальновизнаною у світовому конституціоналізмі формулою "на основі і на виконання Конституції і законів". Більше того, механізм делегування Верховною Радою частини своєї законодавчої функції Президентові не передбачав і такого необхідного важеля парламентського впливу, як наступне затвердження президентських актів Верховною Радою.

Паралельно з указаною вище нормою, яка регулювала правотворчість Президента України у сфері економічної реформи, стаття 114 Конституції УРСР 1978 р. наділяла главу держави правом видавати укази і розпорядження на основі та на виконання Конституції і законів України в межах своєї компетенції.

Таке делегування законодавчих повноважень Президентові суперечить принципу розподілу влади, оскільки законодавча функція є виключною функцією парламенту, а укази глави держави повинні мати в основному процедурно-допоміжний характер і спрямовуватися на виконання законів. Президент же, не підмінюючи парламент, може скористатися правом законодавчої ініціативи та внести відповідний законопроект на розгляд парламенту.

Негативна оцінка делегуванню парламентом своєї законодавчої функції главі держави була дана ще Дж. Локком у XIX ст., який відзна-

чав, що законодавчий орган не може мати права передавати свої повноваження на творення законів до інших рук [7, с. 301].

Прийнята у 1996 р. Конституція України [8] закріпила принцип розподілу державної влади на законодавчу, виконавчу та судову гілки. При цьому Президенту України була відведена особлива роль у механізмі державної влади та особлива компетенція, яка носить комплексний характер. Реалізація цієї компетенції відбувається через видання ним правових актів, якими відповідно до частини 3 статті 106 Конституції України, є укази і розпорядження, видані на основі та на виконання Конституції і законів України.

Підтримуючи погляд Головатенка В., вважаємо, що до функцій правових актів Президента України належать такі функції, які випливають з конституційного визначення статусу Президента та кола його повноважень: забезпечення координації діяльності всіх гілок державної влади на загальнодержавному та регіональному рівнях; реалізація конституційних повноважень Президента в нормативно-правовій формі; визначення порядку практичної реалізації законів; формування доручень уряду та іншим органам виконавчої влади (директивна функція); встановлення нових самостійних юридичних норм за умови їх відповідності Конституції та законам [9, с. 16].

У чинному законодавстві України не міститься визначення понять "указ" і "розпорядження" Президента. В якості критерію розмежування указів і розпоряджень Президента між собою може бути запропонований критерій юридичної сили та змісту.

Цей критерій зумовлює те, що укази Президента мають вищу юридичну силу, ніж його розпорядження; звідси можливі колізії між указами і розпорядженнями повинні вирішуватися на користь указів. Підкреслимо, що укази Президента можуть вносити зміни і доповнення до його розпоряджень, а не навпаки. Дія розпоряджень, як правило, не поширюється на територію всієї держави, тому вони є актами локального регулювання, пов'язані, наприклад, з вирішенням кадрових питань. Розпорядження не повинні мати приписів, що мають нормативний характер.

Що стосується указів Президента України , то їх пропонується поділяти на:

1. Нормативні укази, у яких коло суб'єктів, що підпадають під дію положень указу, є невизначеним, а час дії тривалим. Необхідність прийняття нормативних указів у повсякденному житті визначається, в першу чергу, значним відставанням законодавчого регулювання у сфері економіки, соціального і державного розвитку. Нормативні укази – це укази у "власному сенсі", що встановлюють нові самостійні юридичні норми з умовою не суперечити законам. Для нормативних указів, що видаються Президентом України, характерне спрямування на деталізацію і конкретизацію загальних установлень і принципів закону. Указ деталізує закон у тих випадках, коли без такої конкретизації процес його застосування був би ускладнений чи навіть неможливий. Указ, який конкретизує закон, повинен видаватися у суворій відповідності з таким законом.

Отже, нормативний указ Президента – це юридичний акт глави держави, виданий ним у межах повноважень, визначених Конституцією та відповідно до неї, що містить загальнообов'язкові правила поведінки, спрямований на регулювання широкого кола суспільних відносин, розрахований на постійну або тривалу дію і спрямований на невизначене коло суб'єктів. За своєю юридичною силою та характером укази Президента є актами прямої дії та мають однакову юридичну силу на всій території України. До нормативних указів Президента України можна віднести, наприклад, Указ Президента України "Питання організації виконання Закону України "Про громадянство України", в редакції від 27. 06. 2006 р. № 588/2006 [10], Указ Президента України "Про Положення про Держаний комітет України у справах національностей та міграції" від 19. 03. 2002 р. № 269/2002, зі змінами і доповненнями [11];

2. Ненормативні укази, у яких визначено коло осіб, на яких поширюється дія акта, статус дії за територією є локальним, а за часом – обмеженим. Це укази Президента про прийняття до громадянства України чи припинення громадянства України, про надання політичного притулку, про присвоєння класних чинів, рангів, почесних звань, про помилування, про нагородження державними нагородами; президентськими відзнаками тощо. Ненормативний (правозастосовний) указ являє собою форму виразу владних повноважень Президента з конкретних питань, розрахований на одноразову реалізацію і завжди персоніфікований.

Президентом також можуть видаватися так звані комплексні укази, які містять як нормативні, так і індивідуальні приписи. Наприклад, Указом Президента України "Про Положення про Постійного представника Президента України у Конституційному Суді України" від 22. 05. 1998 р. № 504/98 затверджено Положення про Постійного представника Президента України у

Конституційному Суді України, а також дано доручення Главі колишньої Адміністрації Президента України, який обіймав цю посаду на момент видання Указу, затвердити у тижневий строк структуру, штатну чисельність та Положення про апарат Постійного представника Президента України у Конституційному Суді України [12].

Під розпорядженнями пропонується розуміти владний акт Президента, виданий у межах його компетенції, що має обов'язкову силу для фізичних та юридичних осіб, яким його адресовано. Розпорядження можуть бути тривалої дії, а можуть мати разові наслідки для конкретного виконавця. Це організаційно-оперативні акти, які мають допоміжне значення в правовому регулюванні діяльності глави держави [13, с. 16].

Отже, аналіз правової природи та юридичної сили актів Президента України дає підстави зробити висновок про те, що джерелами конституційного права України є акти Президента України, видані у формі нормативних указів.

Історія функціонування указу як форми виразу норми права сягає часів дореволюційної Росії, де мали місце акти царського веління. У період існування Радянського Союзу правом видавати укази володіли президії Верховних Рад республік, що входили до СРСР. Окрім того, в СРСР існувала звичаєва практика затвердження законів указами.

Отже, указ у вітчизняній правовій практиці протягом останніх століть розглядався як форма, за допомогою якої можна було оперативно, в разі відсутності законодавчого регулювання, упорядкувати на високому правовому рівні основні питання суспільного життя.

У перші роки незалежності України укази Президента відіграли вирішальне значення для оформлення та розбудови нашої держави. Протягом 1991-1997 рр. ними визначався розвиток багатьох сфер суспільного і державного життя: державно-правового будівництва, економіки, підприємництва, питання боротьби з корупцією, соціальні питання тощо.

Відповідно до пункту 4 Перехідних положень Конституції України, Президент України протягом трьох років після набуття чинності Конституцією України мав право видавати схвалені Кабінетом Міністрів України і скріплені підписом Прем'єр-міністра України укази з економічних питань, не врегульованих законами, з одночасним поданням відповідного законопроекту до Верховної Ради України в порядку, встановленому статтею 93 Конституції (тобто в порядку законодавчої ініціативи). Такий указ Президента України вступав в дію, якщо протягом тридцяти календарних днів з дня подання законопроекту (за винятком днів міжсесійного періоду) Верховна Рада України не прийме закон або не відхилить поданий законопроект більшістю від її конституційного складу, і діяв до набрання чинності законом, прийнятим Верховною Радою України з цих питань. Президентом України було зроблено спроби реалізувати це право в 145 випадках, однак набули чинності лише 74 з таких указів [14, с. 254].

Укази Президента України є актами підзаконного характеру. Ця теза підтверджується низкою норм Конституції України. Так, відповідно до статті 75 Конституції України, єдиним органом законодавчої влади в Україні є парламент - Верховна Рада України; частина 3 статті 113 Основного Закону встановлює, що Кабінет Міністрів України у своїй діяльності керується Конституцією та законами України, а також указами Президента України та постановами Верховної Ради України, прийнятими відповідно до Конституції та законів України.

Про важливе місце указів глави держави в системі нормативно-правових актів свідчить і положення частини 3 статті 106 Конституції України, відповідно до якого укази Президента України є обов'язковими до виконання на території України, а також положення частини 7 статті 107 Конституції України, відповідно до якого рішення Ради національної безпеки і оборони України вводяться в дію указами Президента України.

В ієрархії нормативно-правових актів укази Президента України мають вищу юридичну силу, ніж постанови та розпорядження Уряду. Це підтверджується, по-перше, змістом уже цитованої вище частини 3 статті 113 Конституції України, а, по-друге, положенням пункту 15 частини 1 статті 106 Конституції України, відповідно до якого Президент України зупиняє дію актів Кабінету Міністрів України з мотивів невідповідності Конституції України з одночасним зверненням до Конституційного Суду України щодо їх конституційності.

Важливим для нормотворчої діяльності Верховної Ради України і Президента України є питання про розмежування предмета закону і нормативного указу Президента. Конституція України не обмежує останнього переліком питань, з яких він має право видавати акти, здійснюючи правове регулювання. Проте, з іншого боку, стаття 92 Конституції України окреслює коло найважливіших питань, правове регулювання яких має визначатися та встановлюватися виключно законами України. Тому обмеження

нормотворчої компетенції глави держави полягає у тому, що він не може видавати укази з питань, які вже регламентовані законом чи щодо яких Конституція містить прямі вказівки про те, що вони повинні бути регламентовані законом.

Водночас такий висновок потребує суттєвого уточнення. Якщо брати до уваги підзаконний характер актів Президента, а також те, що Конституція не містить вичерпних критеріїв розмежування повноважень у правотворчій діяльності Верховної Ради, Президента й Уряду, то предмет і сфера "указного" регулювання в конкретній сфері повинні базуватися на компетенції Президента, яка визначена перш за все в розділі V Конституції України – "Президент України". Більш раціональним виглядає прийняття парламентом нехай навіть фрагментарного закону (за пропозицією Президента чи Уряду), ніж випереджувальне видання Президентом аналогічного за змістом указу. Це пояснюється тим, що процес розроблення, обговорення і прийняття законів побудований на більш демократичних засадах, ніж видання будь-якого іншого правового акта.

Набрання чинності окремими указами Президента України Основним Законом України пов'язується із проходженням ними процедури контрасигнування (контрасигнатури), тобто спеціального посвідчення акта глави держави з боку інших посадових осіб. Процедура контрасигнації передбачає, що акти Президента стають обов'язковими лише за умови скріплення їх підписами відповідних посадових осіб виконавчої влади (прем'єр-міністра чи міністра, відповідального за акт та його виконання).

Інститут контрасигнування досить поширений у світовій конституційній практиці. Наприклад, у Франції акти Президента Республіки, за невеликим виключенням, скріплюються підписом прем'єр-міністра, а у випадку необхідності – відповідними міністрами [15]. Подібні положення містяться в конституціях Австрії [16] та Італії [17].

Акти Президента України, видані в межах повноважень, передбачених пунктами 5, 18, 21, 23 частини 1 статті 106 Конституції, скріплюються підписами Прем'єр-міністра України і міністра, відповідального за акт та його виконання. При цьому слід звернути увагу на те, що до прийняття Закону України "Про внесення змін до Конституції України" від 08. 12. 2004 р. [18] коло повноважень Президента України, у межах яких видавалися акти глави держави, що підлягали контрасигнуванню, було значно ширшим. Зважаючи на зміст повноважень Президента України, видання указів по реалізації яких потребуватиме контрасигнування, такі укази Президента України матимуть, в основному, ненормативний характер.

Різноманітність указів Президента України зумовлює необхідність їх класифікації.

Так, Горбунова Л. М. пропонує виділяти: укази виконавчого характеру, що визначають порядок практичної реалізації конституційних законів; директивні укази, що містять доручення Уряду та іншим органам виконавчої влади; програмно-політичні укази, що видаються з метою реалізації основних напрямків внутрішньої та зовнішньої політики [19, с. 75].

За предметом правового регулювання пропонується виділяти, зокрема, нормативно-правові укази Президента України: у сфері державного будівництва; (наприклад, Указ Президента України "Про склад Кабінету Міністрів України" від 15. 12. 1999 р. № 1574/99, зі змінами і доповненнями [20], Указ Президента України "Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні" від 22. 07. 1998 р. № 810/98, зі змінами і доповненнями [21]); у сфері захисту конституційних прав і свобод громадян (наприклад, Указ Президента України "Про заходи щодо дальшого зміцнення правопорядку, охорони прав і свобод громадян" від 18. 02. 2002 р., № 143/2002, зі змінами і доповненнями [22]); у сфері оборони і національної безпеки (наприклад, Указ Президента України "Про заходи щодо подальшого зміцнення обороноздатності держави" від 06.12.2001 р. № 1195/2001 [23]); у сфері боротьби зі злочинністю, корупцією, правопорушеннями (наприклад, Указ Президента України "Про невідкладні додаткові заходи щодо посилення боротьби з організованою злочинністю і корупцією" від 06. 02. 2003 р. № 84/2003 [24]). За предметом правового регулювання можна також виділяти укази Президента з питань: конституційного законодавства, компетенції органів місцевого самоврядування, законодавства про працю, пенсійного забезпечення, соціального страхування, фінансового права, у сферах науки, освіти і культури, зовнішньополітичної діяльності, в економічній сфері тощо.

Існують і інші критерії класифікації нормативних указів Президента. Так, акти глави держави можна поділити на ті, що видаються з метою реалізації внутрішніх і зовнішніх функцій держави; за часом здійснення вони можуть бути постійними або тимчасовими тощо.

Відповідно до пункту 2 частини 1 статті 106 Конституції України, Президент України звертається з посланнями до народу та із щоріч-

ними і позачерговими посланнями до Верховної Ради України про внутрішнє і зовнішнє становище України. Питання про юридичну силу та правову природу вказаних актів Президента є дискусійним у конституційній теорії та практиці. Погляди на вказане питання зводяться до наступних: послання – це нормативний акт, за своєю силою прирівняний до закону; послання – це офіційний документ, який не є нормативним актом обов'язковим для громадян і посадових осіб, оскільки не містить правової норми; президентські послання мають характер політичного акту з елементами розпорядчих функцій. Вони слугують орієнтиром законодавчої діяльності парламенту [25, с. 12].

Отже, значущість президентських послань є безспірною, оскільки вони, як і інші акти, спрямовані на врегулювання конкретних суспільних відносин, однак питання щодо їх юридичної сили потребує проведення самостійного ґрунтовного дослідження.

Окрім названих актів, Президент України має право вносити конституційні подання (статті 150, 151 Конституції України), підписує різного роду листи, запити тощо, які не є нормативно-правовими актами, а отже, не можуть визнаватися джерелами конституційного права.

Відповідно до абзацу другого пункту 1 частини 1 статті 150 Конституції України, вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність) актів Президента України належить до повноважень Конституційного Суду України. Вказаному положенню Конституції України дано офіційне тлумачення згідно з Рішенням Конституційного Суду України від 27. 03. 2002 р. № 7-рп/2002 [26], відповідно до якого перевірці на предмет конституційності Конституційним Судом України підлягають будь-які правові акти Президента України незалежно від того, мають вони нормативно-правовий чи індивідуально-правовий характер. У той же час вирішення питання про суперечність їх нормам законів (законність) має здійснюватися судами загальної юрисдикції України.

Висновки. Отже, акти Президента України, видані ним на виконання своїх конституційних повноважень, є підзаконними за своїм характером. При цьому джерелами конституційного права України серед актів Президента України є тільки його нормативні укази, які містять загальнообов'язкові правила поведінки, спрямовані на регулювання широкого кола суспільних відносин, розраховані на постійну або тривалу дію і спрямовані на невизначене коло суб'єктів.

З нашого погляду, з метою упорядкування системи правових актів, які видаються Президентом України, повинен бути прийнятий відповідний спеціальний закон або ж дане питання повинно закріплюватися у законі, присвяченому регулюванню правового статусу Президента України.

Список літератури

1. Проблема щодо юридичної природи актів Президента України піднімається, зокрема, у наступних працях: Агафонов С. А. Інститут Президента в системі державної влади України: Автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / КНУ імені Тараса Шевченка. - К., 2003; Бєлов Д. М. Порівняльно-правовий аналіз інституту президентства в Україні та Франції: Автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / КНУ імені Тараса Шевченка. - К., 2005; Бойко О. В. Інститут президентства в Україні і США (порівняльно-правовий аналіз): Автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / КНУ імені Тараса Шевченка. - К., 2004; Шатіло В. А. Теоретичні проблеми інституту президентства в Україні: Автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. - К., 2005; Плахотнюк Н. Г. Інститут президентства в Україні.-К.: Вид. дім "Максімус", 2004; Тодыка Ю. Н., Яворский В. Д. Президент Украины: конституционно-правовой статус. -Х.: Факт, 1999; Бурчак Ф. Г. Президент України.-К.: Ін Юре, 1997; Серьогіна С. Г. Теоретично-правові та організаційні засади функціонування інституту президентства в Україні. -Х.: Ксілон, 2001; Головатенко В. Правові акти Президента України: юридична природа, статус, функції // Право України.-2004.-№ 3.-С. 14-18; Погорілко В., Федоренко В. Джерела конституційного права України: поняття, види і система // Право України.-2002.-№ 3.-С. 8-16; Цоклан В. І. Класифікація сучасних джерел конституційного права України // Часопис Київського університету права.-2005.-№ 3.-С. 73-80.

2. Декларація про державний суверенітет України від 16. 07. 1990 р. // Голос України. - 06. 03. 1991.- № 45.

3. Закон УРСР "Про заснування поста Президента УРСР і внесення змін та доповнень до Конституції (Основного Закону) Української РСР" від 05. 07. 1991 р., зі змінами і доповненнями // Відомості Верховної Ради України, 1991, № 33, ст. 445.

4. Закон УРСР "Про Президента Української РСР" від 05. 07. 1991 р. // Відомості Верховної Ради України, 1991, № 33, ст. 446.

5. Закон УРСР "Про вибори Президента Української РСР" від 05. 07. 1991 р. // Відомості Верховної Ради України, 1991, № 33, ст. 447.

6. Закон України "Про внесення доповнення до Конституції (Основного Закону) України" від 21. 05. 1993 р. // Відомості Верховної Ради України, 1993, № 27, ст. 284.

7. Локк Дж. Два тракта о правлении. Кн. 2. // Локк Дж. Сочинения: В 3 т.: Пер. с англ. и лат. - М.: Мысль, 1988. - Т. 3 - С. 135 - 409.

8. Конституція України від 28. 06. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України, 1996, № 30, ст. 141

9. Головатенко В. Вказ. праця.-С. 14-17.

10. Указ Президента України "Питання організації виконання Закону України "Про громадянство України", в редакції від 27. 06. 2006 р. № 588/2006 // Урядовий кур'єр.-12. 07. 2006.-№ 127.-С. 5-12.

11. Указ Президента України "Про Положення про Держаний комітет України у справах національностей та міграції" від 19. 03. 2002 р. № 269/2002, зі змінами і доповненнями // Офіційний вісник України, 2002, № 12, ст. 560.

12. Указ Президента України "Про Положення про Постійного представника Президента України у Конституційному Суді України" від 22. 05. 1998 р. № 504/98 // Офіційний вісник України, 1998, № 21, ст. 758.

13. Головатенко В. Вказ. праця.-С. 14-17.

14. Коментар до Конституції України / Авер'ьянов В. Б., Бойко В. Ф., Борденюк В. І, Ворсінов Г. Т., Гринчишин В. А. та ін.-К.: Ін-т законодавства Верховної Ради України, 1998.

15. Конституция Французской Республики // Французская республика. Конституция и законодательные акты: Пер. с франц. // Под ред. Туманова В. А.-М.: Прогресс, 1989.

16. Конституция Республики Австрия // Австрийская республика: Конституция и законодательные акты // Под ред. и вступ. ст. Ильинского И. П.-М.: Прогресс, 1985.

17. Конституция Итальянской Республики // Италия: Конституция и законодательные акты // Под ред. Туманова В. А.-М.: Прогресс, 1988.

18. Закон України "Про внесення змін до Конституції України" від 08. 12. 2004 р. № 2222 - IV // Урядовий кур'єр.-10. 12. 2004.-№ 236.

19. Горбунова Л. М. Підзаконні нормативно-правові акти: організаційно-правові питання забезпечення законності. Дис. …канд. юрид. наук.-12.00.07.-К., 2005.

20. Указ Президента України "Про склад Кабінету Міністрів України" від 15. 12. 1999 р. № 1574/99, зі змінами і доповненнями // Офіційний вісник України, 1999, № 50, ст. 2436.

21. Указ Президента України "Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні" від 22. 07. 1998 р. № 810/98, зі змінами і доповненнями // Офіційний вісник України, 1999, № 21, ст. 943.

22. Указ Президента України "Про заходи щодо дальшого зміцнення правопорядку, охорони прав і свобод громадян" від 18. 02. 2002 р. № 143/2002, зі змінами і доповненнями // Офіційний вісник України, 2002, № 8, ст. 331.

23. Указ Президента України "Про заходи щодо подальшого зміцнення обороноздатності держави" від 06. 12. 2001 р. № 1195/2001 // Офіційний вісник України, 2001, № 50, ст. 2229.

24. Указ Президента України "Про невідкладні додаткові заходи щодо посилення боротьби з організованою злочинністю і корупцією" від 06. 02. 2003 р. № 84/2003 // Офіційний вісник України, 2003, № 6, ст. 228.

25. Колесников Е. В. Указ Президента как источник конституционного права России // Конституционное развитие России: Межвузовский научный сборник. Вып. 2. - Саратов, 1996. - С. 10-18.

Стаття надійшла до редколегії 16 березня 2006 року.
Рекомендована до опублікування у «Віснику» членом редколегії А.З.Георгіцою.

O.P.Vasilchenko

LEGAL ACTS OF THE UKRAINIAN PRESIDENT AS THE SOURCE OF THE UKRAINIAN CONSTITUTION LAW

Summary

The author analyzes problems of legal regulation of the acts of the Ukrainian President as the source of Ukrainian constitution law.

III. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО. ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

УДК 347.4

© 2006 р. **О.В. Гетманцев**
Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Чернівці

ДОСЛІДЖЕННЯ НІМЕЦЬКИХ ТА АВСТРІЙСЬКИХ ПРОЦЕСУАЛІСТІВ ТА ЇХ ВПЛИВ НА РОЗВИТОК НАУКИ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА В РОСІЇ В XIX СТ.

Постановка проблеми. Відмічаючи важливість та значимість науково-теоретичних досліджень ключових проблем науки цивільного процесуального права, слід зазначити, що на сьогоднішній день по основним базисним положенням теорії цивільного процесуального права відсутня єдність поглядів серед представників науки цивільного процесуального права. На наш погляд, причини цього кореняться в тих теоретичних розробках, які були започатковані ще в перших наукових дослідження процесуалістів середини XIX століття, які поступово розроблялися, обґрунтовувалися і доповнювалися новим змістом на протязі тривалого історичного шляху розвитку науки цивільного процесуального права. Аналіз історичних коренів становлення і розвитку науки цивільного процесуального права в середині XIX століття дасть можливість дослідити питання про те, які саме ідеї, концепції, погляди стали основою для зародження, становлення і розвитку науки цивільного процесуального права в Росії.

Метою дослідження є характеристика тієї сукупності теоретичних знань сформованих німецькими та австрійськими процесуалістами про поняття та сутність цивільного процесу, які здійснили вплив на розвиток концептуальних положень російських процесуалістів Росії в XIX.

Ступінь наукової розробки проблеми. Становлення і розвиток науки цивільного процесуального права в Росії, а пізніше і на території сучасної України, яка входила до складу російської імперії, датується періодом проведення судово – правової реформи в 1864 році. Саме в цей період формуються теоретичні дослідження які стали основою формування науки цивільного процесуального права. У сучасних підручниках по цивільному процесуальному праву, монографіях, наукових статтях, дисертаціях згадуються прізвища таких відомих представників науки цивільного процесуального права як Є.В. Васьковський, А.Х. Гольмстен, В.М. Гордон, Є.А. Нефедьєв, В.А. Рязановський, К.І. Малишев, Т.М. Яблочков та інші, які внесли вагомий внесок в розвиток науки цивільного процесуального права Росії в XIX столітті. З цього часу з'являється ціла низка підручників з цивільного процесу, коментарі до Статуту цивільного судочинства (1864р.), наукові статті. Відкривши підручники з цивільного процесуального права зазначених науковців можна побачити, що в основу більшості їх наукових розробок проблем цивільного процесу (поняття цивільного процесу, предмет, принципи, джерела, тощо) були покладені дослідження німецьких та австрійських процесуалістів Ваха (Wach), Енгельмана (Engelmann), Канштейна (Canstein), Бюлова (Bulow), Кьолера (Kohler), Планха (Planch), Швальбаха (Schwalbach) та інших. Як правило їх наукові теорії, погляди, ідеї та насамперед прізвища в сучасних наукових дослідженнях не згадується. Хоча вже в перших і наступних дослідженнях процесуалістів дореволюційного періоду присутні основні погляди німецьких та австрійських процесуалістів, здійснено аналіз їх теорій по різним питанням цивільного судочинства, наводяться їх цитати. Дана методика була властива майже всім російським процесуалістам дореволюційного періоду (до 1917 року). Дослідження здійснювалося в двох напрямках : підтримання і доповнення концепції або її критичний аналіз з протиставленням власних поглядів. Такі підходи були спрямовані на формування російської науки цивільного процесуального права, заснованої на російському цивільному законодавстві. Вивчати зарубіжний досвід було традиційно прийнято в науці цивільного процесуального права.

Виклад основного матеріалу. Серед основних питань, які стали предметом дискусійних обговорень в науці цивільного процесуального права можна виділити проблему про поняття і сутність цивільного процесу, а також про його будову. Важливим у цьому напрямку дослідження стала робота німецького процесуаліста – професора Оскара Бюлова під назвою „Вчення про процеса-

льні заперечення і процесуальні припущення", яка була видана в 1868 році в Німеччині [9].

На сьогоднішній день, загальновизнаним є те, що саме О. Бюлов детально розвинув теорію цивільних процесуальних відношень і застосував її до вирішення деяких процесуальних питань: про сутність цивільного процесу; про процесуальні права та обов'язки, процесуальні дії суду та сторін; про процесуальну співучасть; про суб`єктів процесу тощо. Він вперше звернув увагу на те, що в основі вирішення питання про поняття процесуального відношення повинно бути покладено уявлення про процес, як єдине, цілісне явище [6, с.24].

Основу теорії О. Бюлова складав тезіс, що „процес – це юридичне відношення" [7, с.82-83]. Це основне положення теорії О. Бюлова пояснювалося ним через права та обов'язки, якими процесуальне право наділяє сторін і суд у їх взаємних відносинах. Звідси робився висновок, що процес – це співвідношення таких прав та обов'язків, тобто це юридичне відношення [1, с.682].

Цивільний процес, за теорією О.Бюлова, з одного боку - це цілісне юридичне відношення, з іншого - це сукупність процесуальний дій. В цілому процес, на його думку, це юридичне відношення, яке постійно розвивається, рухається, переходить у своєму розвитку від однієї стадії до іншої і знаходиться в такому динамічному стані аж до вирішення справи.

Такому відношенню властива певна мета - захистити матеріальне відношення. Нарешті, О.Бюлов вважав, що це відношення є публічно-правовим, оскільки процесуальне право визначає права та обов'язки суду і сторін у їх взаємовідносинах. Тому, він розглядав процес у якому існує два юридичних відношення : 1) між судом і позивачем і 2) між судом і відповідачем.

Між сторонами, на його думку, процесуальних відносин не виникає, тому що по відношенню один до одного сторони не мають процесуальних прав та обов'язків. По відношенні до суду сторони мають лише права, а суд по відношенню до сторін лише обов'язки. Дана конструкція лягла надалі в основу якщо не всіх, то майже більшості подальших наукових досліджень з цивільного процесу [3, с.7; 5, с.72].

Отже, процес – це юридичне відношення, основу якого становлять, відношення взаємних процесуальних прав та обов`язків, які належать суду та сторонам. Це одна з характерних ознак процесу як юридичного відношення в теорії О. Бюлова. Звідси робився висновок, що цивільний процес за своєю внутрішньою будовою є поєднанням двосторонніх відносин, а оскільки суд є обов'язковим суб'єктом у кожному такому відношенні, то ці два відношення "суд-позивач", "суд-відповідач" утворюють єдине ціле. Процес набуває внутрішньої єдності.

Процесуальне відношення О.Бюлов будував за принципом зобов`язального відношення. На це вказувало те, що він намагався бачити в процесі елементи приватноправового відношення, а саме взаємні права сторін та обов`язки суду. Якщо процес є юридичним правовідношенням, стверджував О.Бюлов, то тим самим для науки цивільного процесу постають такі завдання, які з давніх часів постають і вирішуються по відношенню до інших правовідносин: при наявності яких умов (припущень) виникає цивільний процес. Для виділення таких умов потрібно на думку О. Бюлова вирішити ряд питань, а саме: між якими суб'єктами таке відношення може виникнути; відносно якого предмету; які дії та події необхідні для його виникнення; хто вправі вчиняти такі дії. Відповіді на ці питання дали можливість О.Бюлову сформувати групу умов виникнення процесуальних відносин, а значить і процесу в цілому. Цю групу становили умови, які засновані на законі і до яких автор відносив: 1) підсудність; 2) процесуальну здатність сторони; 3) легітимацію повіреного (представника); 4) наявність предмета судового розгляду (спору); 5) дотримання правил оформлення позовного прохання. Ці процесуальні правила були названі О.Бюловим „припущеннями". При цьому відсутність однієї з умов є на його думку перешкодою для виникнення процесу. Окрім того, ці умови давали можливість визначити конституїтивні елементи кожного процесуального відношення, а саме: 1) між якими особами виникають процесуальні відносини; 2) відносно якого предмету; 3) через які дії; 4) коли може виникнути процес [7, с.85].

Варто зазначити, що О.Бюлов вперше в науці цивільного процесуального права обґрунтував необхідність виділення умов виникнення цивільних процесуальних відносин, правда називаючи їх «припущення процесу». На той час це було значним кроком вперед, оскільки до нього на це не зверталося уваги. На думку самого О.Бюлова «... для цивільного процесуального права знайдена досить корисна точка зору ..., яка дасть можливість кинути більш глибокий погляд на будову всього судочинства, з`ясувати сутність багатьох окремих процесуальних явищ, які потребують пояснення» [7, с.85]. Слід зазначити, що подібна точка зору була раніше знайдена для цивільного і кримінального права, де першому

було відомо умови виникнення цивільного правовідношення, іншому - склад злочину.

Виділення умов («припущень») виникнення цивільних процесуальних відносин мало не лише теоретичне, а й практичне значення, оскільки це давало можливість з виникненням процесу вирішити питання про розподіл обов`язку по доказуванню між позивачем і відповідачем (тяжущими). О.Бюлов вважав, що такий обов`язок повинен бути розподілений порівну між сторонами. Основою такого розмежування повинні бути факти, які слугують підставою або перешкодою для виникнення процесу. Особливої уваги О.Бюлов приділяв у своїх дослідженнях фактам, які є перешкодою для виникнення процесу. Такі факти (умови) він поділяв на дві групи : 1) обставини, при наявності яких процес не може виникнути взагалі; 2) обставини, які можуть бути усунені в процесі розгляду справи [2, с.30]. Питання про наявність або відсутність таких умов повинні вирішуватися лише судом. Тут О.Бюлов висловлювався категорично. Обгрунтуванням цього положення слугував, на його думку, публічно – правовий характер цивільного процесу, у якому суд „зобов'язаний здійснювати нагляд за тим, щоб не було недоліків у „припущеннях процесу" [7, с.89]. Але одночасно він вважав, що сторони вправі повідомляти суд про недоліки в умовах виникнення процесу. При цьому О.Бюлов не допускав можливість оформлення такої заяви у формі заперечення. На його думку заперечення можуть стосуватися лише фактів матеріального характеру, про які саме лише відповідач, як не заінтересована особа у виникненні процесу, може формувати у вигляді посилань на факти та докази.

Дослідження О.Бюлова були вагомим внеском в науку цивільного процесуального права, підвищило значення цієї науки. Корні цієї теорії походять з романської середньовічної юриспруденції, які знайшли новий розвиток у німецьких правових теоріях. Одним із видатних процесуалістів кінця XIX ст. можна вважати німецького вченого Оскара Бюлова, який сконцентрував увагу на більш загальних проблемах цивільного процесу і дав можливість завдяки своїй теорії дати відповідь на багато проблемних питань. В теорії цивільного процесуального права з`явився «Бюловський напрямок». У цьому напрямку було багато послідовників, які розвивали цю теорію, доповнювали її новими положеннями. За словами Є.О. Нефедьєва теорія О.Бюлова дала можливість вирішити багато спірних питань цивільного процесу – вона стала вихідним пунктом для дослідження сутності цивільного процесу [7, с.81].

Під впливом теорії Бюлова розвивали свої теорії німецькі та австрійські процесуалісти Канштейн (Canstein R.F.), Шультце (Schultze), Швальбах (Schwaltach), Вах (Wach a.), Дрехслер (Drechsler), Кьолер (Kohler J.), Планх (Planch I.W) та інші, а також російські процесуалісти Є.О. Нефедьєв, В.М. Гордон, Ю.С. Гамбаров, А.Х. Гольмстен, Н.А. Гредескул, Є.В. Васьковський та інші. Але не зважаючи на те, що теорія О.Бюлова лягла в основу теоретичних досліджень більшості процесуалістів того періоду, все ж таки ніхто із його послідовників не прийняли теорію О.Бюлова в чистому вигляді – всі послідовники допускали відхилення від тих чи інших положень цієї теорії і при цьому такі відхилення були суттєвими [7, с.81-82]. Так, австрійський процесуаліст Канштейн прийняв основне положення теорії О.Бюлова, що "Процес є відношенням", а також те, процес має подвійну природу: з однієї сторони – це правовідношення, а з іншої сторони - це рухомий процес. Основні положення Канштейна, які розкривають на його думку сутність цивільного процесу, зводилися до наступних: 1) цивільний процес - це провадження, яке складається з слідуючих одне за одним, змінюючи одне одного процесуальних дій сторін, суду; 2) процес – це взаємні відношення сторін із судом, змістом яких є засновані на законі права та обов'язки; 3) цивільний процес – це правовідношення, яке частково є публічно – правовим, та частково приватно – правовим (між сторонами процесуальних відносин не існує); 4) цивільний процес знаходиться в постійному русі; 5) підставою виникнення процесу є пред'явлення позову, основу якого становить правовий спір [7, с.91-92]. Як видно більшість цих основних положень подібні до поглядів О.Бюлова. Пояснення Канштейна стосовно сутності цивільного процесу в порівнянні з теорією О.Бюлова мали не суттєві розбіжності. Насамперед, це стосувалося включенням Канштейном до цивільного процесу, як юридичного відношення, відносин між сторонами (приватно – правові відносини) і приватного спору, у якості складових його елементів; момент виникнення процесу ототожнювався з моментом виникнення правового спору. Останнє положення було піддано серйозній критиці з боку німецьких (Drechsler) так і російських вчених (Нефедьєв Є.О.), які вважали, що потрібно розмежовувати „початок процесу" від „початку спору", оскільки на їх думку, кожен правовий спір може передбачати процес, але не кожен процес

передбачає спір [7, с.96]. Тобто, на наш погляд, і Дрехслер, а пізніше і Є.О. Нефедьєв, обґрунтували можливість розгляду в цивільному процесі так званої безспірної категорії цивільних справ. Надалі Канштейн змінив свою думку стосовно моменту виникнення цивільного процесу і пов'язав цей момент з пред'явленням позову, викликом в суд відповідача і оспорюванням останнім позовних претензій. Прийняття претензій від позивача є на його думку тією підставою яка дає поштовх до розвитку всього цивільного процесу по конкретній справі. Саме позов визначає мету і напрямок руху всього процесу. При цьому, незалежно від того скільки виникає процесуальних відношень, процес по своїй суті залишається єдиним. Важливим на наш погляд є виділення професором Канштейном такої особливості процесуального відношення як те, що воно має свою кінцеву мету – розгляд і вирішення справи.

Інші німецькі процесуалісти, серед яких можна назвати Швальбаха, Шультце, Ваха, Кьолера та інших, також прийняли основне положення О.Бюлова, що процес – це юридичне відношення, яке має свої умови виникнення, існування та припинення, але по різному підходили до обґрунтування цього твердження. Так, Швальбах вважав не потрібним пояснювати природу такого відношення, а також характеризувати умови його виникнення. Цивільний процес, як юридичне відношення, повинен характеризуватися як сукупність окремих різноманітних відношень, які виникають між тяжущими (сторонами), так і окремо між кожним тяжущимся із судом. Це положення дещо відступало від теорії О.Бюлова. Єдність процесу, Швальбах вбачав у „підпорядкованості сторін закону та суду", де останній виступає органом примусу до вчинення сторонами певних процесуальних дій, під загрозою настання для них небажаних наслідків.

Отже, Швальбах в основі процесу – юридичного відношення вбачав три відношення, які виникають між сторонами (тяжущими), а також які виникають окремо з кожним тяжущим (стороною) і судом. Зв'язуючим елементом таких відносин виступає суд, який наділяється владними повноваженнями.

Ідея про обов'язкову участь в процесуальних відносинах суду і про наділення його владними повноваженнями були надалі взяті за основу наукових поглядів російським процесуалістом Є.О. Нефедьєвим, який виступив проти "бюловського" напрямку, відстоюючи положення про необмежену владу суду в цивільному процесі.

У своїх наукових дослідженнях німецький процесуаліст Адольф Вах (A. Wach) цивільний процес розглядав з двох позицій – це юридичне відношення і це юридичний факт (подія), яка заснована на життєвих явищах, врегульованих нормами закону. Тобто, в основі процесу були покладені дії, як прояв волі сторін, суду і дії, які не залежали від волі (смерть особи, втрата дієздатності тощо). На думку А.Ваха, до таких фактів, які складають основу юридичного відношення (процесу) не повинні відноситися дії свідків, експертів, тому, що їх поведінка залежить від поведінки сторін і суду. Основне призначення процесуальної поведінки – реалізація прав та обов'язків, як матеріальних так і процесуальних [14, с.17-86]. В даному випадку було виділено нерозривний зв'язок прав і обов'язків з процесуальними діями (поведінкою). Це положення надалі лягло в основу концепції про зміст цивільних процесуальних відносин.

А.Вах виникнення, розвиток і завершенням процесуальних дій ставив в залежність від мети процесу, яку зводив до права на позов і обов'язку захистити це право. Якщо перше належало сторонам, то останнє суду.

Прогресивним, на наш погляд, є поділ процесу на стадії: попереднє провадження; процес, метою якого є постановлення рішення; процес виконання [7, с.121-122]. Кожна з цих стадій має свою мету. Ці стадії складали єдиний процес, який утворювався з правових відносин між учасниками процесу. Підставою об'єднання процесу в єдине ціле, на думку А.Ваха, є мета процесу. Не дивлячись на це, теорія А.Ваха мала певні недоліки, а саме: не вказувалося про об'єкт правовідношення між учасниками процесу; не показано динаміку процесу – його розвиток по стадіям; не виділено ознаки (особливості) процесу – правовідношення. На це наголошував російський процесуаліст Є.О. Нефєдьєв .

Погляди інших німецьких та австрійських процесуалістів таких як Кьолер (Kohler), Лабанд (Laband), Дрехслер (Drechsler), та інші не співпадали з бюловською теорією лише по деяким положенням. Так, Лабанд вважав, що позов позивача пред'являється не до відповідача і до суду, а до держави [7, с.123-124], яка зобов'язана змусити відповідача виконати свій обов'язок. Кьолер, вважав, що в цивільному процесі відносини виникають лише між сторонами, в основу яких покладено заінтересованість останніх. Дрехслер цивільний процес розглядав як форму примусового здійснення цивільних прав за допомогою суду. Тобто, у наведених дослідженнях аспект робився

у сторону об'єктивного права, у якому передбачені права, що підлягають захисту. Тому сутність цивільного процесу зводилась до „судового застосування об'єктивного цивільного права з метою захисту приватно – правових інтересів" [1, с.8]. Надалі ці положення були сприйняті і розвинуті представниками російської школи цивільного процесуального права Є.О. Нефєдьєвим, А.Х. Гольмстеним.

Слід зауважити, що в німецькій та австрійській процесуальній науці були і противники теорії О.Бюлова. Серед таких апонентів можна назвати Планха (Planch)), Менгера (Menger), Шультце(Schultze). В основу своїх теорій зазначені науковці покладали різні обґрунтування, основу яких становив тезис про неможливість ототожнення цивільного процесу з юридичним відношенням в наслідок того, що сторони - це передбачувані учасники спору, оскільки чи дійсно між сторонами існує спір встановить суд, а отже між ними спірне відношення не може вважатися процесуальним (юридичним). Сторони лише виступають суб'єктами права (Планх); цивільний процес – це лише певна сукупність самостійних послідовно змінюючи одне одного процесуальних відношень, які не об'єднуються в єдине ціле (Менгер); цивільний процес – це лише комплекс угод (Шультце).

Спільним у наведених поглядах було намаганням у поняття цивільного процесу закласти особливості, які були притаманні трьом видам судочинства: позовному; охоронному; виконавчому. Але у зв'язку з тим, що у кожному виді провадження виконувалися судом різні функції, та враховуючи різнорідність справ кожного виду провадження, то кожен з видів провадження переслідує різну мету і характеризуються особливим суб'єктивним складом. Вказані погляди надалі були піддані критичній оцінці як такі „що характеризують або лише позовне і виконавче провадження або лише позовне" [1, с.8-9], тобто, як такі що враховують лише логічну сторону (тобто конкретизацію законодавства) і не враховують фактичну (встановлення відповідності цим нормам вимог громадян). Надалі Є.В. Васьковський пропонував взагалі відмовитися від спроб дати визначення цивільного процесу, оскільки на його думку таким визначенням неможливо охопити зміст існуючих у процесі трьох видів провадження [4, с.7-8].

Вчення німецьких та австрійських процесуалістів досить активно аналізувалися в російській літературі для того, щоб шляхом порівняння „з'ясувати значення, переваги і недоліки загальногерманського процесу" і це давало можливість для російських процесуалістів „розширити кругозір науки і вказати інші більш удосконалені форми процесу" [8, с.10]. Варто відзначити, що наукові погляди німецьких та австрійських процесуалістів мали досить серйозний вплив на формування і розвиток наукових поглядів російських процесуалістів, особливо з питань поняття та сутності процесу, його структури, завдань науки цивільного процесуального права, місця судової практики в системі джерел цивільного процесу тощо.

Важливим було виділення німецькими та австрійськими процесуалістами такої специфічної ознаки цивільного процесу як його „складний характер", тобто цивільний процес це „співвідношення складного та простих відношень" [14, с.36].

Висновки. В основу цивільного процесу німецькими та австрійськими, а надалі й російськими процесуалістами було покладено теоретико – практичну конструкцію: цивільний процес складається з певної сукупності простих відношень, які об'єднуються в єдине ціле, складне, багатосуб'єктне відношення завдяки меті процесу – визнання або невизнання цивільного права. Цивільний процес на їх думку, відноситься до сфери публічного права завдяки обов'язковій участі в цивільних процесуальних відносинах суду. Також вважалося, що цивільний процес виникає і припиняється при наявності певних умов, і процес постійно рухається та змінюється внаслідок реалізації учасниками процесу своїх процесуальних прав та обов'язків.

Дослідження німецьких, австрійських процесуалістів дало можливість глянути на цивільний процес не лише з практичної сторони, як сукупність дій, а й показати внутрішні зв'язки між суб'єктами процесу, показати його особливості виникнення, руху та припинення. Це перші спроби проникнути у сутність процесу шляхом наукового обґрунтування змісту процесуальних норм і поведінки учасників процесу.

У російській дореволюційній літературі теорія, що процес – це юридичне відношення, отримала досить широке визнання поширення

Список літератури

1. Васьковский Е.В. Курсь гражданкаго процесса.Т.1.-М.: Издание Бр. Башмаковыхь, 1913. – 688с.

2. Гетманцев О.В. Теорія О.Бюлова про поняття цивільних процесуальних відносин в кінці XIX на початку XX ст. // Науковий збірник

ЮІТАНГ. Серія „Актуальні проблеми правознавства”. – Вип.2. – Тернопіль, 2002. – С.28 -31.

3. Гольмстен А.Х. Учебникь русскаго гражданскаго судопроизводство. – С. - Петербургь, 1907. – 326с.

4. Гредескуль Н.А. К учению об осуществлении права. – Харьков, 1900.

5. Мальшев К. Курс гражданского судопроизводства. – Т.1. – СПб.,1874.

6. Нефедьев Е.А. Курс гражданского судопроизводства. Вып.1 – М: Университ.типогр. – 1902 -37с.

7. Нефедьев Е.А. Кь ученію о сущности гражданскаго процесса. Соучастіе вь гражданскомь процессь (соучастіе по ньмецкому и французскому праву). – Казань. Типография Императорского Университета,1891. – 231 с.

8. Нефедьев Е.А. Задача и елементы науки гражданскаго процесса.- Казань. Типография Императорского Университета, Издание 2. - 1883. - 22с.

9. Bülov Oskar. Die Lechre von den Processeinreden und die Processvorausset.-Zungen. - Berkin. -1868., 320S.

10. Canstein Roban Freiherr. Pas Civilprozessrecht,unter besonderer Berüchsichtigung der Rechtssprechung des obersten Gerichtshofes.2.H. - Berlin: Heymann, 1885., 708 S.

11. Engelmann A. Der Civilprocess Geschichte und System. I Bd. Allgemein Theil - Breslan, 1889. – 215 S.

12. Kohler, Jas. Prozessrechlliche Rorschungen. – Berlin,1889., 151 S.

13. Planch I.W. Űber die historische Methode aut dem Gebiet des deutschen Civilprozessrechts. Münhen,1889., 22 S; Planch I.W – Die Mehrheit der Rechtsstreitigheiten im Prozessrecht: Eutwichlung der prozessualischen Erscheinngen. – Göttingen: Dieterich,1844., 561 S.

14. Wach Adolf. Vortrage über die reichs – Civilprocessordnung, gehalten vor praktischen Juristen im Frunjahr 1879. – Bonn,1879.- 244 S.

Стаття надійшла до редколегії 29 січня 2006 року.
Рекомендована до опублікування у «Віснику» членом редколегії М.В.Никифораком.

O.V.Getmansev

RESEARCHES OF GERMAN AND AUSTRIAN SCIENTISTS IN REMEDIAL LAW AND THEIR IMPACT ON DEVELOPMENT OF THE SCIENCE OF CIVIL REMEDIAL LAW IN RUSSIA IN XIX CENTURY

Summary

In this article the scientific views of German and Austrian scientists in remedial law on the question about the essence of civil legal proceeding and their impact on formation and development of the science of civil remedial law in Russia in XIX century are analysed.

УДК 436

© 2006 р. **О.В. Руденко**
Чернівецький національний університет ім. Юрія Федьковича, Чернівці

УНІФІКАЦІЯ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА КРАЇН ЄС ЯК ПРАВОВА РЕФОРМА

Постановка проблеми. За своєю природою уніфікація міжнародного приватного права (МПрП) в Європейському Союзі (ЄС) є правовою реформою, орієнтири якої суттєво змінилися у зв'язку з досягненням «критичної маси» нормативного матеріалу європейського права в останні 5-10 років, та особливо в останні 3 чи 4 роки, якщо взяти до уваги дату і зміст Зеленої книги про перетворення Римської угоди 1980 р. про право, яке застосовується до договірних зобов'язань в інструмент Співтовариства, так само, як і про її актуалізацію[5].

Ці зміни в рамках європейського виміру (*dimension*) загалом і правового виміру, який полягає у створенні єдиного європейського правового простору в рамках широкої програми заходів з формування в Європі простору свободи, безпеки і права (*area of freedom, security and justice*), зокрема в частині не тільки реалізації принципу взаємного визнання і виконання судових рішень та аналогічного визнання публічних і приватних документів, які винесені або підготовлені в державах-членах ЄС, але й гарантування ефективного захисту у формі прийняття відповідних колізійних, матеріальних, процесуальних та норм щодо конфлікту юрисдикцій (конфліктних норм). Це все можливо в рамках формування європейської правової культури, інституціями якої стають мережа освітніх програм і загальноєвропейська мережа цивільних і торгових судів держав-членів ЄС. Так досягається політика сприяння формуванню внутрішнього ринку ЄС різними правовими засобами.

У результаті в останні роки створилася нова правова ситуація, яка полягає в тому, що джерелом уніформованого європейського МПрП (колізійного і конфліктного права) надалі стають не міжнародні угоди, які ухвалювалися, починаючи з 1968 р., на підставі ст. 293 (колишня ст. 220) Договору про заснування Європейського Співтовариства (ЄСт) (ДЗЄСт), а нормативні джерела, передбачені ст. 249 (колишня ст. 189 цього ж Договору), з перевагою такої форми, як регламенти, які є способом зближення правопорядків країн ЄС у сфері внутрішнього ринку (ст. 61 с) та ін. ДЗЄСт). Перенаправлення уваги зі ст. 293 (220) на 249 можна охарактеризувати як перехід від інтернаціоналізації до європеїзації МПрП в ЄС, яке за своєю суттю і походженням раніше було національним правом держав-членів ЄС.

У переплетінні проблем новим викликом, на який потрібно дати відповідь, є також складання когерентного (*coherent*) європейського матеріального приватного права, насамперед підготовка такого правового інструменту, як Загальна система координат (*Common Frame of Reference, CFR*), як реалізації офіційної політики ЄС, яка полягає в тому, що в третьому тисячолітті цілі та задачі, які стоять перед європейськими народами, можна ліпше досягнути за допомогою матеріально-правової, я не колізійно-правової уніфікації. Колізійна уніфікація в ЄС, отже, має зворотну сторону, як і уніфікація конфліктного права доповнюється уніфікацією у формі створення мінімальних стандартів у галузі загальноєвропейського цивільного процесуального права.

Ступінь наукової розробки проблеми. Стан дослідження проблеми уніфікації європейського МПрП у вітчизняній юридичній літературі не тільки не враховує констатовані вище тенденції розвитку найбільш сучасного європейського МПрП і приватного права, але й залишає поза увагою те, що було властивим у даній сфері 20-40 рр. тому. Для порівняння, захищена в Російській Федерації в 1992 р. кандидатська дисертація О.О. Маковської на тему „Уніфікація міжнародного приватного права в рамках Європейського Економічного Співтовариства" [2], написана під науковим керівництвом проф. М.М. Богуславського, само собою розуміється, не могла врахувати ті новели, які мають місце в останній час, і вирішує тільки проблеми, пов'язані із застосуванням ст. 220, редакція якої збережена нині у ст. 293 ДЗЄСт. Враховуючи те, що після 1992 р., об'єднана Європа пройшла шлях, який розпочинався в Парижі та Римі, від Маастрихту через Амстердам до Ніцци, а нині відбувається ратифікація Договору про ухвалення Конституції ЄС (Конституції ЄС), звичайно, потрібно врахувати не тільки дані факти, але й спрогнозувати, зокрема те, чи зможуть держави-члени ЄС прийти до ухвалення єдиних європейського цивільного кодексу (ЦК) та цивільного процесуального кодексу (ЦПК), які б створили умови для того,

що між згаданими країнами (*inter partes*) МПрП як колізійне право та право про конфлікт юрисдикцій та про визнання та виконання судових рішень (документів) перестало застосовуватися. Потребують також уточнення загальні положення щодо особливостей уніфікаційного процесу в ЄС. Захищені в останній час в Україні дисертації або стосуються окремих питань МПрП ЄС (наприклад, підсудності [4]), або європейського права в цілому [3], а не як права ЄС.

Отже, європейська інтеграція, яка призвела до того, що за минуле десятиліття європейське право затвердилось як загальновизнана(-ий) правова система (правопорядок) *sui generis*, яка(-ий) відіграє істотну роль у регулюванні суспільного життя громадян ЄС, з одного боку, а також політика добросусідства ЄС та України, з іншого, вимагає, на основі порівняльного аналізу, встановлення як давноіснуючих, так і новітніх особливостей еволюції європейського МПрП. Це стає ще більш актуальним у зв'язку з тим, що Україна, крім того, бажає стати повноправним членом цієї структури, а однією з передумов залучення до ЄС є адаптація внутрішнього приватного права, в т.ч. МПрП, України до законодавства ЄС, зокрема, на підставі ст. 51 Угоди про партнерство і співробітництво між Україною та Європейськими Співтовариствами (ЄСта) (УПС) та відповідних положень угоди, яка прийде їй на заміну.

В Німеччині та ін. країнах ЄС існують як дисертації, наприклад, А. Вебер „Успівтовариствнення міжнародного приватного права" (2004 р.) [6], так і, само собою зрозуміло [1, S. 97-101] , відповідні статті, які враховують найновіші досягнення на поприщі, яке аналізується в цій статті.

Отже, аналіз європейського МПрП дає можливість констатувати недостатній рівень дослідження будь-яких аспектів цієї правової системи у вітчизняній колізійній літературі. Водночас, у зарубіжний літературі – таких країн, як Франція, Німеччина, Англія тощо чи РФ – при досить великій кількості праць, відсутні такі наукові дослідження узагальнюючого та спеціального характеру, які б без застереження могли бути використані вітчизняною міжнародно-приватно-правовою доктриною, що зумовило, врешті-решт, актуальність вибору теми статті.

Мета та завдання статті. Метою роботи є загальна характеристика уніфікації норм МПрП в рамках ЄС як правової реформи. Для досягнення зазначеної мети було визначено таке завдання, як виявлення основних сучасних тенденцій розвитку МПрП у рамках ЄС з подальшою метою розробки на цій основі рекомендацій щодо удосконалення нормативно-правової бази України для гармонізації відносин з країнами-членами ЄС.

Виклад основного матеріалу дослідження. Відповідно до точки зору авторитетного німецького колізіоніста Г. Кегеля, правова уніфікація є не наукою, а реформою [1, S. 70, 71], тому, погоджуючись із даною кваліфікацією, за існуючою природою речей, уніфікацію МПрП ЄС, або, іншими словами, зведення європейського МПрП до єдиної форми чи нормативу, можна охарактеризувати як різновид правової реформи, що ґрунтується на певних юридичних цінностях та принципах, втілення в життя яких досягається засобами поліпшення, актуалізації, симпліфікації та ампліфікації, тобто спрощення і розширення, європейського права. Поряд із пошуком для єдиного європейського правового простору спільних понять і розв'язань суттєве значення в процесі реформи набуває уніфікація правової термінології, що можна вважати практичним початком складного за структурою процесу уодномаітнення європейського МПрП.

Загальновідомо, що єдиний європейський приватний правопорядок має досить складну структуру. Так, акцентуючи увагу на інтересах приватних осіб, по-перше, можна виділити а) європейський правопорядок загалом (ДЗЄСта, секундарне право), або, іншими словами, *супранаціональний правопорядок*, б) міжнародний правопорядок, який складається в рамках ЄС, який можна назвати *інтернаціональним правопорядком*, в) своєрідний правопорядок (*sui generis*), локалізований в кордонах ЄС, тобто такий правопорядок, який загалом прийнято називати «*soft law*», «*lex mercatoria*», «загальні принципи права» тощо, або, іншими словами, *транснаціональний правопорядок* та г) національні правопорядки держав-членів ЄС, які технічною юридичною мовою можна позначити як *інтранаціональні правопорядки*. Таким чином, прийнявши до уваги, що, з одного боку, супранаціональний європейський правопорядок будується на основі ст. 249 (189) ДЗЄСт у поєднанні з іншими статтями Договору, а інтернаціональний – ст. 293 (220) цього ж договору, а з іншого боку, що два останні правопорядки – транс- та інтраціональний – не завжди визнаються за складові елементи єдиного європейського приватного правопорядку, цей останній правопорядок може складатися в найбільш повному обсязі із чотирьох типів правопорядків: супра-, інтер-, транс- та інтранаціональний правопорядок. Це внутрішня форма європейського приватного права.

Це право в цілому та у визначених своїх складових знаходиться у зв'язку з трьома типами правопорядків, які формально не включаються до його складу, а саме: а) з інтернаціональним правопорядком, який складається поза рамками ЄС незалежно від того, чи є учасниками відповідних відносин держави-члени ЄС, б) транснаціональним правопорядком, який не обмежується європейським регіоном (ареалом ЄС) та в) інтранаціональними правопорядками держав, які не є членами ЄС.

Якщо прийняти до уваги, що МПрП покликане, в першу чергу, різними засобами, способами, методами, інструментами вирішувати колізії, які виникають між різними правовими норми, які в сукупності складають той чи інший згаданий вище правопорядок, – насамперед, але не тільки, колізії між національними правопорядками, – то, для ґрунтовного аналізу європейського МПрП, потрібно визначити, з одного боку, які правові колізії існують в ЄС та поза його межами, а з другого – які з них можна вирішити за допомогою уніфікації МПрП в ЄС.

У першому випадку, можна опиратися на класифікацію різновидів колізій правових норм (правопорядків), запропоновану Г. Кегелем: просторові, які розпадаються на інтернаціональні та інтерлокальні, персональні, темпоральні, ранжирні та предметні колізії [1, S. 48].

У межах єдиного європейського приватного права колізії між супранаціональним та інтранаціональним правом держав-членів ЄС будуть ранжирними, тобто колізіями між правопорядками з різною юридичною силою, причому один з них займає по відношенню до іншого верхній ранг, а інший, нижчий – останній має уступати, у разі суперечностей, першому. Ранжирними будуть також колізії між інтра- та транснаціональним правопорядками.

Колізії між інтранаціональними правопорядками держав-членів ЄС – які ми, тут і далі, називаємо класичними або основними колізіями, які є традиційним предметом як європейського, так і будь-якого іншого МПрП – будуть інтернаціональними, а, враховуючи федеративну структура деяких інтранаціональних правопорядків, – також інтерлокальними.

Предметними будуть колізії, які виникають у зв'язку з тим, що кожен із чотирьох згаданих вище правопорядків ділиться на три різновиди, а саме: а) приватний матеріальний правопорядок; б) колізійний правопорядок; в) цивільний (комерційний) процесуальний правопорядок, – у залежності від трьох відомих типів правових норм. Крім того, предметними можна вважати й колізії, які виникають у разі накопичення або нестачі однорідних правових норм, які б мали регулювати відносини з іноземним елементом.

Персональні колізії в рамках ЄС нині хоча й виникають, але при цьому потрібно враховувати, що на основі Маастрихтського договору з 1992 р. установлено єдине європейське громадянство. Темпоральні колізії можуть бути між кожним із перерахованих правопорядків.

Аналогічні 5 чи 6 типів колізій мають місце й тоді, коли відбувається зіткнення європейського правопорядку в запропонованому нами сенсі з міжнародним правопорядком у цілому чи національним правопорядком держави-нечлена ЄС. Крім того, тут можливі два роди колізій: а) колізії європейського приватного правопорядку як такого з інтер- та інтраправопорядками, та б) колізії, наприклад, між інтраправопорядком держави-члена ЄС і інтраправопорядком держави-нечлена ЄС, зокрема України.

Європейське МПрП нині має основним своїм завданням вирішення колізій, які виникають в рамках складної структури єдиного європейського приватного права. Водночас це право може вирішувати й колізії, які виходять за рамки ЄС: як такі, які виникають за участю ЄС в цілому, так і такі, коли одним із учасників є держава-член ЄС. При розв'язанні колізій в рамках ЄС і поза ними варто керуватися презумпцією про те, що способи і результати вирішення аналогічних проблем будуть відрізнятися. Цю презумпцію, однак, можна на практиці заперечити.

Охарактеризовані колізії теоретично можуть вирішуватися або загальноєвропейськими, або національними засобами. На практиці в рамках ЄС національні інструменти не використовується. Способом, який у такому разі залишається, є не що інше, як правова уніфікація в ш.с., обмежена кордонами ЄС, до складу якої входить уніфікація МПрП, яка призводить, врешті-решт, до виникнення європейського МПрП. Специфікою європейського МПрП є те, що воно є виключно уніформованим правом. Опосередковано європейське МПрП застосовується й поза ЄС, як правило, як уніформоване право, однак, в останньому випадку, національні ознаки європейського МПрП втрачаються не до кінця.

Тому потрібно спочатку визначити, що таке європейське МПрП, яка його структура. У вузькому сенсі – це колізійне право, яке має дати відповіді на всі п'ять чи шість колізійних питань: просторові (інтернаціональні та інтерлокальні), персональні, темпоральні, ранжирні та предмет-

ні. В ширшому сенсі, це право включає також норми європейського цивільного процесу і європейського комерційного арбітражу. Отже, це право має дати відповідь ще й на питання про конфлікт юрисдикцій та про те, як визнаються та виконуються іноземні судові рішення, та на деякі інші питання. В найширшому сенсі, європейське МПрП охоплює (поряд із двома згаданими складовими до того часу, коли будуть створені єдині європейські ЦК та ЦПК), і норми приватного матеріального та процесуального права.

Узявши до уваги кваліфікацію європейського МПрП як виключно уніфікованого, або уніформованого, відповіддю на друге, поставлене вище, питання про те, які колізії можна вирішити за допомогою уніфікації МПрП в ЄС, має бути твердження: всі зазначені колізії вирішуються за допомогою уніфікації МПрП у ш.с. в ЄС, яке має три складові, а звідси – і три предмети уніфікації: колізійний, процесуальний і матеріальний, при цьому середній – як у рамках європейського міжнародного цивільного процесу, так і в рамках створення єдиного європейського ЦПК.

Проаналізувавши зміст ст. 249 (189) та поєднаних з статей та ст. 293 (220) ДЗЄСт, про які детальніше йдеться нижче, можна стверджувати, що уніфікація європейського МПрП відбувається на основі двох принципів, які умовно можна назвати принципом апроксимації (або асимптоти) (принцип А I) і принципом амальгамації (принцип А II). В першому випадку, на основі ч. 3 ст. 249 (189) ДЗЄС, уніфікація МПрП відбувається шляхом прийняття директив так, що право різних країн-членів ЄС тільки постійно наближається одне до одного, але не зливається повністю, тобто не стає уніформним. Застосування і тлумачення відповідних положень європейського приватного права, в т.ч. європейського МПрП, тобто їх імплементація в національні правопорядки, має бути директивноконформною або, іншими словами, відповідати цілям і завданням, які були визначені директивою. Право, сформоване на основі директиви залишається неуніформованим, точніше недоуніформованим, оскільки способи трансформації директиви самостійно визначається державою-членом ЄС і можуть на практиці відрізнятися в різних країнах.

На основі ч. 2 ст. 249 (189) та ст. 293 (220) ДЗЄСт, уніфікація шляхом прийняття регламентів, у першому випадку, або регіональних (європейських) угод, у другому – може призвести до повного злиття правового регулювання.

Таким чином, в залежності від мети, яка стоїть перед країнами ЄС, уніфікація МПрП може бути досягнута на основі двох принципів: або часткового або повного злиття чи зближення (апроксимації) правового матеріалу.

Зазначені два принципи уніфікації МПрП в ЄС із застереженням визначають два напрямки або орієнтири уодноманітнення європейського МПрП. Один напрямок (орієнтир) можна назвати інтернаціоналізацією, а другий – європеїзацією МПрП в ЄС. Інтернаціоналізації відбувається на основі ст. 293 (220) разом з іншими статтями ДЗЄСт, а європеїзація – ст. 249 (189) цього ж договору. Застереження полягає в тому, що якщо інтернаціоналізація МПрП в основному відбувається на основі принципу амальгамації (А II), то європеїзація – на основі як принципу амальгамації (А II), тоді, коли йдеться про таке джерело європейського права, як регламент і асимптоти (А I), у разі, коли таким джерелом стає директива.

Як підсумок, узявши до уваги нашу сформульовану позицію щодо структури єдиного європейського приватного правопорядку, колізії правопорядків, предмета, двох принципів і двох орієнтирів уніфікації європейського МПрП, можна запропонувати загальне визначення поняття уніфікації МПрП в ЄС, яким ми далі керуємося при аналізі того чи іншого спеціального питання.

Уніфікація МПрП в ЄС – це процес правової реформи, яка, ґрунтуючись на принципах повного або часткового зближення (апроксимації) європейського приватного колізійного, конфліктного, матеріального та процесуального права, орієнтується на інтернаціоналізацію або європеїзацію МПрП в межах держав-членів ЄС.

Висновки. По-перше, враховуючи зміни, які відбулися в європейському праві (Амстердамський від 1997 р. та Ніццький від 2002 р. Договори), варто прийняти до уваги, що якщо до Амстердамського Договору від 1997 р. уніфікація МПрП, по-перше, відбувалася у формі інтеруніфікації на основі ст. 220 ДЗЄСт, то після 1997 р. уніфікація відбувається у формі супрауніфікації на основі ст. 249 (колишньої 189) у поєднанні зі ст. 61 ДЗЄСт з одночасною поступовою відмовою від інтеруніфікації на основі ст. 293 (колишньої 220) ДЗЄСт. Коротко сучасну тенденцію розвитку МПрП в ЄС можна охарактеризувати як поступовий перехід від інтернаціоналізації (на основі ст. 293 (220)) до європеїзації (на основі ст. 249 (189)) в поєднанні зі ст. 61 та деякими іншими статтями ДЗЄСт). Останнє також означає, що якщо до 1997 р. єдиним джерелом уніфікації МПрП була міжнародна угода, то після цієї дати стандартним джерелом уніфікації стає регламент.

По-друге, спільним знаменником як для, з одного боку, інтернаціоналізації, так, з іншого боку, європеїзації МПрП є офіційна політика ЄС взаємного визнання, в першу чергу, судових рішень, а в ш.с. – опосередковано й іноземних правопорядків, з тією лише відмінністю, що раніше йшлося про створення спільного ринку, а нині про створення внутрішнього ринку в ЄС.

По-третє, зважаючи на приватноправову природу колізійних і конфліктних норм, яка проявляється в тому, що ці два типи норм є зворотною стороною матеріальних і процесуальних норм приватного права, починаючи з 2003 р. відбувається переорієнтація з уніфікації матеріального приватного права на уніфікацію колізійного права, з одного боку, та в замороженому стані залишається уніфікація єдиного європейського процесуального права, що має своїм наслідком розвиток європейського міжнародного цивільного процесуального права (конфліктного права).

Зважаючи на події, які характерні для розвитку уніфікації приватного права в ЄС після 2003 р., у першу чергу, опираючись на відмову від створення європейського цивільного кодексу (ЦК) та стагнацію процесу створення єдиного європейського цивільного процесуального кодексу (ЦПК), необхідно відзначити позитивну тенденцію, відповідно до якої європейському МПрП у в.с. та т.с., тобто європейському колізійному та конфліктному праву, нічого нині в ЄС не загрожує. Це, зокрема, проявляється в тому, що в рамках політики взаємного визнання доповненнями до конфліктних Регламентів-Брюссель I та Брюссель III є проекти колізійних Регламентів Рим I, II та III.

Додатковим аргументом щодо позитивної тенденції розвитку європейського традиційного МПрП є той факт, що починаючи з 2001 р. створення когерентного договірного права в ЄС має відбуватися у формі Загальної системи координат, які якщо вони будуть створені в запропонований строк до 2009 р., будуть застосовуватися або на основі їх вільного вибору (*Opt-in-Рішення*) або на основі *Opt-out*-Рішення. Обидва рішення є різновидом застосування традиційних колізійних норм МПрП, особливо перше рішення, яке ґрунтується на основі колізійного принципу *lex voluntatis.*

Перспектива досліджень. Загальне поняття уніфікації як правової реформи може уточнюватися шляхом акцентування уваги на конкретних питаннях цього процесу, крім того, уніфікацію можна розглядати й з іншого погляду: з позиції внутрішньої структури цього поняття.

Список літератури

1. **Бібліографія: Internationales Privatrecht:** ein Studienbuch / von Gerhard Kegel und Klaus Schurig. – 8., neubearb. Aufl. – München: Beck, 2000. – S. 48-193.
2. **Маковская А.А.** Унификация международного частного права в рамках Европейского экономического сообщества: Дис… канд. юрид. наук: 12.00.03 / РАН, Ин-т гос-ва и права. – М., 1992. – 180 с.
3. **Теуш С.К.** Приватноправові конвенції Ради Європи: Автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київськ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. − К., 2003. – 22 с.
4. **Черняк Ю. В.** Інститут підсудності в міжнародному приватному праві країн Європейського Союзу та України: Автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київськ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. − К., 2006. – 20 с.
5. **COM**(2002) 654 final. Опубліковано 14.1.2003.
6. **Weber A.** Die Vergemeinschaftung des internationalen Privatrechts // Juristische Reihe TENEA/www.jurawelt.com; Bd. 68. Zugleich Europa-Universitat Viadrina Frankfurt (Oder), Dissertation 2004.

Стаття надійшла до редколегії 14 березня 2006 року.
Рекомендована до опублікування у «Віснику» членом редколегії М.В.Никифораком.

O.V. Rudenko

UNIFICATION OF INTERNATIONAL PRIVATE LAW OF THE EU COUNTRIES AS A LEGAL REFORM

Summary

Unification of international private law in the EU from the point of coherent, that's unity and mutual coordination of the process of simplification and amplification of that law, is analyzed in this article.

УДК 347.4

© 2006 р. **Ю.П. Пацурківський**
Чернівецький національний університет ім. Юрія Федьковича, Чернівці

РОЛЬ ІНТЕРЕСІВ ПРИ ВСТАНОВЛЕННІ МЕЖ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ

Постановка проблеми. Процес реформування українського законодавства, пов'язаний із гармонізацією публічно-правових та приватноправових засад, насамперед стосується відносин власності. Уявлення про право власності як абсолютне і необмежене право на сьогодні вже не актуальне. Про це свідчить введення до нового ЦК України норм про речові права на чуже майно, та норм які встановлюють межі права власності. Цей факт викликав необхідність переосмислення сутності сучасного права власності в цілому, а також вироблення нових підходів до розуміння правового феномену меж, що впливають на його реалізацію.

Справедливим є твердження згідно якого ніщо не здійснюється повз людські інтереси, адже саме життя людини є досягненням цілей, вибір яких залежить від її інтересів [22, с.10]. Взаємодію механізму цивільно-правового регулювання власності з реальними суспільними відносинами неможливо встановити без всебічного вивчення категорії інтересу, адже для правильного застосування юридичних конструкцій в реальному житті слід мати чітке уявлення про те, яку роль відіграє інтерес при встановленні меж права власності. Визначення меж права власності та його змісту, а також умов його реалізації є об'єктивною потребою будь-якої правової держави. З цього приводу П.М. Рабінович цілком спрведливо зазначає – у всі часи боротьба йшла не стільки за права, скільки за їх межі [26, с.8]. Розумно встановлені межі, що враховують взаємні інтереси власника й третіх осіб, дозволяють уникнути соціальної напруженості й конфліктів у суспільстві. Дослідженню питання про чинники, які призводять до встановлення меж права власності в вітчизняній цивілістиці практично не приділялося уваги. Внаслідок цього цілий спектр вагомих чинників та механізмів, засад та підстав, способів та засобів, покликаних стримувати власника в його абсолютизованих правомочностях, залишився поза межами досліджень, чим і зумовлюється актуальність цієї статті.

Ступінь наукової розробки проблеми. Проблема визначення меж у здійсненні будь-якого права органічно випливає з юридичного закріплення визначення цивільних прав і свобод [12, с.63]. На законодавчому рівні юридичне визначення свободи було вперше зафіксоване в ст. 4 французької Декларації прав людини і громадянина 1789 року: "Свобода полягає в можливості вчиняти все, що не шкодить іншому: таким чином, здійснення природних прав кожної особи обмежене лише тими межами, що забезпечують іншим членам суспільства ці ж права" [14, с.135].

На монографічному рівні проблема меж права власності була досліджена наприкінці XIX - на початку XX століть В.І. Курдіновським [17] згідно діючого на той час цивільного законодавства. Слід зауважити, що дослідженню окремих аспектів меж та обмежень права власності приділяли увагу в своїх роботах відомі цивілісти дореволюційного періоду К.Анненков [4], Е.В.Васьковський [7], Д.И. Мейер [20], І.А.Покровський [24], Г.Ф. Шершенєвич [32] та ін. Як справедливо відзначав на початку двадцятого століття В.І.Курдіновський, „питання про межі й обмеження права власності, ледь розглянуте у західно-європейській юридичній літературі, залишається невирішеним і в нас" [17, с.5] .

У післяжовтневий період ця проблема практично випала з поля зору цивілістичної науки. У радянський період дослідженням інституту власності в більшій мірі займалися економісти. Це було обумовлено провідними позиціями, які займала серед марксистсько-ленінських гуманітарних наук політична економія. Серед цивілістичних досліджень того періоду проблеми меж здійснення права власності розроблялися В.П.Грибановим [9]. Однак, слід зауважити, що ці дослідження не могли вийти за рамки теорії державної соціалістичної власності, що базувалася на ідеях К.Маркса, Ф.Енгельса, В.І.Леніна, які виключали різноманітність й рівність всіх форм власності й заперечували приватну власність, а тому не могли в повній мірі дослідити справжню сутність відносин власності у всій багатоманітності її проявів.

Окремі теоретичні й прикладні аспекти проблеми встановлення меж як елемента правового регулюванні суспільних відносин у період формування правової держави та розбудови ринкової економіки досліджувалися С.С.Алексєєвим [3], В.П.Камишанським [12], К.І.Скловським [28], Е.О.Сухановим [30], Л.В.Щенніковою [34] та ін.

В розробках цих дослідників згаданий недолік до певної міри усунуто. Відзначимо, що вищезгадані дослідники в основному зосереджували свою увагу на розширенні меж і захисту прав, прав і законних інтересів власника. Через цю обставину, на сьогодні в цивілістиці бракує досліджень, які б аналізували як проблеми визначення правової природи меж права власності так і проблеми підстав встановлення меж права власності з метою всебічного забезпечення інтересів суспільства та окремої особи.

Категорія інтересу завжди викликала значний інтерес дослідників правознавців і була об'єктом дослідження представники різних правових наук. Теоретики права [19, с.121-131, 340-345] зосереджували увагу на визначенні природи інтересу, його видів (і насамперед законного інтересу), ролі інтересів у праві, включаючи й вплив на формування суб'єктивних прав. Розробкою цієї проблеми зацікавилися й цивілісти [16, с.20-24; 31, с.14-15]. Останнім часом стали з'являтись комплексні дослідження, проведені за спільної участі провідних економістів, юристів, соціологів [6, с.210-218], що забезпечило системний підхід до визначення природи складної категорії інтересів та їх ролі, функцій у сучасному житті різного роду соціальних утворень - від підприємницьких товариств, як основних учасників майнового обігу до господарських систем в межах всієї держави, а також взаємодію інтересів держав в економічній сфері на міжнародному рівні. Серед цих праць варто виділити дослідження проведене С.В.Михайловим, який у своїй монографії [22, 205с.] з'ясовує правовому природу категорії інтересу та його прояви в цивільному праві. Водночас залишаються не достатньо дослідженими питання правового забезпечення інтересів конкретної особи і суспільства та реалізації інтересів в окремих інститутах цивільного права. Триває дискусія з приводу визначення ролі інтересів при встановленні меж та обмежень права власності, а також проблем взаємодії та пріоритету реалізації приватних та публічних інтересів в правовідносинах власності.

Мета статті. Автор ставить перед собою завдання проаналізувати ступінь наукової розробки проблеми, дослідити інтерес як основний чинник який впливає на встановлення меж права власності, встановити ступінь впливу інтересів на встановлення меж права власності щодо приватної та публічної власності, визначити спільні та відмінні риси.

Виклад основного матеріалу дослідження. Інтерес є важливим елементом характеристики права власності [22, с.3]. Найбільш чітко теорія інтересу була розроблена Р.Ієрингом, який вбачав завдання права в забезпеченні інтересу і дійшов висновку, що суб'єктивне право — це юридично захищений інтерес. У цілому ж право, на його думку, існує „для того, щоб служити інтересам і цілям цивільного обороту” [11, с.129].

При визначенні місця і ролі інтересу в цивільному правовідношенні Р.Ієринг відзначав, що кожне суб’єктивне цивільне право існує для того, щоб надавати людині певне майнове чи немайнове благо, яке служить меті задоволення його потреб. Через цю обставину мета встановлення кожного суб’єктивного права -- це певне благо або вигода. З уявленнями про благо пов’язано поняття вартості та інтересу. В цьому контексті вартість визначає міру придатності блага, а інтерес ставить в залежність вартість в співвідношенням з цілями та становищем людини [10, с.153].

Інтереси впливають і на об’єктивне право, яке надає суб’єктам права юридичні засоби для реалізації інтересів в конкретних відносинах. Слід погодитися з позицією Г.Ф.Шерешеневич, який стверджував: „необхідно визнати той факт, що право існує постільки, поскільки існує боротьба інтересів” [33, с.83]. Враховуючи свої інтереси, люди вступають у певні відносини між собою, а тому саме з формуванням і усвідомленням суб’єктами своїх інтересів виникає необхідність в правовому регулюванні [29, с.47].

На думку А.В.Венедиктова, сутність права власності полягає в тому, що носій цього права діє у своєму інтересі. При цьому особливого значення набуває саме мета, оскільки інтерес є тим спонукальним мотивом для встановлення правовідносин, що в свою чергу призводить до досягнення суб’єктом певної мети – набути право [8, с.42]. Суб'єктивне право, на думку дослідника, визначається комбінацією волі й інтересу з різними ухилами в той чи інший бік залежно від конкретного суб'єктивного права. Зауважимо, що основоположник комбінаційної теорії Еллінек вважав, що суб'єктивне право є визнане і захищене правопорядком панування людської волі, спрямоване на благо або інтерес [33, с.38]. Звідси випливає, що інтерес є самостійним поняттям, не тотожним з суб'єктивним правом, який виступає його передумовою і метою.

Абсолютний характер права власності, закріплений у законодавствах країн Європи 19 ст. зазнав істотних змін в 20 ст. – на початку 21 ст. До нашого часу основний сенс існування інституту права власності, вбачали в звичайному роз-

поділі матеріальних благ і не приділяли особливу увагу їхньому використанню [35, с.263]. За такого підходу власник міг довільно знищувати своє майно та практично безмежно ним розпоряджатися. З розвитком суспільного виробництва та з розширенням кола об'єктів власності увага дослідників зосередилася не лише на питаннях володіння майном, а й саме на питаннях користування й розпорядження ним. Зазначимо, що сьогодні суспільству вже не байдуже яким чином використовуються природні об'єкти, майнові комплекси із правами юридичної особи з погляду державної безпеки, навколишнього природного середовища, інтересів трудового колективу й т.д. У зв'язку із цим межі права власності істотно розширюються.

Природні межі права власності, на нашу думку, припускають наявність юридично забезпеченої можливості власника вчиняти будь-які правомірні дії по володінню, користуванню й розпорядженню об'єктами власності. Зокрема, в Цивільному кодексі України визначено, що особи вільно, на свій розсуд здійснюють приналежні права (ст.12 ЦКУ). Такий принципово новий підхід заснований на Конституції України, яка гарантує кожному право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю [1, Ст.41]. Згідно ст.319 ЦКУ власник володіє, користується, розпоряджається своїм майном на власний розсуд. Власник має право вчиняти щодо свого майна будь-які дії, які не суперечать закону. Тобто право власності, як і будь-яке інше суб'єктивне право, є мірою можливої поведінки власника. Слід зауважити, що право власності, як і будь-яке інше право має певні межі. З приводу цього В.П.Грибанов зазначав, що „межі - невід'ємна властивість кожного суб'єктивного права, тому що при відсутності таких меж право перетворюється у свою протилежність - у свавілля й взагалі перестає бути правом" [9, с.18]. Ці межі можна назвати природними межами права власності або межами здійснення права власності. З цього приводу В.В. Мерк улов цілком справедливо зазначає, що „обсяг і межі права власності значною мірою визначають зміст цивільної правосуб'єктності, що, у свою чергу, створює необхідні умови для набуття та реалізації різних суб'єктивних прав" [21, с.119].

Однією з передумов існування меж гарантованого законом права власності виступає необхідність захисту прав і законних інтересів третіх осіб від недобросовісних дій власника. Слід погодитися з німецьким юристом Зоммом який стверджував про те, що право власності має соціальний характер, що проявляється в забороні використання власності у формі шикани: „Це - Дамоклів меч, що висить над власністю" [8, с.260]. Саме цей факт викликає необхідність державного регулювання відносин власності і здійснення контролю за діями власника. Право власності зобов'язує власника керуватися у своїх діях не тільки власними інтересами, але і враховувати інтереси суспільства. Як справедливо відзначив Ричард Пайпс: "поняття суспільного блага заслуговує уваги і поваги"[23, с.300]. Визначення меж права власності, його змісту, а також умов його реалізації є об'єктивною потребою будь-якої правової держави. Розумно встановлені межі, що враховують взаємні інтереси власника і третіх осіб, дозволяють уникати соціальної напруженості і конфліктів у суспільстві. Критерієм для встановлення співвідношення цих взаємовиключаючих інтересів можна вважати норму, яка закріплена в ч.3 ст.13 Конституції України: "Власність зобов'язує. Власність не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству" та ч.7 ст.41 Конституції України, в якій зазначено "використання власності не може завдавати шкоди правам, свободам і гідності громадян, інтересам суспільства" [1, Ст.ст.13, 41]. З цього приводу Я.М.Шевченко стверджує: "положення про те, що власність зобов'язує наперед визначає становище власника стосовно інших осіб і суспільства: власник повинен не лише здобувати блага від володіння власністю, а й нести тягар обов'язків – як, скажімо, тягар утримання майна, ризик його випадкового знищення або пошкодження, дбати, щоб майно не завдавало шкоди іншим особам. Щодо обов'язку власника не використовувати власність на шкоду людині і суспільству, то закладення такого обов'язку в Конституцію не означає обмеження права власності, а є лише встановленням закономірних меж для його змісту і для його здійснення" [13, с.171]. Вимога закону до власника враховувати права третіх осіб може виступати межею, або обмеженням права [12, с.64-65]. Таку вимогу слід вважати межею права власності, за умови, що вона не припускає можливості невласника втручатися в сферу юридичного панування власника. Так, наприклад, в ч.2 ст.13 нового Цивільного кодексу України встановлена норма про те, що "при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині". Частина 5 ст.319 нового Цивільного кодексу України визначає, що "власник не може використовувати право власності на

шкоду правам, свободам і гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію та природні якості землі".

Метою встановлення меж права власності є охорона прав і законних інтересів всіх інших осіб та суспільства в цілому від недобросовісних дій власника. Ця мета служить забезпеченню належного ставлення і поваги до прав інших і задоволення справедливих вимог моралі, суспільного порядку і загального добробуту в суспільстві, захисту основ конституційного ладу, охорони довкілля, недопущенню зловживання правом діями осіб, здійснюваними винятково з наміром заподіяти шкоду іншій особі, а також використанням цивільних прав з метою обмеження конкуренції і зловживання домінуючим становищем на ринку.

Принципово важливими при встановленні меж права власності є наступні засади – забезпечення суспільних та приватних інтересів; здійснення прав на майно відповідно до його призначення; додержання правил етики ділових взаємовідносин; урахування необхідності охорони навколишнього природного середовища; недопущення монополістичної діяльності й обмеження конкуренції. Власник зобов'язаний здійснювати своє право в інтересах усіх громадян, і жодною мірою не має право посягати на суспільні інтереси [18, с.235]. При реалізації права власності із врахуванням і публічних і приватних інтересів виникають два протилежні полюси: „влада занадто велика — необмежена, неконтрольована і довільна; влада занадто мала, піддана численним суспільним впливам і не спроможна виконувати відповідні організаційні функції" [5, с.88]. Такий підхід передбачає боротьбу протилежностей, а тому є принципово неприпустимим. Потрібно використовувати гармонійне поєднання приватних і публічних прав та інтересів. Саме із врахуванням цієї обставини слід сьогодні розуміти вплив інтересів на встановлення меж, який полягає в взаємній обумовленості меж права власності приватними інтересами власників і публічними інтересами суспільних утворень. Питання забезпечення такої гармонії інтересів особистості й держави – це питання взаємного обмеження їхніх прав [12, с.27]. Теорії дослідників, які розвивали вчення Ж-Ж Руссо в дусі його „Суспільного договору", вимагали все віддати державі [27, с.4]. У свою чергу, вчення, що базуються на доктринах Адама Сміта та Бентама, вимагають усе віддати особистості. Розв'язання цього протиріччя полягає в пошуку та установленні меж між особистістю й державою. При відсутності таких меж мова може йти тільки про безмежну волю однієї сторони й повне придушення волі іншої.

Варто зазначити, що для досягнення мети цього дослідження важливим є розуміння інтересу як загальновизнаного критерію поділу права на приватне і публічне [15, с.17]. Внаслідок цього, саме інтерес зумовлює встановлення меж права власності у цих двох сферах. При цьому важливим є взаємозв'язок публічних і приватних інтересів, який впливає, в свою чергу, на взаємодію норм публічного і приватного права [25, с.14-32]. Обидва види норм служать безпосередньо або опосередковано інтересам окремих приватних осіб. Саме звідси виникає зв'язок між межами права власності, встановлюваними для задоволення як публічного, так і в кінцевому результаті приватного інтересу.

Інший аспект впливу інтересів на встановлення меж права власності слідує з правовідносин спільної власності, в яких може виникати конфлікт приватних інтересів. Майно може належати декільком особам на праві спільної власності [2, Ст.355]. У цьому випадку право власності кожного власника поширюється на всю річ. Спільна власність може бути частковою та сумісною. При частковій власності між співвласниками ділиться не річ, а право власності на цю річ. Такої позиції дотримувалися римські юристи. У зв'язку із цим Г.Дернбург писав: „Тут, зрозуміло, мова йде не про поділ різних функцій права власності співвласниками; це суперечило б римському поняттю власності. Право власності ділиться між співучасниками не за своєму змісту, а за обсягом". Інститут спільної власності поєднує, з одного боку, індивідуальні права та інтереси співвласників, а з іншого боку - права всіх співвласників у їх сукупності. Окремі співвласники можуть бути обмежені у своїх правах в інтересах всіх інших співвласників. Наприклад, при відчуженні спільного майна співвласники користуються переважним правом купівлі відчужуваної частки. Кожен із співвласників може володіти й користуватися спільним майно. При цьому він обмежений у своїх діях тим, що зобов'язаний враховувати права й законні інтереси інших співвласників. Таким чином, гарантоване законом право власності має свої межі які обумовлені необхідністю гарантування та захисту прав третіх осіб і суспільства в цілому від недобросовісних дій власника. Цією обставиною обумовлена потреба в державному регулюванні відносин власності та здійснені контролю за діями власника. Крім того, необхідно виробити й закріпити в законі критерії для розуміння засад

добросовісності й розумності, які впливають на реалізацію суб'єктами права власності.

Висновки. Процеси перебудови суспільства, зміни в економіці України, що відбуваються з початку 90-х років минулого сторіччя, значною мірою вплинули на сучасне розуміння права власності. Становлення нових економічних відносин на ринкових засадах, розвиток підприємництва, проголошення рівноправності усіх власників позначилися на розумінні права власності як найбільш широкого та абсолютного майнового права, яке здійснюється із врахуванням інтересів інших власників та публічних інтересів. Роль інтересів на встановлення меж права власності виявляється в їх нерозривному зв'язку з самим правом власності, сучасна правова природа якого й зумовлює необхідність існування його меж.

Відносини між власником і іншими суб'єктами з приводу речей виявляють стан зрілості всього суспільства, здатності до співіснування в ньому численних осіб і самообмеження. Це і повинно забезпечувати систему взаємних обмежень і баланс інтересів власника, третіх осіб та суспільства в цілому. З одного боку, право стримує притаманний власникові егоїзм і прагнення до абсолютної волі при використанні свого майна, а з іншого – для невласників характерне невтручання в сферу юридичного панування власника над річчю. Тому право визначає в першу чергу дії власника і механізм їх здійснення.

При здійсненні права власності формування волі власника відбувається під впливом як об'єктивних, так і суб'єктивних чинників, що зумовлюють й різні інтереси осіб. Вирішальне значення мають об'єктивні чинники, тому що звички людей, їхні схильності, настрої, бажання тощо формулюються під впливом об'єктивних умов їхнього життя. Саме вони формують інтереси осіб. Інтерес пов'язує власника з його майном. У разі втрати інтересу до майна власник може припинити своє право на нього. Але він має бути обізнаний про ті межі, в яких виявляється його інтерес, щоб виходити з них при обранні способів і засобів реалізації інтересу за допомогою здійснення свого права.

Список літератури

1. Конституція України: Прийнята Верховною Радою 28 червня 1996 року // ВВР України. - №30. – ст.141.
2. Цивільний Кодекс України: Прийнятий 16 січня 2003р. – К.: Істина, 2003.
3. Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М., 1989
4. Анненков К Система русского гражданского права. Т.2. Второе издание. – Спб.,1900
5. Баллестрем К.Г. Власть и мораль // Философские науки. - 1991. - № 8. - С. 88 – 101. – С. 88.
6. Васильєв А.С., Мучник А.Г. Законодательная защита социальных интересов как способ управления економикой // Ринкова економіка: сучасна теорія і практика управління. – Т.2: Зб. Наук. Праць. – Одесса: Астропринт 1999. – с.210-218
7. Васьковский Е.В. Учебник гражданского права Т.2 Спб., 1896
8. Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. - М.; Л.: Изд-во АН СССР, 1948.- 839 с.
9. Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. – М., 1972
10. Иеринг Р. Интерес и право. Ярославль, 1880.
11. Иеринг Р. Об основании защиты владения: Пересмотр учения о владении. - М.: Тип. А.И. Мамонтова, 1883. - 179 с.
12. Камышанский В. П. Право собственности: пределы и ограничения. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2000. — 303 с.
13. Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. Проф.. А.Довгерта. – К.: Український центр правничих студій, 2000.
14. Конституции зарубежных государств. Учебное пособие. 2-е изд., исправ. и доп. — М.: Издательство БЕК.
15. Крупчан О.Д. Методологічні підходи до проблеми взаємозв'язку приватного та публічного права // Методологія приватного права: 36. наук, праць (за матеріалами наук.-теорет. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.) / Ред.:О.Д. Крупчан та ін. - К.: Юрінком Інтер, 2003.
16. Кузнецова Н.С. Кодекс гражданского общества // Новий Цивільний кодекс України -- основний інструмент формування громадянського суспільства в Україні та трансформації її правової системи. Збірник статей та матеріалів. – К., 1997. – с. 20-24.
17. Курдиновский В.И. К учению о легальных ограничениях права собственности на недвижимость в России. - Одесса, 1899. Курдиновский В.И. Об ограничениях права собственности на недвижимое имущество по закону. (По русскому праву). - Одесса, 1904.
18. Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности: Пер. с франц. — М.: Прогресс — Универс, 1993. – 258 с.
19. Малько О.В. Законный интерес как

правовая категория // Вопросы теории государства и права. – Саратов 1986. – с.121-131; Проблемы теории государства и права. Учебное пособие. – М.: ПРОСПЕКТ, 1999. – с.340-345

20. Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2-х ч. Ч.2) По испр. И доп. 8-му узд. 1902., 1997.

21. Меркулов В.В. Гражданско-правовой договор в механизме регулирования товарно-денежных отношений / Монография. — Рязань: РВШ МВД РФ, 1994.

22. Михайлов С.В. Категория интереса в российском гражданском праве. – М.: Статут, 2002. – 205с.

23. Пайпс Р. Собственность и свобода. – М.: «Московская Школа Политических Исследований», 2000.

24. Покровський И.А. Спаведливость, усмотрение и судебная опека. – Киев, 1901.

25. Рабінович П.М. Приватне право і публічне право як загальносоціальні явища та як легалізовані терміно-поняття // Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. 29-30 квітня 2004 р., м.Харків. - К.: Академія правових наук України, НДІ приватного права і підприємництва, НДІ інтелектуальної власності, Національна юридична академія ім.Ярослава Мудрого, 2004. - с. 14-32.

26. Рабінович П. М. Межі здійснення прав людини (загальнотеоретичний аспект) // Вісник Академії правових наук України. — 1996. — № 6.

27. Руссо Ж.Ж. Об общественном договоре. Трактаты / Пер. с фр. - М.: «КАНОН-пресс», «Кучково поле», 1998. с.213. (Малая серия «CIVITAS TERRENA: Социальная теория, политика и право» в серии «Публикации Центра Фундаментальной Социологии»).

28. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. Учебно-практическое пособие. – М., 1999.

29. Степанян В.В. Выражение интересов общества и личности в социалистическом праве (механизм структура, функционирование). Ереван, 1983.

30. Суханов Е.А. Лекции о праве собственности. – М., 1991.

31. Шевченко Я.М. Актуальні проблеми застосування цивільного права в умовах сучасних суспільних відносин // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління і права. – 2002. – с.14-15.

32. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.) . – М., 1995

33. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. – Вып. III. – По испр. у и доп. 8-му изд., 1911. - М.: Изд. ЛГУ, 1968. – 805 с.

34. Щенникова Л.В. Вещные права в гражданском праве России. – М.: „БЕК”, 1996.

35. Hedemann. Sachenrecht des Burgerlichen Gesetzbuches. 1924. S. 61-65. Цит. по: Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. Академия наук СССР. М.;Л., 1948.

Стаття надійшла до редколегії 19 січня 2006 року.
Рекомендована до опублікування у «Віснику» членом редколегії А.А.Козловським.

U.P.Patsurkivskij

THE FUNCTION OF INTERESTS IN THE ESTABLISHING THE RESTRICTIONS IN THE PROPERTY RIGHTS

Summary

The question of influence of interests on the establishing the restrictions in the property rights is studied in the article. The question of influence of private and public interests on the property rights` restrictions is considered. The problems of overlapping the interests in the establishing the restrictions in the property rights are studied.

УДК 347.4

© 2006 р. **В.В. Лисенко**
Львівський національний університет імені Івана Франка, Львів

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ПОРУШЕННЯ УМОВ ДОГОВОРУ МІНИ

Постановка проблеми. Інститут цивільно-правової відповідальності загалом побудований на принципі диспозитивності. Тобто, застосування засобів відповідальності тих чи інших засобів впливу до правопорушника залежить від потерпілої сторони і вирішується на підставі відповідних умов договору з дотриманням вимог чинного законодавства і є правом, а не обов'язком суб'єктів зобов'язальних правовідносин. Дане положення має не лише теоретичний, а й практичний аспект. Оскільки неоднозначне розуміння норм законодавства щодо виконання договору міни, застосування цивільно-правового впливу на учасників зобов'язальних правовідносин зазвичай призводить до неправильного встановлення міри відповідальності у разі порушення зобов'язання. Вищезазначене і вказує на актуальність дослідження.

Ступінь наукової розробки проблеми. Розгляду питання невиконання зобов'язань за договором міни приділяли увагу такі вчені: Брагінський М.І., Вітрянський В.В., Грибанов В.П., Пугинський Б.І., Бондар Т.В., Верховець А.А., Печений О.П., Сарбаш С.В. Однак, незважаючи на існуючі праці, постає нагальна потреба у дослідженні інститут цивільно-правової відповідальності, як одного з засобів гармонізації зобов'язальних відносин, що буде мати значення в процесі застосування на практиці.

Мета статті. Автор ставить перед собою завдання проаналізувати співвідношення нормативного регулювання правових наслідків невиконання зобов'язання або його виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання у договірних відносинах.

Виклад основного матеріалу. Проголошення в Конституції України принципу рівноправ'я різних форм власності, що створило реальні умови існування приватної власності та призвело до збільшення кількості власників, а як наслідок і цивільних та господарських відносин безумовно є позитивним досягненням. Однак в умовах збільшення активності у цивільно-правовій сфері суспільних відносин особливо гостро постає проблема нестабільності договірних правовідносин, і, відповідно, виникає потреба у отриманні додаткових гарантій належного виконання зобов'язань.

Правовий інститут забезпечення виконання забов'язань склався ще за часів римського права, що беззаперечно свідчить про те, що однією з актуальних проблем цивільних правовідносин була і залишається їх стабільність, а відповідно, і захищеність прав та інтересів учасників.

Одним з основних постулатів побудови концепції права на захист у цивільному законодавстві є положення про те, що кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання (ст. 15 ЦК України).

У розвиток цього положення ст. 16 ЦК України встановила досить широкий перелік способів захисту цивільних прав та інтересів судом, переважна більшість з яких може використовуватися для захисту учасниками договірних правовідносин. До таких способів захисту, прямо передбачених ЦК, можна віднести: визнання правочину недійсним; відновлення становища, яке існувало до порушення; примусове виконання обов'язку в натурі; зміна правовідношення; припинення правовідношення; відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; відшкодування моральної шкоди.

Застосування зазначених засобів захисту, у разі неналежного виконання обов'язків за договором міни, тягне для винної сторони настання певних несприятливих правових наслідків.

У двосторонніх договорах кожна зі сторін повинна виконати зобов'язання на користь іншої сторони. Відповідно кожна сторона є одночасно боржником, і кредитором протилежної сторони. Як справедливо зазначає С.Сарбаш, „з економічної точки зору, надаючи одне майнове благо в обмін на інше майнове благо від контрагента, учасник цивільного обігу, як правило, зацікавлений в тому, щоб різниця у часі між таким економічним обміном була мінімальною. Іншими словами, принцип відплатно-економічного обміну товарами об'єктивно обумовлює правило про одночасність чи одномоментність виконання сторонами своїх обов'язків. Але в реальному обігу досить важко зустріти одночасне виконання в абсолютному вигляді".

Справді, якщо мова йде про побутовий договір міни, де товар у буквальному вигляді передається із рук в руки одночасно, досягнення од-

номоментності виконання зобов'язання, яке випливає з цього договору, є реальним. Але як вже було зазначено, специфікою договору міни, особливо якщо його сторонами є суб'єкти підприємницької діяльності, є відсутність одномоментного обміну товарами (послугами). Між виконанням кожною із сторін зобов'язання проходить певний проміжок часу, окрім того, момент виконання стороною свого зобов'язання за договором не пов'язується з виникненням у неї права власності на товар, який вона повинна отримати.

Тому сторона, яка першою виконує своє зобов'язання за договором міни, несе ризик не отримати ані товар (роботи, послуги) в обмін на переданий товар (роботи, послуги), ані право власності на нього.

У разі спору щодо порушення договору міни, добросовісна сторона має право вимагати виконання боржником зобов'язання в натурі, а не повернення вартості переданого товару. В іншому випадку, матиме місце підміна договору міни договором купівлі-продажу, поставки тощо, в разі порушення якого, винна сторона повинна відшкодувати вартість отриманого товару. Як зазначає з цього приводу В.Вітрянський, „за договором міни, в принципі виключається як повернення майна, аналогічного отриманому, так і оплата його вартості, як це має місце в договорі позики чи купівлі-продажу".

Оскільки правова природа договору міни полягає в обміні товарами, повернення грошових коштів буде суперечити сутності міни і спеціальним правилам, які відрізняють цей вид договору від інших.

Цікавим з цього приводу є рішення, яке було прийнято арбітражним судом Російської Федерації. Так, акціонерне товариство передало підприємцю згідно з договором будівельні матеріали в обмін на продовольчі товари. Відповідач отримав товар, але зустрічного виконання щодо передачі майна не здійснив. Позивач звернувся до арбітражного суду з позовом про стягнення боргу в розмірі ціни проданого ним товару і процентів за прострочення виконання грошового зобов'язання. В позові було зазначено, що в межах виконаного укладений договір необхідно розглядати як договір купівлі-продажу. Невиконання підприємцем свого обов'язку означає, що він своєю бездіяльністю відмовився від договору міни і погодився на його зміну з виникненням грошового боргу.

При вирішенні спору по суті арбітражний суд виходив з того, що сторонами було укладено договір міни. Порушення боржником майнового зобов'язання, яке випливає з цього договору само по собі не призводить до заміни правовідношення сторін на нове грошове зобов'язання за договором купівлі-продажу. Договір міни за своїм змістом не складається з кількох виконаних правочинів з купівлі-продажу, він може бути змінений тільки за згодою сторін або за спеціальною вимогою однієї зі сторін.

Позову про зміну договору міни в арбітражний суд пред'явлено не було, угоди сторін щодо його зміни на договір купівлі-продажу сторонами також досягнуто не було. З огляду на це, вимога про стягнення коштів за товар була визнана юридично помилковою, а на користь позивача було стягнуто збитки, спричинені невиконанням зобов'язання, що випливає з договору міни. Водночас зазначимо, що виконання зобов'язання в натурі зовсім не виключає можливість притягти до відповідальності винну сторону за неналежне виконання договору.

Але на практиці не в усіх випадках можливо виконати зобов'язання в натурі. Причиною цього може бути як фізична неможливість надати товар (наприклад, через його загибель або відсутність, якщо договір міни укладався щодо товару, який підлягав створенню (придбанню, набуттю) стороною і, відповідно, не був створений), так і відсутність права володіння, користування, розпорядження ним (наприклад, передання його третій особі на підставі цивільно-правового договору).

При розв'язанні цього питання важливе значення має така обставина: родовими чи індивідуальними ознаками визначається товар, що підлягає передачі. В першому випадку, тобто коли товар має лише родові ознаки, він є замінним (ч. 2 ст. 184 ЦК України). Це має важливе значення, оскільки при неможливості виконати зобов'язання, що випливає з договору міни, в натурі щодо певного конкретного товару, зобов'язання можна виконати шляхом надання аналогічного товару того ж роду, ваги тощо.

Що стосується другого випадку, то тут цивільне законодавство України містить певні обмеження. По-перше, такий товар є незамінним (ч. 1 ст. 184 ЦК України). Тобто, у разі втрати, загибелі або його пошкодження неможливою є вимога про надання такого товару в натурі, можливим є лише відшкодування завданої шкоди.

По-друге, відповідно до ч.2 ст. 620 ЦК України, кредитор втрачає право на витребування у боржника речі, визначеної індивідуальними ознаками, у разі, якщо ця річ уже передана особі у власність або в користування.

Однією з особливостей договору міни є те,

що право власності на обмінювані товари переходить до сторін одночасно після виконання зобов'язань щодо передання майна обома сторонами (ч.4 ст. 715 ЦК України). Зазначена особливість створює сприятливі умови для недобросовісної сторони договору розпорядитися ще не переданим товаром. Тобто вона має можливість його відчужити чи надати в користування третім особам. Відповідно добросовісна сторона несе ризик не отримати товар, заради якого було укладено договір міни, і може розраховувати лише на відшкодування збитків, а не отримання вартості непереданого товару.

Недобросовісна сторона договору міни, будучи власником товару, який є предметом цього договору, має також можливість укласти щодо цього товару і кілька цивільно-правових договорів. У такій ситуації, згідно з ч. 3 ст. 620 ЦК України, якщо річ, визначену індивідуальними ознаками, ще не передано, переважне право на її одержання має той з кредиторів, зобов'язання на користь якого виникло раніше, а коли це неможливо, визначити, - кредитор, який першим пред'явив позов.

Але треба звернути увагу, що примусове вилучення речі у боржника у даному випадку не є мірою цивільно-правової відповідальності, оскільки боржник примушується лише виконати обов'язок відповідно до зобов'язання, яке було встановлено між ним і кредитором.

Певні особливості притаманні договору міни, яким передбачено зустрічне виконання сторонами своїх зобов'язань. Відповідно до ч. 1 ст. 538 ЦК України, виконання свого обов'язку однією зі сторін, яке відповідно до договору зумовлене виконанням другою стороною свого обов'язку, є зустрічним виконанням зобов'язання.

Однією з особливостей зустрічного виконання є те, що у разі невиконання однією зі сторін у зобов'язанні свого обов'язку або за наявності очевидних підстав вважати, що вона не виконає свого обов'язку у встановлений строк (термін) або виконає його не в повному обсязі, друга сторона має право зупинити виконання свого обов'язку, відмовитися від його виконання частково або в повному обсязі.

Чинне законодавство України не пов'язує виникнення обов'язку виконати зобов'язання однією стороною з фактом виконання свого зобов'язання по договору міни другою стороною.

Відповідно до ч. 1 ст. 538 ЦК України, виконання свого обов'язку однією зі сторін, яке відповідно до договору обумовлене виконанням другою стороною свого обов'язку, є зустрічним виконанням зобов'язання. Основною метою встановлення зустрічного виконання є надання суб'єкту зустрічного виконання права на затримку виконання свого зобов'язання у випадку, якщо з боку контрагента, який повинен виконати своє зобов'язання першим, виконання не відбулося.

Зокрема, ЦК України у тому випадку, коли одна зі сторін не виконає свого зобов'язання, надає другій стороні право зупинити виконання свого обов'язку, відмовитися від його виконання частково або в повному обсязі, що дозволить їй мінімізувати чи взагалі запобігти збитків, спричинених невиконанням договірного зобов'язання (ч. 3 ст. 538).

Згідно з ч. 2 ст. 538 ЦК України, при зустрічному виконанні зобов'язання сторони повинні виконувати обов'язки одночасно.

Разом з тим, установлення в договорі міни однакових строків для обміну товарів для кожної сторони ще не свідчить про застосування до такого договору правил про зустрічне виконання.

На нашу думку, правила про зустрічне виконання зобов'язання можуть бути застосовані до договору міни, якщо умовами договору передбачено, що виконання зобов'язань однією стороною обумовлено виконанням свого зобов'язання іншою стороною. Це може бути як пряма вказівка, так і наявність умов, які свідчать про відповідний порядок виконання зобов'язання.

В.Вітрянський з цього приводу, зокрема, зазначає, що положення про обумовленість виконання зобов'язань може бути виражено шляхом прямої вказівки на те, що виконання зобов'язань здійснюється тільки після виконання другою стороною свого зобов'язання, але можливий і такий варіант, коли така послідовність виконання сторонами свого зобов'язання очевидно прослідковується з інших умов договору (наприклад, підрядник приступає до виконання роботи не пізніше, ніж через місяць після перерахування замовником авансового платежу; відвантаження товарів продавцем здійснюється протягом десяти днів з дня оплати товару тощо). У будь-якому випадку, зазначає автор, договір повинен містити умову, з якої випливає, що виконання зобов'язання здійснюється після того, як інша сторона виконає своє зобов'язання.

Цікавим з цього приводу є положення, яке міститься в цивільному законодавстві Російської Федерації і презюмує застосування правила про зустрічне виконання зобов'язань за договором міни в усіх випадках, коли строки такого виконання не збігаються. Так, відповідно до ст. 569 ЦК РФ у випадку, коли відповідно до договору міни строки

передачі товарів, які обмінюються, не співпадають, до виконання зобов'язання з передачі товару стороною, яка повинна передати товар після передачі товару іншою стороною, застосовуються правила про зустрічне виконання зобов'язання.

Враховуючи вищенаведене, сторонам доцільно в договорі міни чітко зазначати строк, протягом якого необхідно передати товар (виконати роботи, надати послуги), або достатньо докладно викласти порядок передачі товару (робіт, послуг), щоб точно встановити момент коли право сторони за договором порушено і скористатися відповідним засобом захисту. Вказівка в тексті договору на вартість товару (робіт, послуг), навіть якщо обмінювані товари є еквівалентними, спростить визначення і доведення розміру збитків, яких зазнала сторона внаслідок невиконання чи неналежного виконання договору міни іншою стороною.

За договором міни кожна зі сторін зобов'язується передати другій стороні один товар в обмін на інший. Проте саме лише існування такого зобов'язання ще не є гарантією того, що боржник таки виконає необхідні дії на користь кредитора.

До сторони, яка порушила умови договору міни, можуть бути також застосовані заходи відповідальності. Основним принципом, притаманним як цивільному праву загалом, так й інституту цивільно-правової відповідальності, зокрема, є диспозитивність. Згідно з ним потерпілий контрагент самостійно вирішує: застосовувати чи не застосовувати засоби відповідальності до правопорушника. Інакше кажучи, питання про застосування майнових чи немайнових санкцій, у тому числі відповідальності, вирішується на підставі відповідних умов договору з дотриманням вимог чинного законодавства і є правом, а не обов'язком суб'єктів зобов'язальних правовідносин.

Невиконання зобов'язання або його виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання), є порушенням зобов'язання (ст. 611 ЦК України), у разі якого настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема: 1) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; 2) зміна умов зобов'язання; 3) сплата неустойки; 4) відшкодування збитків та моральної шкоди.

Принцип стабільності у зобов'язальному праві означає неприпустимість односторонньої зміни, розірвання та відмови від виконання зобов'язання. Проте він не виключає можливість змінити чи розірвати договір у встановленому законом порядку.

Правова природа односторонньої відмови від виконання зобов'язання є недостатньо дослідженою в науці цивільного права. З огляду на це, розкриття питання односторонньої відмови від договору міни потребує висвітлення загальних теоретичних положень.

Як зазначає С.Сарбаш, „відмова від виконання зобов'язання виступає у вигляді волевиявлення відповідної особи, оскільки воно не може не базуватися на волі особи, яка має намір досягнути такою відмовою певної мети. Відповідно, дії особи по відмові від виконання зобов'язання зовні проявляються у певному волевиявленні (діянні)".

Відповідно до ч. 1 ст. 615 ЦК України у разі порушення зобов'язання однією стороною друга сторона має право частково або в повному обсязі відмовитися від зобов'язання, якщо інше не встановлено договором або законом. Наслідком односторонньої відмови від договору є його розірвання (ч. 3 ст. 651 ЦК України).

ГК України припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови розглядає в якості оперативно-господарської санкції. Зокрема, відповідно до п.1 ч. 1 ст. 236 ГК України у господарських договорах сторони можуть передбачити використання такого виду оперативно-господарських санкцій, як одностороння відмова від виконання свого зобов'язання управненою стороною, зі звільненням її від відповідальності за це - у разі порушення зобов'язання другою стороною. Відзначимо, що законодавець наділяє оперативно-господарські санкції особливостями, які дещо відрізняються від заходів відповідальності, передбачених ЦК України.

Аналіз статей 235-237 ГК України дає можливість визначити характерні риси зазначеної господарської санкції:

- застосовується лише у тому випадку, коли вона передбачена договором (ч. 2 ст. 235 ГК України), тобто зазначена санкція узгоджується сторонами і в тексті договору повинна бути вказівка про її застосування. Але, на нашу думку, однієї лише вказівки недостатньо, сторонам доцільно передбачити механізм припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови, а саме, за дотримання яких правових процедур зобов'язання буде вважатися таким, що було припинено внаслідок односторонньої відмови, момент, з якого воно вважається припиненим;

- застосовується незалежно від вини суб'єкта, який порушив господарське зобов'язання. Відповідно до ст. 614 ЦК України, особа, яка порушила зобов'язання, несе відповідальність за наявності її вини (умислу або необереж-

ності), якщо інше не встановлено договором або законом. Особа є невинуватою, якщо вона доведе, що вжила всіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання. Положення даної статті ставлять у пряму залежність застосування відповідальності від наявності вини і тільки в окремих випадках, коли це передбачено в договорі, укладеному сторонами, або прямо вказано в законі, можливе застосування відповідальності без наявності вини в діях порушника зобов'язання. Застосування ж заходів оперативного впливу, як вказує В.Пугинський, не потребує врахування вини боржника або зобов'язаної особи. Ця відмінність, зазначає А.Верховець, значно впливає на механізм застосування заходів оперативного впливу, дозволяє застосовувати оперативні санкції і тоді, коли в діях порушника зобов'язання відсутня вина;

- застосовується самими сторонами зобов'язання в односторонньому порядку і не потребує судового втручання. Тобто ініціатором односторонньої відмови від виконання зобов'язання є контрагент порушника. Він сам здійснює ці заходи, не погоджуючи свої дії з будь-якоою особою. На практиці сторони часто звертаються до судового способу розірвання договору у зв'язку з невиконанням своїх обов'язків однією з них. Відповідно момент, з якого договір вважається розірваним, установити нескладно (після вступу в силу рішення суду). Що стосується позасудового порядку, то тут важливо чітко визначити момент, з якого зобов'язання припиняється.

Під зміною зобов'язання розуміють зміну конкретних його умов (строку, способу, предмета), але не його моделі у цілому, адже в останньому випадку відбудеться новація, яка є видом припинення, а не зміни зобов'язання. Тобто, зміна умов існуючого договору міни, передбачена в ЦК, має чітко встановлені межі і передбачає зміну його умов, а не виду договору (ст.ст. 651-654 ЦК). Тому укладений між сторонами договір міни залишається в силі та продовжує діяти.

У літературі висловлюються думки щодо недоцільності існування права на односторонню зміну умов договору, що є диктатом однієї сторони, адже юридичне значення надається волі однієї сторони за повного ігнорування волі другої сторони. Але, як справедливо відзначає О.Антонюк, „право на односторонню зміну договору надається у законодавстві або з метою захисту прав та інтересів у разі порушення (чи його реальної загрози), або з урахуванням специфіки самого договору. Якщо ж таке право передбачене у договорі, то це є результатом волевиявлення обох сторін".

Поряд з поняттям „зміна умов зобов'язання", який вживається у ст. 611 ЦК України, законодавець оперує також поняттям „часткова одностороння відмова" наслідком якої також є зміна умов зобов'язання: внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання частково або у повному обсязі відповідно змінюються умови зобов'язання або воно припиняється (ч. 3 ст. 615 ЦК України); у разі невиконання однією з сторін у зобов'язанні свого обов'язку або за наявності очевидних підстав вважати, що вона не виконає свого обов'язку у встановлений строк (термін) або виконає його не в повному обсязі, друга сторона має право зупинити виконання свого обов'язку, відмовитися від його виконання частково або в повному обсязі.

Щодо співвідношення цих понять, то ми погоджуємося з О.Антонюк, що „часткова відмова сторони від зобов'язання не охоплює всіх випадків односторонньої зміни умов зобов'язання... категорії „часткова відмова від зобов'язання" і „зміна умов зобов'язання" співвідносяться як окреме і загальне поняття".

На відміну від односторонньої відмови від виконання зобов'язання, зміна умов зобов'язання у випадку його порушення може бути здійснена як з ініціативи однієї сторони (цей випадок включає судовий чи господарський процесуальний спосіб зміни договору), так і за взаємною згодою сторін.

Так, відповідно до ч.1 ст. 651 ЦК України зміна договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом. А у ч.2 цієї ж статті зазначається, що договір може бути змінено за рішенням суду на вимогу однієї із сторін у разі істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом.

З огляду на питання, що розглядається, вважаємо за потрібне звернути увагу на положення, яке міститься в ч.3 ст. 651 ЦК України: у разі односторонньої відмови від договору частково, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом, договір є відповідно розірваним або зміненим.

Право сторін на зміну договору є втіленням принципу свободи договору, оскільки дозволяє сторонам за обопільною згодою вносити зміни до договору. Що стосується зміни договору за ініціативою однієї сторони (одностороння відмова від договору частково), то вона можлива у випадках та на умовах, визначених договором або законом.

Наведені вище положення дозволяють зробити наступні висновки: в разі порушення зобов'язання по договору міни, зміна умов договору може бути здійснена: за згодою сторін; за рішенням суду на вимогу однієї із сторін; в односторонньому порядку.

Але в будь-якому випадку необхідною умовою зміни є спрямованість волі сторони договору саме на його зміну.

Зауважимо, що законодавець не містить обмежень щодо того, які умови договору міни можуть бути змінені. У зв'язку із зазначеним постає питання, наскільки і які саме істотні умови договору сторони можуть змінити. Вирішення цього питання ускладнюється тим, що серед істотних умов неможливо виділити основні чи додаткові умови. Аналіз нормативно-правового регулювання договору дає можливість зробити висновок, що питання допустимості зміни чи виключення із змісту договору істотних умов, не обмежено будь-якими заборонними нормами цивільного законодавства. На нашу думку, зміна істотних умов договору після його укладення є автономним правом сторін, що не може і не повинно бути обмежено. Водночас при внесенні змін до договору міни, сторонам необхідно враховувати положення ст. 638 ЦК України: таку умову як предмет договору міни з його тексту виключати не можна.

Зміна договору тягне за собою збереження договору і зобов'язання, що з нього виникло, але на інших умовах. Договір вважається змінеим з моменту та у відповідності до укладеної сторонами домовленості про його зміну, а у випадку судового порядку зміни договору - з набранням рішенням суду законної сили.

За своїми наслідками одностороння відмова і зміна умов договору міни відрізняються. Односторонння відмова від договору міни є юридичним фактом, який тягне за собою припинення на майбутнє зобов'язального правовідношення, яке виникло з цього договору, та всіх прав і обов'язків, що складають його зміст. Зміна умов договору міни тягне за собою збереження договору і зобов'язання, що з нього виникло, але на інших умовах.

Права і обов'язки, які випливають із зобов'язань, узятих на себе сторонами протягом періоду, що передував припиненню договору, повністю зберігаються (виконання зобов'язання в натурі, зустрічне виконання, відповідальність за неналежне виконання). Крім того, можливим є виникнення нового зобов'язання по відшкодуванню збитків, пов'язаних з розірванням договору. Тобто, йдеться про припинення зобов'язань, прийнятих на себе сторонами договору на майбутнє.

Відповідно до ч.3 ст.651 ЦК України у разі односторонньої відмови від договору у повному обсязі або частково, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом, договір є відповідно розірваним або зміненим. При цьому, якщо договір змінений або розірваний у зв'язку з істотним порушенням договору однією із сторін, друга сторона може вимагати відшкодування збитків, завданих зміною або розірванням договору (ч.5 ст. 653 ЦК України).

Ще одним наслідком порушення зобов'язань з договором міни є відмова від прийняття неналежного виконання. Відмова від прийняття неналежного виконання зобов'язання, на нашу думку, відрізняється від односторонньої відмови і заміни умов договору міни. Дійсно, в переважній більшості випадків добросовісна сторона договору міни не бажає отримувати неналежне виконання і наполягає на зміні або розірванні договору та відшкодуванні збитків. Разом з тим, добросовісна сторона може відмовитися від прийняття неналежного виконання, при цьому не відмовляючись від самого зобов'язання по договору міни та не змінюючи його умов.

На думку В.Грибанова, відмова від прийняття неналежного виконання, на відміну від відмови від договору, має не універсальний, а окремий характер. Вона не призводить до припинення правових відносин між сторонами, а має на меті лише забезпечити належне виконання зобов'язання боржником.

Співвідношення цих категорій яскраво проглядається на прикладі норм, що закріплені у частинах 1 та 2 ст. 672 ЦК України.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 672 ЦК України у разі, якщо продавець передав товар в асортименті, що не відповідає умовам договору купівлі-продажу, покупець має право відмовитися від його прийняття та оплати, а якщо він вже оплачений, - вимагати повернення сплаченої за нього грошової суми.

Згідно з ч.2 ст. 672 ЦК України, якщо продавець передав покупцеві частину товару, асортимент якого відповідає умовам договору купівлі-продажу, і частину товару з порушенням асортименту, покупець має право на свій вибір: 1) прийняти частину товару, що відповідає умовам договору, і відмовитися від решти товару; 2) відмовитися від усього товару; 3) вимагати заміни частини товару, що не відповідає асортименту, товаром в асортименті, який встановлено договором; 4) прийняти весь товар.

Як зазначає О.Антонюк, „прийняття пок у-

пцем частини товару, асортимент якого відповідає договору, і відмова від частини товару, асортимент якого не відповідає договору, або відмова від усього товару, свідчить про односторонню зміну предмета зобов'язання або односторонню відмову від зобов'язання. Приймання покупцем частини товару, яка відповідає умовам договору, і вимога передання решти товару відповідно до умов договору свідчать про відмову від прийняття неналежного виконання - покупець відмовляється від неналежного товару, зберігаючи інтерес до договору". Зазначені положення (за винятком умов щодо оплати) повною мірою можуть бути застосовані і до договору міни.

Одним із наслідків порушення зобов'язань за договором міни, який настає для винної сторони, є відшкодування останньою заподіяних збитків. Так, замість вимоги передати товар, який є предметом невиконаного зобов'язання за договором міни, кредитор має право вимагати повного відшкодування завданих йому збитків. Правовою підставою для цього є, зокрема, положення ч. 1 ст. 623 ЦК України: боржник, який порушив зобов'язання, має відшкодувати кредиторові завдані цим збитки.

Стосовно договору міни важливим є також норма, яка міститься у ч. 3 ст. 612 ЦК України, в якій вказано: якщо внаслідок прострочення боржника виконання зобов'язання втратило інтерес для кредитора, він може відмовитися від прийняття виконання і вимагати відшкодування збитків.

Як справедливо зазначає з цього приводу А.Бакулін, за договором міни сутність порушення зобов'язання передати товар полягає не в тому, що добросовісна сторона втрачає своє майно і може вимагати стягнення його вартості, а в тому, що вона позбавляється можливості отримати нове необхідне їй майно, на зустрічне отримання якого вона розраховувала.

Тобто добросовісна сторона договору міни не зобов'язана приймати товар від другої сторони, якщо мали місце порушення договору, а може вимагати відшкодування збитків, які мають грошовий вираз. З огляду на це, договір міни, на перший погляд, стає дуже схожим на договір купівлі-продажу: сторона передала товар і отримала грошові кошти. Разом з тим, цивільно-правова природа збитків і оплати отриманого товару є різною. Оплата товару є обов'язком боржника, який випливає з умов договору і передбачений ним, тобто це є зобов'язанням з передачі грошей як ціни договору. Що стосується договору міни, то метою надання товару іншій стороні є отримання товару, а не грошових коштів, тобто не передбачає грошового обов'язку (за винятком випадку доплати за товар більшої вартості, але навіть у цьому випадку метою договору міни є отримання не грошових коштів, а товару). Збитки є санкцією за порушення зобов'язання за договором міни, і мінімальний їх розмір, що є логічним, не може бути меншим вартості непереданого майна.

Відповідно, в першому випадку обов'язок платити гроші виникає на підставі договору чи закону, а у другому - є санкцією за невиконання зобов'язання початковим предметом якого були речі (роботи, послуги).

Відзначимо, що ЦК України і ГК України дещо по-різному підходять до визначення складу збитків.

Під збитками стаття 224 ГК України розуміє: витрати, зроблені управленою стороною; втрата або пошкодження майна; неодержані доходи, які управнена сторона одержала б у разі належного виконання зобов'язання або додержання правил здійснення господарської діяльності другою стороною.

При цьому до складу збитків включаються: вартість втраченого, пошкодженого або знищеного майна; додаткові витрати (штрафні санкції, сплачені іншим суб'єктам, вартість додаткових робіт, додатково витрачених матеріалів тощо), понесених стороною, яка зазнала збитків внаслідок порушення зобов'язання другою стороною; неодержаний прибуток (втрачена вигода), на який сторона, яка зазнала збитків, мала право розраховувати у разі належного виконання зобов'язання другою стороною; матеріальна компенсація моральної шкоди.

Натомість ст. 22 ЦК України наводить дещо інший перелік збитків. До них належать: витрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода).

Моральна шкода до складу збитків ЦК не включена і відшкодовується окремо.

Тобто поняття збитків, яке міститься у ГК України, ширше за змістом, що створює труднощі в процесі правозастосування та визначення розміру збитків.

Але на цьому колізії не припиняються. Так, відповідно до п.2 ст. 22 ЦК України збитки відшкодовуються у повному обсязі, якщо договором або законом не передбачено відшкодування

у меншому або більшому розмірі. Господарський кодекс не передбачає останнього варіанта. Навпаки, його п.2 ст. 224 вказує, що законом щодо окремих видів господарських зобов'язань може бути встановлено обмежену відповідальність за невиконання або неналежне виконання зобов'язань. Вибір такого варіанта визначення розміру відшкодування збитків має ряд суттєвих переваг, і перш за все тому, що потерпілий суб'єкт господарювання, вказавши у договорі їх розмір у твердій сумі, звільняється від обов'язку доказувати справжній розмір своїх збитків.

Але, як справедливо зазначає Л.Гаркуша, незважаючи на обов'язкове відшкодування заподіяних збитків, останні можуть бути відшкодовані тільки в деякій їхній частині або ж зовсім залишитися невідшкодованими. І таке на практиці трапляється досить часто. Це відбувається внаслідок таких причин: невиконання чи неналежне виконання боржником своїх обов'язків не призводить до збитків у кредитора або внаслідок відсутності у кредитора можливості довести в порядку, передбаченому законом, факт нанесення збитків та надати точний і переконливий розрахунок суми понесених збитків.

Наведені причини свідчать про те, що у випадку виникнення спору та його розгляду в суді потерпілій стороні необхідно буде доводити розмір понесених збитків. І якщо при цьому докази будуть недостатньо переконливі для суддів чи арбітрів, винна сторона легко доведе свою невинуватість і відповідно не відшкодовуватиме заподіяні збитки.

Висновки. 1. Для виконання договору міни важливим є визначення моменту і способу передачі товару, оскільки саме з цією обставиною законодавець пов'язує перехід ризику втрати майна. Важливим є те, що ризик випадкового знищення або пошкодження товару пов'язується саме з моментом виконання обов'язку з передачі товару, а не переходом права власності на такий товар. Ці категорії не є синонімами.

2. У випадку неналежного виконання договору міни необхідно правильно кваліфікувати вимоги потерпілої сторони, зокрема, вона не може вимагати повернення вартості не переданого товару (робіт, послуг), мова повинна йти лише про відшкодування збитків, які також мають грошовий характер, але іншу правову природу.

Це пов'язано з тим, що рівноцінний обмін, який презюмується за договором міни, виключає наявність грошового боргу у його сторін. Про грошовий борг у сторін договору міни мова може йти лише у випадку, якщо товар, який є його предметом, нерівноцінний і умовами договору передбачено обов'язок однієї із сторін здійснити доплату. Але грошовий борг може існувати лише виключно щодо цієї суми доплати.

3. Поняття односторонньої відмови від договору міни не збігається за змістом і правовими наслідками з поняттям зміни його умов. Одностороння відмова від договору міни є юридичним фактом, який тягне за собою припинення на майбутнє зобов'язального правовідношення, яке виникло з цього договору, та всіх прав і обов'язків, що складають його зміст. Зміна умов договору міни тягне за собою збереження договору і зобов'язання, що з нього виникло, але на інших умовах.

Стаття надійшла до редколегії 24 лютого 2006 року.
Рекомендована до опублікування у «Віснику» членом редколегії О.В.Гетманцевим.

V.V. Lisenko

THE LEGAL CONSEQUENCES OF INFRINGMENT OF THE EXCHANGE CONTRACT'S CONDITIONS

Summary

The author of this article considers the problems of the correlation of the normative cont rolling the consequences of non-execution of the civil obligations in present article.

УДК 347.4

© 2006 р. **А. Л. Паскар**
Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Чернівці

ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ ФОРМИ ЦИВІЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Постановка проблеми. Дослідження теоретичних аспектів цивільних процесуальних правовідносин, їх значення, форми вираження, місця в системі правового регулювання багато десятиліть приковує до себе увагу вчених-процесуалістів і є стрижневим для науки цивільного процесуального права тому, що правовідносини виступають одним із основних, фундаментальних понять правової науки, будучі тією формою, в якій абстрактна норма здобуває своє реальне буття, втілюючись у реальних суспільних відносинах [13, с.6].

Інтерес науковців до цієї теми можна аргументувати також тим, що вчення про цивільні процесуальні правовідносини є методологічною основою теоретичної розробки питань судового розгляду цивільних справ, визначення процесуально-правового статусу учасників процесу, допомагає правильно оцінити ефективність діючого цивільного процесуального законодавства, розробити заходи та способи подальшого вдосконалення судової діяльності і підвищення культури судового процесу. З серед зазначених вище питань теорії цивільних процесуальних правовідносин предметом нашого дослідження буде аналіз теоретичних положень про форму їх вираження, оскільки саме з визначення цього поняття повинно починатися вивчення не тільки цивільних процесуальних правовідносин, а й будь-якого явища.

Ступінь наукової розробки. У науці цивільного процесуального права дослідженю теоретичних аспектів цивільного процесуального правовідношення в цілому, та форми їх вираження зокрема, присвячено чимало праць, серед яких можна зазначити наукові доробки О.П. Вершиніна, М.А. Вікут, О.В. Гетманцева, М.А. Гурвіча, П.Ф. Елісейкіна, І.А. Жеруоліса, М.Б. Зейдера, В.В. Комарова, А.Ф. Козлова, А.О. Мєльнікова, В.П. Мозоліна, Н.О. Чечіної, Д.М. Чечота, М.С. Шакарян, М.Й. Штефана, В.М. Щеглова та ін. На сьогодні в наковій літературі широко висвітлені питання визначення поняття цивільних процесуальних правовідносин, їх особливостей. Разом з тим, удосконалення діючого законодавства неможливе без поглибленого аналізу змісту і форми, характеристики суб'єктів і об'єктів цих відносин та інших теоретичних питань вчення про цивільні процесуальні правовідносини. Незважаючи на велику кількість існуючих теоретичних розробок, які накопичено за період становлення і розвитку теорії цивільних процесуальних правовідносин, на даний час зберігається необхідність їх систематизації з метою заповненя прогалин у визначенні понять і категорій цієї теорії, в тому числі і форми їх вираження.

У даному контексті актуальним є дане дослідження, **метою** якого є саме вивчення і аналіз існуючих в теорії цивільного процесуального права поглядів науковців на визначення поняття „форма цивільних процесуальних правовідносин" та їх систематизація на теоретичному рівні. Висновки, отримані в результаті дослідження, сприятимуть формуванню цілісного уявлення про форму вираження цивільних процесуальних правовідносин.

Виклад основного матеріалу. Методологічну основу досліджень галузевих наук становлять досягнення філософської думки. Тому, перед тим як розпочати вивчення форми цивільних процесуальних правовідносин, необхідно встановити філософське визначення вказаного поняття. Так, у філософії форма будь-якого явища визначається як принцип упорядкування, організації, спосіб існування змісту явища [12, с.595].

Переходячи до безпосереднього вивчення теми нашого дослідження, звернемо увагу на те, що цінність поняття „прововідношення" полягає в тому, що воно визначає конкретне суспільне відношення, яке виражено в правовій формі і є результатом реалізації норми. Більше того, деякі суспільні відносини можуть виступати тільки в якості правових відносин. Безспірним прикладом є процесуальні відносини: такі відносини можуть існувати тільки в правовій формі, поза правовою формою їх існування неможливе. Тому переважна більшість учених серед специфічних ознак цивільних процесуальних правовідносин називають те, що вони мають правовий характер і за загальним правилом виражаються у спеціальній, встановленій законом, цивільній процесуальній формі [14, с.31; 15, с.69; 16, с.69]. Дана особливість передбачає той факт, що процесуальні правовідносини виникають тільки на основі норми права, і цим вони суттєво відрізняються від ма-

теріально-правових відносин. Так, ст. 2 Цивільного процесуального кодексу, яка називається „Законодавство про цивільне судочинство” закріплює положення про те, що цивільне судочинство здійснюється відповідно до Конституції України, зазначеного кодексу та законом України „Про міжнародне приватне право”. На відміну від цього, Цивільний кодекс передбачає, що сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства (ст. 6).

Вивчаючи питання визначення форми цивільних процесуальних правовідносин слід наголосити на тому, що відносини суду з усіма іншими учасниками цивільного процесу при здійсненні правосуддя характеризуються тим, що вони здійснюються тільки на основі норм процесуального права і тільки в правовій процесуальній формі [7, с.85, 86]. У процесуальній науці на цю рису цивільних процесуальних правовідносин вперше наголосила Р.Ф. Каллістратова, яка вважала, що на відміну від інших суспільних відносин, які можуть існувати як в якості правових, так і в якості відносин врегульованих наприклад єтичною нормою, то процесуальні відносини можуть існувати тільки як правові [5, с.5]. Більше того, на думку Н.О. Чечиної, відносини, які виникають у процесі здійснення правосуддя виступають не тільки в правовій, а обов’язково в цивільно-процесуальній формі [14, с.65]. Отже, характерною особливістю цивільних процесуальних відносин є їх процесуально-правова форма вираження, тобто обов’язкове закріплення в нормах цивільного процесуального права.

Визначаючи форму цивільного процесуального правовідношення А.А. Мельніков наголосив на тому, що необхідність його правової форми обумовлюється кількома факторами: 1) на відміну від матеріальних правовідносин де є рівноправні сторони, процесуальні відносини є владними, так як одним із суб’єктів завжди є суд; 2) процесуальні правовідносини виникають в результаті правових дій учасників судочинства, а правові дії породжують тільки правові відносини; 3) зміст процесуальних відносин завжди правовий і не може мати неправову форму [7, с.86, 87].

Так, обов’язкова процесуально-правововова форма вираження цивільних процесуальних правовідносин випливає з самої сутності цих відносин, будучи зумовленою їх специфічними особливостями.

Для з’ясування самого поняття „форма правовідносин” та її значення Ю.І. Гревцов пропонує розрізняти поняття внутрішньої і зовнішньої форми правового відношення. Під внутрішньою формою він розуміє права й обов’язки суб’єктів, а під зовнішньою формою - порядок, умови здійснення процесуальних дій [4, с.73]. Зазначимо, що розуміння суб’єктивного права і юридичного обов’язку в якості форми правового відношення не отримало належної підтримки а ні в загальній теорії права, а ні в галузевих юридичних науках. Як зазначалося, більшість учених вважають, що формою вираження цивільних процесуальних правовідносин є їх процесуальна правова форма.

Однак ряд процесуалістів, зокрема російських, вважають, що дане положення не варто сприймати занадто буквально. Так, на думку А.Т. Боннера, в межах цивільного судочинства існує фактична процесуальна діяльність, оскільки неможливо все передбачити в законодавстві [1, с.52]. Досліджуючи питання існування в цивільному процесуальному праві фактичних відносин, він указав на різні форми цих відносин: застосування процесуального закону і права за аналогією, субсидіарне застосування законодавства, застосування „сурогатних” процесуальних норм під виглядом відповідних рекомендацій, які містяться в постановах Пленумів Верховних судів, застосування процесуального звичаю [1, с.58, 59]. На його думку, зазначені форми фактичних відносин є водночас і засобом подолання прогалин, які виникають у процесуальному праві.

Підтримуючи ідею існування процесуальних фактичних відносин В.В. Ярков зазначав, що в цивільному процесуальному законодавстві існують певні прогалини, які допускають застосування процесуальних норм по аналогії [3, с.44]. Однак, на думку Г.Л. Осокіної діяльність суду з розгляду і вирішення цивільних справ, у тому числі і застосування аналогії права чи закону, завжди відбувається в межах правового поля, що виключає можливість існування фактичних процесуальних відносин, фактичної процесуальної діяльності [8, с.57].

З критикою фактичної процесуальної діяльності виступив також і В.В. Комаров, який зазначає, що „ ... в цивільному процесі не допускається так названа фактична процесуальна діяльність, тобто діяльність, яка не передбачена формами судочинства.” [9, с.100]. Автор також дотримується думки, що в цивільному процесі не існує фактичних процесуальних відносин оскільки, в цивільному судочинстві всі процесуальні дії повинні здійснюватися тільки в межах закону і відповідно до положень, передбачених законом.

Ті вчені, які підтримують ідею існування в цивільному процесі фактичних відносин вказують на те, що в будь – якому процесі можуть існувати процесуальні відносини не врегульовані цивільним процесуальним законодавством. Наприклад відносини по укладанню мирової угоди, або відносини між представником і особою, яку вони представляють. Але тут напрошується питання чи є ці відносини процесуальними? Оскільки цивільні процесуальні відносини визначаються як правовідносини врегульовані нормами цивільного процесуального права [9, с.95; 15, с.69 та ін.], то шляхом логічного аналізу можна вивести твердження про те, що ті відносини, які не регулюються цивільним процесуальним правом не є процесуальними. Так, існування цивільних процесуальних відносин лише в якості правових є не тільки необхідністю а й їх суттєвою ознакою. Не дарма більшість вчених розглядаючи ознаки цивільних процесуальних правовідносин дану ознаку розглядають як першу, про неї говорять в першу чергу [14, с.31; 15, с.69].

Водночас автор хоче звернути увагу на те, що характеристика цивільних процесуальних правовідносин як відносин, які мають тільки правову форму не означає, що вони відірвані від фактичного змісту або позбавлені нього. Процесуальне правовідношення стає реальним фактом в тій мірі, в який воно проявляється ззовні – в поведінці, дії суб'єктів процесу. В цьому контексті слушним є згадати думку Л.С. Явича, який писав, що в процесуальних відносинах форма зливається з фактичним змістом правовідношення [17, с.226].

В цивільній процесуальній науці існувала навіть думка, що „процесуальні відносини не втілюють в свою форму фактичні відносини" [14, с.55]. Однак, на думку Є.Г. Лук'янової таке твердження вимагає уточнення оскільки, воно може навести на думку, що процесуальні відносини виступають тільки як юридична форма, яка ніколи не зливається з фактичними відносинами в якості свого змісту. Зокрема, вона зазначає, що „даний підхід є неприйнятним, в перше чергу тому, що не відповідає загальному поняттю правовідношення" [6, с.207]. Нагадаємо, що Є.Г. Лук'янова процесуальне відношення розглядає як правовий зв'язок суб'єктів процесуального права взятий в єдності з їх фактичною поведінкою [6, с.204]. При такому підході неможливо вивчати правовідношення у відриві від його матеріального змісту, оскільки зміст не може існувати без форми його вираження.

Отже, дещо абсолютизованим є підхід тих вченних, які розглядають правовідношення лише як правову форму, залишаючи поза увагою реальні суспільні відносини. Правовідносини, будучи різновидом суспільних відносин, існують між людьми і тому містять в собі поведінку суб'єктів.

Формализація правовідносин з ігноруванням їх визначення як різновиду суспільних відносин була також піддана критиці і в загальній теорії права [17, с.83, 84]. На думку Б.І. Пугінського такий формалізм полягає не тільки в тому, що науковці обмежуються аналізом і коментарем правових текстів. Головний недолік полягає в ігноруванні ролі суб'єктів в реалізації права [10, с.13]. Більш того, правова форма правовідносин є не тільки засобом їх фіксації, закріплення але й їх невід'ємною частиною [2, с.56].

Отже, неповним і обмеженим є аналіз цивільних процесуальних правовідносин тільки з позиції формального підходу без вивчення суб'єктів цивільного судочинства, їх процесуальної діяльності, інтересів і цілей, тобто з позиції соціологічної інтерпретації. В той же час не слід забувати, що цивільні процесуальні відносини можуть мати тільки правову форму, оскільки, відносини, які виникають між судом і іншими учасниками процесу, регулюються тільки нормами цивільного процесуального законодавства, а не іншими соціальними нормами. Так, формою вираження цивільних процесуальних правовідносин є їх обов'язкова цивільно-процесуальна форма, тобто закріплення в нормах цивільного процесуального права.

Список літератури

1. Боннер А.Т. Гражданский процессуальный закон и фактическая процессуальная деятельность // Вопросы науки советского гражданского процессуального права. – М., 1977.

2. Гражданский процесс. Учебник. / Под ред. В.А. Мусина, Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. – М., 2000.

3. Гражданский процесс: Учебник / Отв. ред. проф. В.В. Ярков. – М.: БЕК, 2000.

4. Гревцов Ю.И. Проблемы теории правового отношения. – Л.: Изд. Ленинградск. ун-та, 1981.

5. Каллистратова Р.Ф. Институт „особого участия" государственных и общественных организаций в советском гражданском процессе. Автореф. …канд. юрид. наук. – М., 1954.

6. Лукьянова Е.Г. Теория процессуального права. – М.: НОРМА, 2003.

7. Мельников А.А. Правовое положение личности в советском гражданском процессе. – М.: Наука, 1969.

8. Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть. – М.: Юристъ, 2003.

9. Проблемы науки гражданского процессуального права / В. В. Комаров, В.А. Бигун, В.В. Баранкова; Под ред. проф. В.В. Комарова. – Харьков: Право, 2002.

10. Пугинский Б.И. Гражданско – Правовые средства в хозяйственных отношениях. – М., 1984.

11. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник / пер. з рос. – Харків: Консум, 2001.

12. Философский энциклопедический словарь. – М., 1989.

13. Халфина Р.О. Общее учение о правоотношениях. – М.: Юрид. лит., 1974.

14. Чечина Н.А. Гражданские процессуальные отношения. – Л.: Изд-во Ленинградск. ун – та, 1962.

15. Штефан М.Й. Цивільний процес: Підручник. – К.: Видавничий Дім „Ін Юре”, 2001.

16. Щеглов В.Н. Гражданское процессуальное правоотношение. - М.: Юрид. лит., 1966.

17. Явич Л.С. Общая теория права. – Л., 1976.

Стаття надійшла до редколегії 24 лютого 2006 року.
Рекомендована до опублікування у «Віснику» членом редколегії О.В.Гетманцевим.

A.L.Paskar

THEORETICAL ASPECTS OF THE DEFINITION THE FORM OF CIVIL PROCEDURAL LAW RELATIONSHIPS

Summary

In the article author studies and makes system of theoretical aspects in order to define the form of civil procedural law relationships. Its form is a special procedural law form which is situated in a procedural legislatorial acts.

УДК 349.2

© 2006 р. **В.М. Никифорак**
Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Чернівці

ДЖЕРЕЛА СУЧАСНОГО УКРАЇНСЬКОГО СТРАХОВОГО ПРАВА

Постановка проблеми. Страхове право в Україні – молода і перспективна галузь права. Справа в тому, що як галузь страхове право отримало свій розвиток лише починаючи з кінця минулого сторіччя. До цього часу мова йшла лише про зародження та якісний розвиток страхування в Україні. Зокрема, окремі правознавці вказують на наявність окремих елементів страхування на теренах України ще за часів існування Київської Русі. Документом, що в певній мірі опосередковував страхові правовідносини у той час була Руська Правда, яка, на думку окремих вчених, врегульовували окремі елементи праобразу договору страхування цивільної відповідальності [8, с.11; 12, с.9].

Ступінь наукової розробки теми. Історія виникнення страхування, і як наслідок історія правового регулювання даного інституту цивільного права завжди були й досі залишаються актуальними питаннями. Дійсно, не можна не визнати того факту, що зазначені питання неодноразово виступали в якості предмета наукових досліджень вчених-правознавців. В той же час, слід зазначити, що питанню про джерела сучасного страхового права України належної уваги так і не було приділено. Воно відображене у науковій літературі лише епізодично та поверхнево. Досі розкриття досліджуваної проблеми, як правило, обмежувалось рамками навчально-методичних посібників та підручників зі страхового чи цивільного права України [6; 7; 8; 9; 10; 11; 12], або ж виданням збірників нормативно-правових актів, присвячених врегулювання страхової діяльності, які в свою чергу носять суто практичний, а не науковий характер. Саме таке ситуація з приводу дослідження джерел страхового права України і спонукала автора до розкриття даного питання.

Мета статті полягає в проведенні автором ґрунтовного аналізу джерел сучасного страхового права України, і на основі отриманих результатів виділення певних закономірностей розвитку, а також вдосконалення механізму правового регулювання страхових правовідносин в Україні.

Виклад основного матеріалу. Законодавче регулювання страхової діяльності в сучасній Україні має певну історичну специфіку, яка значною мірою накладає свої особливості в цілому на систему правового забезпечення. Справа в тому, що у колишньому Радянському Союзі не було базового закону, який би регулював порядок здійснення страхової діяльності. Страхова діяльність здійснювалася виключно установами Держстраху та Індержстраху, які, звісно, не мали повної самостійності та автономії [11, с.14-15]. Діяльність цих установ носила державно-регульований характер, що передбачав значні надходження від страхових платежів до бюджету та виділення з бюджету, у випадках необхідності, коштів на здійснення страхових виплат. Як наслідок не виникало й потреби визначати законодавчі норми, які б на рівні законів встановлювали права і обов'язки суб'єктів на страховому ринку. Лише окремі питання були врегульовані Постановами ЦК КПРС та Ради Міністрів колишніх СРСР та УРСР, а також нормативними документами Держстраху та Укрдержстраху.

Початок демонополізації страхової справи в Радянській Україні поклав Закон "Про кооперацію", прийнятий Верховною Радою СРСР 26 травня 1988 р. Зокрема цим Законом встановлювалося, що кооперативи можуть страхувати своє майно та майнові інтереси в органах державного страхування, а також створювати кооперативні страхові установи, визначати умови, порядок та види страхування.

Вагому роль у процесі створення недержавних страхових організацій відіграли також затверджене 19 червня 1990 р. Радою Міністрів СРСР Положення "Про акціонерні товариства та товариства з обмеженою відповідальністю" та Постанова "Про заходи щодо демонополізації народного господарства", яка була затверджена 16 серпня 1990 р. Ці нормативні акти прямо дозволяли займатися страховою діяльністю і конкурувати між собою державним, акціонерним, взаємним та кооперативним товариствам.

Перехід України до ринкової економіки ознаменував нові орієнтири та цінності. Одним із першочергових завдань виявилося надання громадянам належних соціальних гарантій у нових умовах, забезпечення страхового захисту економічних інтересів держави, процесу виробництва і споживання, своєчасного відшкодування збитків, викликаних раптовими і непередбачуваними обставинами (стихійним лихом). Одним із перших

історично важливих кроків у даній сфері стала Постанова Кабінету Міністрів України “Про створення Української державної страхової комерційної організації” від 16 жовтня 1991 р. По-суті це була перша спроба розвитку страхування в Україні на нових засадах.

Впродовж 1992-1993 років у більшості країн, що утворилися внаслідок розпаду Радянського Союзу, нарешті були прийняті законодавчі акти з питань страхування. В Україні законотворчий процес із вказаного питання розпочався також у 1992 році, коли Укрдержстрах за участю ряду провідних страхових компаній, утворених в період 1990-1992 рр., подав до Кабінету Міністрів України перший проект закону “Про страхування”. Після певних процедур узгодження даний проект був прийнятий як декрет 10 травня 1993 року (оскільки згідно із рішенням Верховної Ради України в цей період Кабінет Міністрів України отримав право видавати декрети, які мали статус законів). Цей Декрет був спрямований на утворення якісно нового (хоча й недосконалого) ринку страхових послуг, а також на посилення страхового захисту майнових інтересів підприємств, установ, організацій та громадян. Окрім цього, Декрет дав змогу зупинити будівництво на ринку страхових послуг так званих “фінансових пірамід” до структури яких на момент прийняття Декрету вже входило понад 1000 комерційних, приватних та акціонерних страхових компаній [7, с.21].

Декрет Кабінету Міністрів України “Про страхування” став по-суті першим базовим законодавчим актом, який вперше на території сучасної України забезпечив системне правове регулювання страхової діяльності. Декретом були визначені основні поняття, пов’язані із страховою діяльністю та безпосередньо ринком страхових послуг. В той же час, як вірно зазначають окремі правознавці, головний недолік Декрету полягав у тому, що тут було зроблено спробу поєднати суперечливі непоєднувані положення: з одного боку, певні “держстрахові” принципи здійснення страхової діяльності, що базувалися на планово-адміністративній економіці, а з іншого – принципи ринкової економіки і, зокрема, страхування в умовах ринку. Так, наприклад, з одного боку, Декрет передбачав здійснення страхових виплат за рахунок страхових резервів, що відповідало ринковим принципам, а з іншого – не визначав фінансового механізму формування цих резервів і суто адміністративно забороняв перераховувати до резервів понад 50% страхових платежів. Окрім того, Декрет надліберально заборонив державі втручатися в діяльність страхових організацій, а водночас визначав державний орган, відповідальний за стан розвитку страхового ринку [6, с.19-20].

Одним із найголовніших позитивних результатів впровадження в дію Декрету “Про страхування” є створення системи державного регулювання та нагляду за страховою діяльністю, включаючи реєстрацію страхових організацій та ліцензування цієї діяльності, а також створення відповідного органу виконавчої влади у справах нагляду за страховою діяльністю. Сфера повноважень державного органу з нагляду за страховою діяльністю досить широка. Зокрема даний орган виконує такі функції: 1) веде реєстр страховиків, перестраховиків, страхових та перестрахувальних брокерів України; 2) видає ліцензії на проведення страхової діяльності; 3) здійснює контроль за платоспроможністю страховиків і виконанням їхніх зобов’язань перед страхувальниками; 4) встановлює правила формування, розміщення та обліку страхових резервів; 5) узагальнює страхову практику; 6) розробляє пропозиції щодо зміни діючого страхового законодавства тощо.

Із прийняттям прогресивного як на той час Декрету, невдовзі все ж таки стало зрозуміло, що він визначив лише контури розвитку страхового ринку, і перед державним наглядом постало завдання: виробити цивілізовані законодавчі норми, насамперед, з точки зору надійності та гарантованості для страхувальників. Так розпочалась робота над проектом Закону України "Про страхування". У травні 1994 р. можливі зміни, внесення яких до страхового законодавства було необхідним, страховики обговорили на І з’їзді страховиків України. У вересні 1994 р. був розроблений проект майбутнього закону. Після цього проект півроку знаходився на опрацюванні в Кабінеті Міністрів України, а з лютого 1995 р. – у Верховній Раді України.

7 березня 1996 р. Верховною Радою України був прийнятий Закон України "Про страхування", необхідність якого була очевидна, оскільки старе страхове законодавство не могло вже ефективно регулювати діяльність страхових організацій та інших учасників страхового ринку. Цей Закон, а також ціла низка нормативно-правових актів, прийнятих протягом 1996-2000 років, безпосередньо визначили умови діяльності у сфері страхування. Вони відображали вже потреби перехідного періоду від планової до ринкової економіки, домінуючою частиною якої стали недержавні страхові компанії, що функціонують на комерційних засадах.

Але вже наприкінці другого тисячоліття зазначений Закон значною мірою також вичерпав себе і став стримувати подальший розвиток системи страхування в Україні. Набрання чинності Угоди про партнерство та співробітництво між Україною та Європейським Співтовариством, а також рішучі дії учасників страхового ринку на чолі з Лігою страхових організацій України спонукали Міністерство фінансів до спільної підготовки низки проектів нових нормативно-правових актів та внесення змін до діючих. Активна та конструктивна робота Комітету з питань фінансів та банківської діяльності Верховної Ради України забезпечила якісну і відкриту підготовку нової редакції Закону України "Про страхування".

За основу нової редакції Закону України "Про страхування" закладено систематизований підхід щодо створення, реорганізації і ліквідації страхових компаній, з урахуванням законодавства України, міжнародних стандартів і практики регулювання страхової діяльності, а також закладено низку нових принципів щодо правового регулювання діяльності страхових компаній. В основному, ці принципи стосуються питань організаційно-правової форми, вимог до страхових компаній, таємниці страхування, регулювання і нагляду за діяльністю страхових організацій та застосування до них відповідних заходів впливу.

Законом була передбачена можливість страховиків здійснювати перестрахування як у резидентів, так і у нерезидентів. Але це стосувалося не всіх ризиків, а лише їх частини. Такі заходи мали перешкодити перетворенню страхових компаній у перестрахових брокерів. При цьому, з метою запобігання відтоку коштів за кордон, визначено такі вимоги, які б давали можливість встановити прозорі правила в перестрахуванні [5], а також передбачене відповідне декларування у разі, якщо обсяги страхових платежів, що передаються в перестрахування нерезидентам, перевищують 50 відсотків від їхнього загального розміру, отриманого з початку календарного року [2, Ст.12 абз.5].

Окрім зазначеного Законом було запроваджено норму щодо підвищення фінансової міцності та стабільності страховиків України. Зокрема, збільшено мінімально допустимий розмір статутного фонду страховика, який займається іншими, ніж страхування життя, видами страхування, до суми, еквівалентної 1 млн. євро, а для страховика, який займається страхуванням життя, - 1,5 млн. євро за обмінним курсом валюти України.

Посередницька діяльності у сфері страхування, якою відповідно до Закону займаються страхові або перестрахові брокери може здійснюватися як резидентами, так і нерезиденти. В той же час нерезиденти вправі надавати послуги лише через постійні представництва в Україні, які повинні бути зареєстровані як платники податку відповідно до законодавства України та включені до державного реєстру страхових або перестрахових брокерів, згідно із порядком, встановленим Кабінетом Міністрів України.

Значну увагу приділено також питанням дотримання комерційної таємниці страховика посадовими особами органів державної влади. Започатковується поняття "таємниці страхування", із визначенням, яка саме інформація складає таємницю страхування і в яких випадках вона розкривається; а також обмежено коло державних органів, зокрема, Прокуратура, Служба безпеки України, Міністерство внутрішніх справ, Державна податкова адміністрація України, за письмовим запитом яких може надаватися інформація, яка складає таємницю страхування.

Особливої уваги заслуговує ст.7 Закону “Про страхування”, яка присвячена обов’язковому страхуванню. З однієї сторони нова редакція Закону містить набагато обширніший перелік тих видів страхування, які здійснюються в обов’язковій формі (нині їх вже майже 40 видів). З іншої сторони значна частина обов’язкових видів державного особистого страхування, передбачених у попередньому Законі, скасовані із вказівкою на те, що компенсаційні виплати окремим категоріям працівників (потерпілим особам) будуть здійснюватись безпосередньо з Державного бюджету України.

Джерелами сучасного страхового права повноправно вважаються нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України, завдяки яким страхові правовідносини в України отримали детальну правову регламентацію. Серед цих актів особливе місце займають: “Положення про порядок провадження діяльності страховими посередниками” від 18 грудня 1996 р., “Тимчасове положення про товариство взаємного страхування” від 1 лютого 1997 р., “Порядок і правила проведення обов’язкового авіаційного страхування цивільної авіації”, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 12 жовтня 2002 р., “Порядок та умови обов’язкового державного страхування державних виконавців”, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 17 серпня 1998 р., “Порядок і правила проведення обов’язкового страхування цивільної відповідальності за ядерну шкоду”, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 23 червня 2003 р., Положення Каб і-

нету Міністрів України "Про обов'язкове особисте страхування від нещасних випадків на транспорті" від 14 серпня 1996 р. та ін.

Нормативними актами міністерств і відомств України – інструкціями, положеннями, методиками, наказами, що реєструються в Міністерстві юстиції України, норми страхового законодавства отримують ще більшу деталізацію. Передусім це стосується тих питань, які належать до сфери регулювання кількох відомств. Наприклад, такими актами регулюється порядок ведення бухгалтерської та статистичної звітності страховиків.

Особливе місце серед джерел страхового права України посідають нормативно-правові акти, що їх видав орган, уповноважений здійснювати контроль за страховою діяльністю. Першим таким органом в Україні став Державний комітет у справах нагляду за страховою діяльністю – Укрстрахнагляд (Постанова Кабінету Міністрів України від 17 вересня 1993 р.). Починаючи з 15 грудня 1999 р. відповідно до Указу Президента України "Про зміни у структурі центральних органів виконавчої влади" повноваження Комітету виконувало Міністерство фінансів України, в складі якого був створений Департамент в галузі проведення державної політики в сфері нагляду за страховою діяльністю. На даний час у зв'язку із прийняттям Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" зазначені повноваження виконуються Державною комісією з регулювання ринків фінансових послуг України (Держфінпослуг) [4]. Отже, як уповноважений орган комісія забезпечує реалізацію державної страхової політики, а її акти є обов'язковими для всіх страховиків України. Цими актами, а саме наказами, розпорядженнями, рішеннями встановлюються інструкції та методики щодо здійснення окремих видів діяльності, заходи з покарання страховиків за виявлені порушення – приписи, зупинки, обмеження та відкликання ліцензій; вимоги до звітності й обліку; порядок реєстрації, ліцензування, вилучення з реєстру, ліквідації та реорганізації; порядок здійснення навчання, підготовки та перепідготовки кадрів страховиків. Серед них: Інструкція про порядок сертифікації страхових брокерів, ведення державного реєстру страхових брокерів та регулювання їх діяльності, затверджена наказом Комітету у справах нагляду за страховою діяльністю №78 від 26.10.1999 р., Методика розрахунку страхових тарифів по обов'язковому страхуванню майна державних підприємств і організацій, затверджена наказом Міністерства економіки України, Міністерства фінансів України, Укрстрахнагляду від 31 липня 1995 р. №124/48/131, Положення про порядок здійснення страхової діяльності відокремленими підрозділами страховиків, затверджене наказом Комітету у справах нагляду за страховою діяльністю №13 від 12 березня 1994 р., Ліцензійні умови провадження страхової діяльності, затверджені розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 28.08.2003 р. №40 зі змінами від 25.01.2005 р. №3433 та багато інших.

Як особливий предмет правового регулювання, страхова діяльність отримала своє нормативне закріплення також у величезній кількості підзаконних нормативно-правових актів, що приймаються міністерствами, державними комітетами, відомствами спеціальної компетенції. До речі, наявність великого масиву відомчих нормативних актів у системі страхового законодавства вважається його недоліком, однак відмовитися від даного інституту неможливо [9, с.37]. Подібний "недолік" пояснюється тим, що подібна ситуація (а саме розпорошеність норм страхового законодавства серед великої кількості відомчих нормативних актів) призводить до фактичної нерівності сторін страхових правовідносин, оскільки відомчі нормативні акти практично не доступні для широкого кола страхувальників.

Нормативні акти місцевих органів виконавчої влади, як правило, мають розпорядчий характер і окреслюють особливості провадження в межах певних адміністративних одиниць заходів, визначених урядовими або відомчими документами. Це можуть бути роз'яснення щодо проведення будь-яких експериментів, особливостей муніципального страхування, а також нормативні акти, які регулюють порядок здійснення нагляду за страховиками згідно з програмами, розробленими на місцевому рівні та за участю різних місцевих структур виконавчої влади. У зв'язку з віднесенням більшості питань з регулювання страхової діяльності на загальнодержавний рівень, роль правових актів місцевої влади у страховій галузі незначна.

Висновки. Вище наведене дає можливість стверджувати, що страхове право – це комплексна галузь права, яка на приватноправових та публічно-правових засадах здійснює регулювання суспільних відносин, пов'язаних із страховим захистом майнових інтересів фізичних та юридичних осіб у випадках заподіяння збитків. Саме тому, до джерел сучасного страхового права України входять не лише акти цивільного законодавства, але й господарського, фінансового,

адміністративного, а також в певній мірі кримінального законодавства. Всі вони в комплексі дозволяють забезпечити розвиток страхового ринку України, внаслідок чого суспільство та держава зможуть вирішити чи не найважливіші економічні, соціальні та політичні проблеми.

Список літератури

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003. – К.: Атіка, 2003. – 416 с.
2. Закон України "Про страхування" від 04.10.2001 р. // Відомості Верховної Ради. – 2002. – №7. – ст.50.
3. Закон України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" від 12.07.2001 р. // Офіційний Вісник України. – 2001. – №32. – ст.1457.
4. Положення "Про Державну комісію з регулювання ринків фінансових послуг України". Затверджено Указом Президента України від 4 квітня 2003 р. №292/2003 // Урядовий кур'єр. – 2003. – №70.
5. Порядок та вимоги щодо здійснення перестрахування у страховика (перестраховика) нерезидента. Затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 4 лютого 2004 р. №124 // Офіційний Вісник України. – 2004. – №5. – ст.242.
6. Біленчук Д.П., Біленчук П.Д., Залєтов О.М., Клименко Н.І. Страхове право України. Підручник для вищих навчальних закладів. За ред. П.Д.Біленчука і О.Ф.Філонюка. – К.: Атіка, 1999. – 368 с.
7. Горбач Л.М. Страхова справа: Навч. посібник. – Луцьк, 2001. – 181 с.
8. Залєтов О.М., Слісаренко О.О. Основи страхового права України. Навчальний посібник. Під ред. д.е.н. Б.М.Данилишина. – К.: Міжнародна агенція "BeeZone", 2003. – 384 с.
9. Пацурія Н.Б. Страхове право України: Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 176 с.
10. Плиса В.Й. Страхування: Навч. посібник. – К.: Каравела, 2005. – 392 с.
11. Ротова Т.А., Руденко Л.С. Страхування навчальний посібник. – К.: КНЕУ, 2001. – 400 с.
12. Страхове право: Навч. посібник. / За ред. Ю.О.Заіки. – К.: Істина, 2004. – 182 с.

Стаття надійшла до редколегії 3 березня 2006 року.
Рекомендована до опублікування у «Віснику» науковим редактором П.С.Пацурківським.

V.M. Nikiforak

SOURCES OF THE MODERN INSURANCE RIGHT OF UKRAINE

Summary

In the article dynamics of development of legal regulation of insurance legal relations in Ukraine is disclosed, that is the sources of the insurance right of Ukraine are investigated, beginning from times of independence of Ukraine and transition to the market relations.

IV. ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО. АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. ФІНАНСОВЕ ПРАВО

УДК 347.73

© 2006 р. **О.О. Тріска**
Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Чернівці

ВЛАДАРЮЮЧІ СУБ'ЄКТИ ФІНАНСОВИХ ПРАВОВІДНОСИН: ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ

Постановка проблеми. Сьогодні в Україні триває процес становлення фінансової системи. У цьому процесі особливу роль приділено суб'єктам фінансових правовідносин, зокрема тим з них, котрі наділені владними повноваженнями, адже саме від того як вони будуть виконувати свої обов'язки залежить добробут не лише держави, але й суспільства к цілому. Саме тому обрана тематика є актуальною.

Ступінь наукової розробки. Проблемам суб'єктів фінансових правовідносин у фінансово-правовій науці приділено чимало уваги. Поняття, класифікація та повноваженння суб'єктів фінансових правовідносин досліджували: М.В. Карасева [16; 27], П.С. Пацурківський [20], Н. Пришва [21]. Окремі аспекти поставленої проблеми досліджувались такими вченими як: Н.І. Хімічева, що досліджувала статус суб'єктів бюджетного права [32]; проблеми суб'єктів податкового права аналізувались Д.В. Вінницьким [12], Н.П. Кучерявенко [17], О.В. Щербанюк [33], Т. Кагановською [15], Р.О.Гаврилюк [13] та іншими.

Мета статті. Зважаючи на вищевикладене, автор ставить перед собою завдання проаналізувати існуючі види класифікацій суб'єктів фінансових правовідносин та дослідити поняття та види владарюючих суб'єктів фінансових правовідносин.

Виклад основного матеріалу. Суб'єктами фінансових правовідносин прийнято вважати осіб, які на підставі фінансово-правових норм є реальними учасниками фінансових правовідносин. Суб'єкт фінансового права є поняттям ширшим, ніж суб'єкт фінансових правовідносин [32, с.41,42], і співвідноситься з останнім як загальне і конкретне, оскільки є носієм передбачених нормами фінансового права суб'єктивних прав і юридичних обов'язків та має потенційну можливість участі у фінансових правовідносинах. Тобто, суб'єкт фінансового права - це особа, яка потенційно здатна бути учасником фінансових правовідносин, а суб'єкт фінансового правовідношення – це реальний учасник конкретних правовідносин [32, с. 37-38]. Отже, суб'єктами фінансового правовідношення стають лише суб'єкти фінансового права. До останніх належать „держава, адміністративно-територіальні утворення; юридичні особи – підприємства і організації усіх форм власності, установи, громадські організації, тобто колективні суб'єкти і громадяни як індивідуальні суб'єкти" [26, с.76]. Вчені не можуть прийти до спільної думки щодо класифікації суб'єктів фінансових правовідносин. У фінансово-правовій науці ряд учених виділяють такі три групи суб'єктів фінансового права: а) суспільно-територіальні утворення; б) колективні суб'єкти; в) індивідуальні суб'єкти [28, с.38-39; 27, с.102]. До суспільно-територіальних утворень відноситься держава в цілому та її місцеві утворення (АР Крим, області, міста, райони, селища, села). До колективних суб'єктів – органи державної влади, організації та інш. Третя група об'єднує індивідуальних суб'єктів, до яких відносяться фізичні особи.

Деякі вчені виділяють дві групи суб'єктів: колективні суб'єкти, до яких відноситься держава в особі уповноважених органів, місцеві утворення, юридичні особи, некомерційні та індивідуальні суб'єкти [29, с.66 -70]. Також серед зазначених суб'єктів можна виділити управлених суб'єктів фінансових правовідносин та зобов'язаних суб'єктів фінансових правовідносин [30, с.103].

Наважимося припустити, що під терміном "управлений суб'єкт" автори розуміють суб'єкта, наділеного владними повноваженнями у фінансовій сфері, якщо так-то, на нашу думку, є не зовсім коректним використання даного терміна, оскільки він походить від російського слова „управление", яке українською мовою перекладається як „владарювання". Тому більш співзвучним українській мові був би термін „владарюючий суб'єкт", тим більше, що і в російській мові прикметник „властный" характеризує суб'єкт, „що має право й можливість розпорядження чим-небудь, підкоряти своїй волі" [19, с. 82-83].

Отже, остання класифікація, на нашу думку, має виглядати так: владарюючі суб'єкти фінансових правовідносин та зобов'язані суб'єкти.

Д.В. Вінницький пропонує в основу класифікації суб'єктів податкового права покласти наявність (або відсутність) публічної влади у правосуб'єкта та поділити суб'єктів податкового права на публічних та приватних суб'єктів податкового права [12, с.70]. Пропонуємо використати цей принцип і для класифікації суб'єктів фінансового права, оскільки саме владне повноваження є показником публічної природи фінансового права як галузі права.

Владне повноваження, як критерій для класифікації суб'єктів фінансового права, дає можливість їх поділити на публічні та приватні, враховуючи ще й додаткові ознаки. Серед таких ознак Д.В. Вінницький виділяє такі: 1) приватні суб'єкти виражають у податкових правовідносинах (а відповідно й у фінансових), як правило, свою власну волю та інтерес. Публічні – волю та інтерес відповідної соціальної спільноти, що проживає на відповідній території; 2) правосуб'єктність приватних суб'єктів характеризується правоздатністю та дієздатністю. Правосуб'єктність публічних суб'єктів – компетенцією; 3) виникнення публічного суб'єкта має або історичний характер, або суб'єкт створюється в примусовому порядку. Для приватного суб'єкта більш характерним є добровільність створення (ця ознака має значення для колективних суб'єктів) [12, с. 70]. Отже, держава в цілому, її органи та місцеві утворення (АР Крим, області, міста, райони, селища, села) за цією класифікацією відносяться до **публічних** суб'єктів фінансового права, а організації та індивідуальні суб'єкти (до яких відносяться фізичні особи – громадяни, іноземці та особи без громадянства) відносяться до **приватних** суб'єктів.

Відповідно до цієї класифікації владарюючі суб'єкти є публічними суб'єктами оскільки приймаючи участь у фінансових правовідносинах вони керуються публічним інтересом.

Наявність владарюючих суб'єктів, що наділені владними повноваженнями призводить до того, що суб'єкти в таких правовідносинах займають нерівне становище. Так, В.Ф. Яковлев виділяє три основних причини нерівноправного положення суб'єктів. По-перше, владарюючі суб'єкти наділяються компетенцією, якої немає у підвладних суб'єктів. По-друге, суб'єкти не наділені свободою вибору поведінки в рамках правовідношення (елементи диспозитивності проявляють себе лише в тому, що суб'єкти, в основному владарюючі, володіють свободою вибору найкращого варіанта виконання покладених на них обов'язків). По-третє, правова ініціатива у виданні владних актів належить владарюючим суб'єктам [34, с. 149-150].

Правовий зв'язок владарюючого та підвладного суб'єкта у фінансовому правовідношенні характеризується функціональною підлеглістю, що є відмінною від адміністративної. Так, на думку Хімічевої Н.І., учасники фінансових правовідносин, яким адресовані владні приписи, знаходяться у взаємозв'язку з цими органами та в залежності від них лише по лінії функцій фінансової діяльності. У них немає підлеглості по всіх напрямках, як при галузевому управлінні „по вертикалі" (міністерство – „уверху" і підвідомчі йому організації - „внизу"). Проте це не означає, що фінансово-правове регулювання методом владних праписів не розповсюджується на відносини „вертикального" підпорядкування. Владні приписи, що стосуються фінансової діяльності держави, організацій та установ, направляються і з боку їх вищестоящих органів. Однак для фінансово-правового регулювання найбільш характерне використання цього методу саме у функціональних взаємозвязках з фінансово-кредитними органами [25, с. 46 - 47].

Зазначимо, що немає єдиного погляду на те, який термін використовувати – чи термін „суб'єкти, наділені владними повноваженнями", чи „управлені суб'єкти" [30,с.103], чи, як пропонує російська фінансова наука, – „властвующий субъект" [23 ,с.3]. Немає розв'язку цієї проблеми і в національному фінансовому законодавстві. Проте в адміністративному судочинстві запропоновано поняття „суб'єкт владних повноважень", під яким розуміється „орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень"[2, п.7,ч.1,ст.3]. Однак, на думку вчених-адміністративістів, дане визначення не є досконалим та має ряд проблем. Так, недоречна така ознака суб'єкта владних повноважень, як здійснення ним владних „управлінських функцій". Проблемність тут полягає насамперед у тому, що ані в Конституції України, ані в інших актах законодавства не сформовано легальних підстав для загальновживаного тлумачення терміна „управлінські функції". Немає також унормованого поняття „державне управління" (або „публічне управління"). Більше того, в сучасному законодавстві поряд з терміном „державне управління" широко вживається термін „державне регулювання", яким часто охоплюються функції, котрі в інших випадках

віднесені до функцій державного управління. Проте в окремих законах функції державного управління відокремлені від функцій державного регулювання (наприклад, у законі України „Про телекомунікації") і цими функціями, відповідно, наділені різні органи, хоча вони належать до системи органів виконавчої влади. Все це унеможливлює чітке встановлення кола суб'єктів владних повноважень [10, с.9].

На нашу думку, під владарюючими суб'єктами фінансових правовідносин належить розуміти суб'єктів, наділених владними повноваженнями у фінансовій сфері. Проте владні повноваження можуть мати різну природу. Так, К.С. Бельський виділяє владні повноваження двох видів – зв'язані та вільні. Зв'язані повноваження передбачають точне встановлення в законі того, що повинні робити виконавчі органи, позбавляючи їх свободи розсуду та передбачаючи деталі їх поведінки. Вільні повноваження передбачають, що законом визначені лише загальні принципи діяльності органів виконавчої влади. При цьому їм наданий деякий бланкет у виконанні частин та дозволено на цій підставі видавати акти, як нормативні, так і індивідуальні [11, с.27]. Прикладом „зв'язаних" повноважень є повноваження Державного казначейства у сфері надання міжбюджетних трансфертів [3, ст.108], повноваження Рахункової палати по контролю за використанням бюджетних коштів та у сфері державного боргу [3, ст.110], також це контрольні повноваження Міністерства фінансів на всіх стадіях бюджетного процесу [3, ст.111].

Разом з тим владарюючі суб'єкти фінансових правовідносин наділені рядом „вільних" повноважень. Це положення знаходить свій прояв у повноваженнях Рахункової палати по встановленню строків, видів та порядку проведення фінансових перевірок, ревізій в апараті Верховної Ради України, в органах державної влади та місцевого самоврядування [6, ч.1 ст.26]. Прикладом названих повноважень можна назвати повноваження Державного казначейства у сфері бухгалтерського обліку та фінансової звітності [7, ст.4, п. 11].

Які ж саме суб'єкти є владарюючими, тобто характеризуються наявністю владних повноважень у фінансовій сфері? По – перше, це держава в цілому. Компетенція держави у сфері фінансової діяльності проявляється в її суверенних правах, зокрема: в праві на встановлення податків, в праві на затвердження бюджету. Держава у фінансових правовідносинах виступає як владарюючий суб'єкт, тобто суверен [27, с.102]. Це положення проявляється в тому, що держава має право на встановлення податків, затвердження бюджетів. Також держава у фінансових правовідносинах виступає в якості держави - власника, тобто казни [31, с.167, 169]. Це пов'язано з тим, що суверенні права держави стосуються бюджету, державних позабюджетних фондів, які є складовою казни. Необхідність визнання держави в цілому суб'єктом фінансового правовідношення виникає також коли необхідно покласти саме на неї відповідальність у цих правовідносинах [14, с.37-39].

Вочевидь, що з формально-юридичного погляду держава повинна визнаватися суб'єктом фінансового права, тільки коли це прямо випливає або вказано в законодавстві. На жаль, у сучасному законодавстві держава в цілому далеко не завжди виділяється як суб'єкт фінансового права, хоча є ним фактично. Нерідко держава – суб'єкт підмінюється вказівкою на ті державні органи, в особі яких вона виступає [16, с.101].

Держава, будучи суб'єктом фінансового права, в конкретному фінансовому правовідношенні виступає в особі певного державного органу, який володіє фінансовою правосуб'єктністю, що являє собою поєднання фінансової правоздатності та дієздатності і розкривається в їх компетенції. Проте той орган, що володіє фінансовою дієздатністю держави, не є одночасно деліктоздатним. Оскільки, як зазначалося вище, у відносинах, у яких бере участь держава, деліктоздатністю володіє не той орган, який виступав від її імені, а держава в цілому. Так, відповідальність по боргових зобов'язаннях України несе держава в цілому. Тобто, коли суб'єктом фінансового права є держава, реальним суб'єктом конкретного фінансового правовідношення є держава в особі відповідного органа. Підставою для визнання органів державної влади владарюючими суб'єктами фінансових правовідносин є наявність у них владних повноважень у фінансовій сфері.

У залежності від обраного критерію органи державної влади можуть бути класифіковані по-різному. Стаття 6 Конституції України передбачає поділ влади не законодавчу, виконавчу, судову. Органи судової влади беруть участь у фінансових правовідносинах шляхом вирішення справ про стягнення державного мита, надання відстрочок і розстрочок по його сплаті. Крім того, для одних органів державної влади фінансова діяльність складає частину їх компетенції – це органи загальної компетенції, а для інших фінансова діяльність є спеціальною і повністю охоплюється їх компетенцією.

До органів загальної компетенції у фінансовій сфері, на нашу думку, відносяться:

- Президент України, який бере участь у фінансових правовідносинах шляхом підписання фінансових законів, видання указів і розпоряджень з питань виконання бюджетів, фінансування державних витрат, грошово-кредитної політики, організації органів фінансової системи. Виходячи з положень Конституції України, Президент визначає основні напрями внутрішньої та зовнішньої політики, на яких базується й фінансова політика держави. Згідно зі статтею 106 Конституції України, Президент звертається зі щорічним посланням до Верховної Ради, присвяченим проблемам бюджетної політики;

- Верховна Рада України, згідно зі статтею 85 Конституції України затверджує Основні напрями бюджетної політики, які беруться за основу при складанні проекту бюджету, затверджує Державний бюджет. Згідно статті 109 Бюджетного Кодексу України Верховна Рада України здійснює контроль за додержанням бюджетного законодавства на всіх стадіях бюджетного процесу;

- Кабінет Міністрів України наділений владними повноваженнями у сфері безпосередньої практичної реалізації фінансової політики України, державної політики в галузі ціноутворення і оплати праці, складання та виконання Державного бюджету України і звіту про його виконання, здійснення загальнодержавних і міждержавних економічних програм та інше;

- місцеві державні адміністрації наділені повноваженнями з питань бюджету, фінансів, обліку [4, ст.13], контрольними повноваженнями щодо бюджетів нижчого рівня та щодо стану фінансової дисципліни, обліку та звітності, виконання державних контрактів і зобов'язань перед бюджетом [4, ст. 16] та рядом інших повноважень [4, ст.18].

До органів спеціальної компетенції у фінансовій сфері можна віднести: Рахункову палату України; Міністерство фінансів України; Державне казначейство України; Державну податкову адміністрацію України; Державну контрольно-ревізійну службу України; Національний Банк України; Державну митну службу; податкову міліцію; Державну пробірну палату України. Повноваження цих органів закріплені в Конституції України , Бюджетному Кодексі України, законах та інших нормативних актах, які визначають статус даних органів.

На нашу думку, цікаве питання, чи є розпорядники бюджетних коштів суб'єктами, наділеними владними повноваженнями, чи все ж таки вони є підлеглими? На дане питання не можливо дати однозначної відповіді. Це пов'язано з тим що розпорядники між собою знаходяться в певній ієрархії. Так, головні розпорядники наділені владними повноваженнями по відношенню до розпорядників нижчого рівня. Зокрема, головний розпорядник: визначає мережу розпорядників та одержувачів бюджетних коштів; забезпечує управління бюджетними асигнуваннями; затверджує кошториси розпорядників бюджетних коштів; здійснює контроль за повнотою надходжень та витрачанням бюджетних коштів [3, ст.22]; у необхідних випадках приймає рішення про приведення у відповідність бюджетного призначення [3, ст.23]; визначає відповідальних виконавців бюджетних програм на наступний рік [8, п.1.3, ч.1]. З наведеного зрозуміло, що головні розпорядники бюджетних коштів є владарюючими суб'єктами фінансових правовідносин.

Поряд з головними розпорядниками законодавством передбачено ще такий суб'єкт, як **відповідальні виконавці бюджетних програм**, в якості яких можуть виступати: головний розпорядник - за бюджетними програмами, виконання яких забезпечується його апаратом; розпорядники коштів державного бюджету нижчого рівня та одержувачі коштів державного бюджету, які виконують бюджетні програми у системі головного розпорядника [8, п.1,ч.1.2.].

Якщо головний розпорядник та відповідальний виконавець в одній особі, то недоречно вести мову про наявність владних повноважень у останнього по відношенню до головного розпорядника, оскільки суб'єкт не може давати сам собі вказівки і сам перед собою звітувати про їх виконання. Якщо ж в особі відповідального виконавця виступає розпорядник нижчого рівня чи одержувач, то чи буде мати він владні повноваження по відношенню до головного розпорядника по даній бюджетній програмі? Відповідь негативна, оскільки головний розпорядник визначає відповідального виконавця, головні розпорядники розподіляють обсяги видатків між відповідальними виконавцями [8, п. 2.1.] та визначають порядок складання бюджетних запитів [8, п. 2.2.], усі пропозиції відповідальних виконавців мають бути погоджені з головними розпорядниками, крім того, вони подають фінансову звітність за бюджетними програмами саме головним розпорядникам [8, п.3.9]. Проте відповідальні виконавці наділені владними повноваженнями по відношенню до розпорядників бюджетних коштів нижчого рівня. Наведене положення підтверджується такими повноваженнями: відпові-

дальні виконавці уточнюють обсяги бюджетних асигнувань розпорядникам нижчого рівня та одержувачам за своєю мережею [8, п.3.2], відповідальні виконавці здійснюють розподіл показників зведених кошторисів та проектів зведених планів асигнувань із загального фонду за своєю мережею в розрізі розпорядників коштів нижчого рівня та одержувачів за територіями [8, п.3.7], відповідальні виконавці здійснюють розподіл виділених коштів за своєю мережею [8, п.3.8].

Що стосується розпорядників II рівня, то вони є підпорядкованими головному розпоряднику та відповідному відповідальному виконавцю і є керуючим суб'єктом по відношенню до розпорядників III рівня та одержувачів. Тобто владними повноваженнями в бюджетному процесі не наділені лише розпорядники нижчого рівня та одержувачі бюджетних коштів.

Владні повноваження у фінансовій сфері належать також Автономній Республіці Крим та органам місцевого самоврядування, тому вони також відносяться до владарюючих суб'єктів фінансових правовідносин. Більшість повноважень дані суб'єкти мають у сфері бюджетних відносин. Щодо Автономної Республіки Крим, то відповідно до Конституції України до її відання належить виконання бюджету республіки на основі єдиної податкової та бюджетної політики України [1, ст.138]. Конституція Автономної Республіки Крим закріплює повноваження Верховної Ради Автономної Республіки Крим щодо здійснення контролю за виконанням бюджету Автономної Республіки Крим [9, ст.26], інші контрольні повноваження закріплені у Бюджетному Кодексі України [3, ст.ст. 114, 115].

Органи місцевого самоврядування перш за все є суб'єктами міжбюджетних відносин [3, ст.81]. Так, з Державного бюджету України надаються місцевим бюджетам трансферти у вигляді дотацій вирівнювання, субвенцій [3, ст.9], також місцеві ради можуть обмінюватися дотаціями між собою [3, ст. 101]. До повноважень органів місцевого самоврядування відноситься: встановлення місцевих податків і зборів та їх ставок у межах визначених законом; утворення цільових фондів, та затвердження положень про ці фонди [5, ст. 26. п. 24-29]; складання, затвердження та виконання відповідних місцевих бюджетів [5, ст.ст.28,43] та інші повноваження.

Підсумовуючи вищевикладене, можна зробити такі **висновки**: по-перше, суб'єкт фінансового права - це особа, яка потенційно здатна бути учасником фінансових правовідносин, а суб'єкт фінансового правовідношення – це реальний учасник конкретних правовідносин. По-друге, існують різноманітні класифікації суб'єктів фінансових правовідносин. Так, виділяють владарюючих суб'єктів фінансових правовідносин. Наявність владарюючого суб'єкта характерна для фінансового права, оскільки це випливає зі специфіки правовідносин, котрі утворюють предмет цієї галузі. По-третє, владарюючі суб'єкти фінансових правовідносин – це суб'єкти, наділені владними повноваженнями у фінансовій сфері. За своєю природою владні повноваження можуть бути „вільні" та „зв'язані". По-четверте, владарюючі суб'єкти є публічними суб'єктами, оскільки, беручи участь у фінансових правовідносинах вони керуються публічним інтересом. По-п'яте, до владарюючих суб'єктів фінансових правовідносин належать: держава в цілому; органи державної влади, які в залежності від природи повноважень у фінансовій сфері у свою чергу поділяються на органи загальної та спеціальної компетенції; Автономна Республіка Крим та органи місцевого самоврядування.

Список літератури

1. Конституція України 28 червня 1996 року зі змінами від 8 грудня 2004 року. – К.: Школа, 2005.
2. Кодекс Адміністративного судочинства України від 06.07.2005 року. К.: Парламентське видавництво, 2005.
3. Бюджетний Кодекс України від 21 червня 2001 року – К.: Атака, 2001 – 80с.
4. Закон України „Про місцеві державні адміністрації" від 9 квітня 1999 року №586 –XIV із змінами // Відомості Верховної Ради –2006 - №9 – с.964.
5. Закон України „Про місцеве самоврядування" від 21.05.1997 року із змінами від 22.12. 2005 року // Відомості Верховної Ради – 2006 - №16.
6. Закон України „Про Рахункову палату України" від 11 липня 1996 року// Відомості Верховної Ради - 1998 - №24 – ст.137.
7. Положення про Державне казначейство України, затверджено Постановою Кабінету Міністрів України від 21.12.2005 року // Офіційний вісник України від 11.01.2006 – 2005 р. №52, стор.330.
8. Інструкція про статус відповідальних виконавців бюджетних програм та особливості їх участі у бюджетному процесі, затверджена Наказом Міністерства фінансів України від 14.12.2001

року №574// Офіційний вісник України - 2002р. (від 25.01) -№2.

9. Конституція Автономної Республіки Крим від 21 жовтня 1998 року // Відомості Верховної Ради –1999- №5.

10. Авер'янов В., Лук'янець Д., Педько Ю. Кодекс адміністративного судочинства України: необхідність і шляхи усунення концептуально-понятійних вад // Право України – 2006. - №3. – с.7-12.

11. Бельский К.С. Феноменология административного права. Смоленск, 1995.

12. Винницкий Д.В. Субъекты налогового права. – М.: Издательство НОРМА, 2000.

13. Гаврилюк Р.О. Особливості правового статусу органів, що безпосередньо здійснюють податкову діяльність держави. // Актуальні проблеми держави і права: Зб. наук. праць. – Одесса, 2003. – Вип. 19. – с. 188 – 192.

14. Гунель М. Введение в публичное право. М. 1995.

15. Кагановська Т. До питання щодо регулювання прав суб'єктів подаково-правових відносин.// Вісник Академії правових наук України. – 2004. - №4 - с.126-132.

16. Карасева М.В. Финансовое правоотношение. – М.: НОРМА, 2001.

17. Кучерявенко Н.П. Курс налогового права. В. 6 томах, т.II: Введение в теорию налогового права. – Харьков: Легас, 2004. – с.308-429.

18. Науково-практичний коментар Бюджетного Кодексу України / За заг. ред. П.В. Мельника. – К.: Юрінком інтер, 2003.

19. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М.: АЗЪ, 1995.

20. Пацурківський П.С. Проблеми теории фінансового права. – Ч.:ЧДУ, 1998.

21. Пришва Н. Щодо питання повноважень суб'єктів фінансових правовідносин. // Підприємництво, господарство і право. – 2004. - №2. – с.25 -28.

22. Ровинский Е.А. Основные вопросы теории финансового права. М., 1960.

23. Рукавишникова И.В. // Финансовое права. – 2005 - №5 – с.2-6.

24. Тихомиров Ю.А. Публичное право: Учебник. М: БЕК, 1995.

25. Финансовое право: Ученик / под ред.. Н.И. Химичевой. – М.1996.

26. Фінансове право. Підручник / За ред. Л.К. Воронової. – Х.: Консум, 1998.

27. Финансовое право Российской Федерации: Ученик / Отв. ред. М.В. Карасьова. М.: Юристъ, 2002. – 576 с.

28. Финансовое право. - М., 1995.

29. Фінансове право. – Харків: Консум, 1999.

30. Фінансове право України. Загальна частина: Навчальний посібник / За заг. ред. члена-кор. АПрН України В.П. Нагребельного. – Суми: Університетська книга, 2004.

31. Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. - М., 1974.

32. Химичева Н.И. Субъекты советского бюджетного права.- Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1979.

33. Щербанюк О.В. Громадянин як суб'єкт податкових правовідносин. – Чернівці: Рута, 2000. – с.104-225.

34. Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. - Свердловск, 1972.

35. Ямпольская Ц.А. Органы советского государственного управления в современный период. - М., 1954. - с.11-40.

Стаття надійшла до редколегії 20 лютого 2006 року.
Рекомендована до опублікування у «Віснику» членом редколегії Р.О.Гаврилюк.

I.I. Triska

THE DOMINATING SUBJECTS OF FINANCIAL LEGAL RELATIONS: CONCEPT AND KINDS

Summary

In this article author analyse existing kinds of classification of subjects of financial-and-legal relationships and investigate legal status of some powerfull subjects of financial -and-legal relationships.

УДК 347.73

© 2006 р. **О.І. Григораш**
Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Чернівці

ГАРАНТІЇ СУБ'ЄКТИВНИХ ПРАВ ТА ЗАКОННІ ІНТЕРЕСИ: СТРУКТУРНІ ЕЛЕМЕНТИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ОСОБИ

Постановка проблеми. Гарантії суб'єктивних прав і законні інтереси особи – необхідні структурні елементи її правового статусу. Дані категорії застосовується в останні роки майже в усіх сферах юридичної науки. Вивчення гарантій суб'єктивних прав і законних інтересів, - без сумніву, актуальне завдання науки адміністративного права.

Ступінь наукової розробки проблеми. Проблемі розуміння гарантій суб'єктивних прав та законних інтересів особи присвячували свої дослідження вчені у різні роки. Значну увагу даній проблемі приділено Р. Ієрингом [6, с.530], М. Боярцевою [2, с.24], Р.Е.Гукасяном [4, с.36], В. Князєвим [7, с.29], М.І. Матузовим [8, с.111], А.В. Малько [11, с.61]. Досить ґрунтовно розглянуто поняття гарантій суб'єктивних прав і законних інтересів як структурних елементів адміністративно-правового статусу особи у праці М.В. Вітрука „Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе" [3, с.194].

Мета статті. Автор ставить перед собою завдання проаналізувати ступінь наукової розробки проблеми, визначити поняття гарантій суб'єктивних прав і законних інтересів як структурних елементів адміністративно-правового статусу особи.

Виклад основного матеріалу дослідження. Під адміністративно-правовим статусом особи розуміється комплекс конкретно визначених установлених законом й іншими нормативно-правовими актами сукупність суб'єктивних прав і обов'язків особи, що гарантують її участь в управлінні державними справами й задоволення публічних та особистих інтересів через діяльність державної влади й органів місцевого самоврядування.

Важливе місце в структурі адміністративно-правового статусу особи посідають гарантії реалізації прав, свобод та охоронюваних законом інтересів особи, сумлінного виконання обов'язків і їх, охорона (захист) із боку держави.

Під гарантіями юридичних прав, обов'язків і законних інтересів особи розуміються ті умови й засоби, які забезпечують їх фактичну реалізацію і належну охорону (захист) для кожної особи [3, с.194].

У певному розумінні гарантії, можна розглядати і як певну групу прав громадян, які сприяють реалізації та охороні їх прав, свобод і законних інтересів. Ці права мають двоякий характер, оскільки виступають і як право, і як гарантія.

Законодавством передбачено і закріплено значний комплекс гарантій прав і свобод людини й громадянина. Умовно їх можна поділити на дві основні групи: 1) загальні гарантії, які стосуються всіх або більшості прав і свобод; 2) спеціальні гарантії, які стосуються окремих прав і свобод.

Серед загальних гарантій виділяють політичні, економічні, правові та організаційні гарантії.

Політичні гарантії – передбачають пріоритет особистості і громадянина у суспільстві та державі, політичний плюралізм, визнання прав і свобод людини й громадянина вищою цінністю.

Економічні гарантії – це створення такого матеріального підґрунтя життя суспільства, яке дозволяло б забезпечити вільний розвиток кожної особистості, створити громадянам гідні умови життя (стабільна й ефективна робота промисловості, стабільний курс національної валюти, своєчасна виплата зарплати, соціальних виплат, зростання добробуту громадян та ін.).

Правовими гарантіями прав і свобод громадян, у першу чергу, є певні принципи адміністративно-правового статусу громадян, передбачені й закріплені Конституцією та адміністративним законодавством України, а також адміністративна відповідальність за порушення прав і свобод інших громадян. *Організаційні гарантії* містять наявність розгалуженої системи контролюючих, правоохоронних, наглядових державних та інших громадських організацій на всіх рівнях управління.

Поняття ж гарантій базується на основних конституційних принципах: гуманізмі, справедливості, верховенстві права, законності, доцільності, рівноправності та ін.

Створення гарантій - це обов'язок держави щодо особи й до всього суспільства в цілому. Державні органи мають забезпечувати та охороняти права й свободи громадян, вступати у взаємовідносини з громадянами з приводу безпосередньої реалізації цих прав.

Як було зазначено вище, під гарантіями розуміють умови та засоби, що забезпечують фактичну реалізацію і всебічну охорону прав громадян. У правовій літературі зустрічаються й інші визначення гарантій. Деякі автори, наприклад, пропонують ввести загальне поняття *„умов"* реалізації прав громадян на відміну від поняття *„гарантії"*, а гарантії розглядати як різноманітні види умов, що сприяють реалізації прав громадян. Існує також точка зору, за якою найбільш загальне поняття гарантій прав і обов'язків громадян можна звести до сукупності соціальних структур, що виступають як засоби забезпечення прав та обов'язків.

Найбільш правильним, на нашу думку, є визначення гарантій як сукупності (системи) умов або засобів, що сприяють реалізації кожною людиною й громадянином прав, свобод, охоронюваних законом інтересів та обов'язків.

У деякому розумінні гарантії (як і охоронювані законом інтереси) можна розглядати, і як певну групу прав громадян, які сприяють реалізації та охороні (захисту) їх прав, свобод і охоронюваних законом інтересів. Ці права мають двоякий характер, тому, що виступають і як право, і як гарантія. Такими гарантіями у сфері виконавчої влади є право на звернення до органів державного управління, право на відшкодування шкоди, заподіяної незаконним рішенням, діями або бездіяльністю органів виконавчої влади та їх посадовими особами, право користування передбаченими законом пільгами тощо. Здійснюючи названі права, громадяни власними діями сприяють забезпеченню свого адміністративно-правового статусу.

В юридичній літературі зустрічаються випадки розрізнення понять охорона прав і обов'язків громадян і їх, захист. Так, Б.Ю. Тихонова під охороною розуміє сукупність різноманітних взаємозв'язаних між собою мір, здійснюваних як державою, так і громадськими органами, направлених на попередження правопорушень, усунення причин, що їх породжують, усунення перешкод (які не є правопорушеннями) сприяючи, таким чином, нормальному процесу реалізації громадянами своїх прав та обов'язків. Під захистом же розуміється примусовий (у відношенню до зобов'язаної особи) засіб здійснення суб'єктивного права, застосовуваний в установленому законом порядку компетентними органами або самою правонаділеною особою з метою поновлення порушеного права.

Отже, охорона охоплює заходи, що вживаються до порушення прав і обов'язків, а захист - міри, що застосовуються після правопорушення, для поновлення порушеного права [12, с. 12].

Основною ж функцією гарантій є забезпечення дотримання виконання обов'язків державою та іншими суб'єктами у сфері реалізації прав особи. Зміст гарантій динамічний і обумовлений їх, цільовою, конституціональною та функціональною спрямованістю і залежить від суспільно-політичних, духовних та інших процесів, які відбуваються в країні на певних етапах її історичного розвитку.

Без гарантування адміністративно-правового статусу особи, зокрема, у сфері державного управління, не може бути створено реального механізму реалізації прав, свобод, охоронюваних законом інтересів та обов'язків. До юридичних гарантій належить уся система діючих у державі правових норм, передбачених юридичних засобів, спрямованих на конкретизацію прав і обов'язків, визначення порядку їх реалізації, захисту тощо. Ефективна організаційна діяльність органів виконавчої влади є загальною умовою дієвості всієї системи гарантій прав, свобод, охоронюваних законом інтересів особи та належного виконання обов'язків.

Місце особи в суспільстві, її правовий статус, соціальні можливості залежать не тільки від наданих і гарантованих їй прав і свобод, алей у значній мірі і від її *„законних інтересів" („або охоронних законом інтересів")*, також тих, що знаходяться під захистом держави [8, с.111].

Вони істотно доповнюють і закріплюють проголошені Конституцією України, іншими нормативними актами права і дозволяють кожному громадянинові користуватися широким спектром різноманітних соціальних благ, послуг, задовольняти матеріальні й духовні потреби.

Термін ***„інтерес"*** (від лат. interest, intersum - має значення, важливо.) використовують для позначення різних за своєю природою явищ. Ключовим питанням проблеми інтересу в цілому і необхідною передумовою плідного застосування цієї категорії у юридичній науці є з'ясування природи й сутності самого явища інтересу. У науковій літературі сформувалося три підходи щодо його вирішення.

1. ***Об'єктивний підхід.*** У межах цього підходу інтерес тлумачать як об'єктивну категорію, яка існує поза людською волею і є реальною причиною соціальних дій, подій, звершень, яка стоїть за безпосередніми мотивами, помислами, ідеями, намірами тощо індивідів, соціальних груп, які беруть участь у цих діях [15, с. 219], або ж як потреби, об'єктивні за своїм характером, які

виникають у різних соціальних груп і окремих суб'єктів та зумовлюються економічними відносинами певного суспільства, економічним становищем певних соціальних спільностей і об'єднань [14, с. 116].

2. ***Суб'єктивний підхід.*** Його представники (переважно вчені-психологи) розглядають інтерес як психологічну рису особистості, "яка виявляється у спрямованості людини до набрання: певних знань чи на виконання певної діяльності" [13, с. 477].

3. ***Об'єктивно-суб'єктивний підхід.*** Намагаючись поєднати у розумінні інтересу суб'єктивний і об'єктивний моменти, деякі вчені нерідко характеризують його як "об'єктивно зумовлені мотиви діяльності соціальних суб'єктів, які складаються з усвідомлення ними власних потреб та з'ясування умов та засобів їх задоволення" [9, с. 146].

Щодо питання класифікації інтересів, то на сьогодні існують різні критерії їх класифікації. Наприклад, Р. Ієрінг розподіляв усі інтереси на дві великі групи: інтереси індивіда та інтереси суспільства [6, с. 530].

За суб'єктом інтересу виокремлюють: індивідуальні, групові, суспільні. За змістом (спрямованістю) інтересу: економічні (матеріальні), соціальні, політичні, духовні тощо; За характером носія інтересів: особисті, колективні, класові, національні, державні тощо. За можливістю здійснення інтересу: реальні, ілюзорні. За значенням інтересу для суспільно-історичного розвитку: консервативні, прогресивні, реакційні. За значенням інтересів у задоволенні потреб: корінні та некорінні. За тривалістю інтересів: постійні та тимчасові. У залежності від суперечливості між інтересами: узгоджувані та неузгоджувані [16, с. 246].

В останні роки в юридичній науці звертається увага на проблему юридично значимих інтересів громадян. Наявність даної правової категорії базується на позиції законодавця і визнається представниками різних галузей права. Соціальні інтереси, будучи опосередковані правом, набувають якість юридично значимих інтересів і виступають або у формі суб'єктивних прав, або юридичних обов'язків, або у формі „охоронюваних законом інтересів", чи просто „законних інтересів".

Законний інтерес - це юридичне значимий інтерес, заснований на законі, що випливає з нього, схвалений і охоронюваний ним, хоча і не закріплений у конкретних правових нормах [10, с. 655].

Отже, крім інтересів, втілених у зміст суб'єктивних прав і юридичних обов'язків, існують інтереси громадян, які охороняються й підлягають захисту з боку держави. Існування законних інтересів особи не тільки можливе, але й необхідне, оскільки її різноманітні інтереси не завжди опосередковуються суб'єктивними правами і юридичними обов'язками [3, с.194].

Незважаючи на те що проблема інтересу є однією із центральних у юридичній науці, зазначимо, що категорія законних інтересів стосовно адміністративного права не стала предметом дослідження вчених-адміністративістів. Значна увага цьому питанню приділялася в ряді загальнотеоретичних досліджень, а також у працях з проблем кримінального й цивільного процесів. [1, с.167].

М.А. Гурвіч, розглядаючи поняття охоронного законом інтересу (законного інтересу), говорить, що, на відміну від матеріального суб'єктивного права, законний інтерес являє собою *„вигоду"*, яка забезпечена не матеріальною нормою, а охороною, перш за все процесуальною [5, с.86].

Дане розуміння законного інтересу було розкритиковане А.В. Малько. Зокрема, він пише: "із таким визначенням законного інтересу важко погодитися, оскільки воно є в якійсь мірі односторонним, законний інтерес не можна ототожнювати з вигодою, як і не можна стверджувати, що він забезпечується тільки процесуальною нормою. Це - більш складне явище, яке забезпечується багатьма засобами і способами, інститутами і нормами як процесуального, так і матеріального характеру" [11, с.61].

Деякі науковці вважають, що законні інтереси зовсім не можна окремо розглядати як елемент структури правового статусу людини й громадянина [7, с.29].

Так, В.Князєв, розкриваючи елементи конституційного статусу людини і громадянина в Україні, говорить про те, що законні інтереси, тобто інтереси, які прямо не закріплені в юридичних правах і обов'язках, але випливають із них, навряд чи доцільно виділяти як самостійний елемент правового статусу особи. Інтерес передує правам і обов'язкам, незалежно від того, чи дістає він пряме закріплення у законодавстві, чи просто підлягає правовому захисту з боку держави. Це категорія неправова.

На наш погляд, інтерес, який покладено в основу суб'єктивного права або юридичного обов'язку, також охороняється законом, тому він є *„законним інтересом"*. Суб'єктивне право і юридичний обов'язок – специфічні форми реалізації інтересів особи. У зв'язку з цим часто говорять про охорону і захист інтересів особи,

маючи на увазі охорону й захист суб'єктивних прав і юридичних обов'язків.

Вагомий внесок у дослідження даної проблеми зробив Р.Е. Гукасян [4, с. 36].

Він розмежовує такі, на перший погляд схожі, але все-таки різні явища, як правові й охоронні законом (законі) інтереси. Можливе існування правових за змістом, але неохоронних законом інтересів, точно так, як і неправових за змістом, але охоронних законом інтересів. Правові й охороні законом інтереси – не тотожні соціальні явища, правові категорії. Їх розмежування полягає ось у чому. Правові інтереси являються одноплановими з економічними, політичними, духовними та іншими інтересами в тому сенсі, що всі вони формуються вимогами суспільного життя і мають власні специфічні засоби задоволення. Охороні законом можуть бути будь-які за своїм змістом інтереси, якщо держава за допомогою правових засобів гарантує їх реалізацію. Тому Р.Е. Гукасян – проти використання цих різних категорій як синонімів.

Р.Е. Гукасян пропонує розглядати законний інтерес у широкому та вузькому розумінні.

У ***широкому розумінні*** поняття „законні інтереси" охоплює інтереси, як опосередковані в суб'єктивних правах, так і ті, що не мають такого опосередкування.

У ***вузькому розумінні*** під законними інтересами належать розуміти тільки ті інтереси, які не опосередковані суб'єктивними правами і юридичними обов'язками, але взяті державою під правову охорону.

Законі інтереси особи нерозривно пов'язані з її суб'єктивними правами й обов'язками, слугують їх продовженням або етапом на шляху формування нових суб'єктивних прав і обов'язків. Існування законних інтересів поряд з правами й свободами розширює правові можливості особи.

Розглядаючи адміністративно-правові інтереси грорадянина, М. Боярцева говорить, що під ними розуміють інтереси, які виникають у зв'язку з управлінською діяльністю. Вони посідають окреме місце в структурі адміністративно-правового статусу громадянина, перебувають у сфері адміністративних прав. У більшості випадків вони збігаються з ними, але не завжди. З приводу цього питання найбільш точним було б визначити інтереси громадян як охоронювані законом, а не законні інтереси громадян [2, с. 23].

На погляд М. Боярцевої, охоронювані законом інтереси можна відокремити від інших елементів адміністративно-правового статусу за умовами їх порушення. Наприклад, при накладанні адміністративного стягнення на правопорушника суд, керуючись ст. 33 КпАП України, враховує, чи є у нього неповнолітні діти, а за таких обставин розмір штрафу може бути зменшений. У даному випадку захищаються інтереси неповнолітніх.

Громадяни як суб'єкти адміністративного права мають досить широкий діапазон інтересів, однак не всі з них можуть бути законними. Так, навряд чи можна визнати законним інтерес громадянина, пов'язаний з приховуванням окремих фактів, які можуть, на його думку, негативно вплинути на бажане для нього рішення з конкретної справи. З цього погляду необхідно чітко визначити, що законними варто визнавати ті інтереси громадянина, які, будучи пов'язаними з його суб'єктивними правами, дозволяються державою і не обмежують при цьому інтереси інших суб'єктів права.

Тому під законним інтересом належать розуміти відображене в об'єктивному праві, або таке що випливає з його загального змісту і в певному ступені гарантовані державою прості юридичні дозволи, що проявляються в прагненні суб'єкта користуватися конкретним соціальним благом, а також у деяких випадках звертатися за захистом до компетентних органів із метою задоволення своїх потреб, у тому випадку, якщо вони не суперечать суспільним.

Відповідно до даного визначення поняття законних інтересів можна визначити його елементи: користуватися конкретним соціальним благом і звертатися в необхідних випадках за захистом до компетентних органів держави. Його сутність полягає у звичайному юридичному дозволенні, відображеному в об'єктивному праві або ж випливаючого з його загального змісту. Структурую законного інтересу є внутрішній зв'язок прагнень, їх, організація, той чи інший спосіб об'єднання. Прагнення суб'єкта користуватися благом займає у структурі законного інтересу більш „високе становище", тому в структурному аспекті зміст законного інтересу буде виглядати так: спочатку – прагнення користуватися благом (основний елемент), а вже потім – прагнення звертатися до компетентних органів за захистом першого прагнення (формально-забезпечуючий елемент).

Структурний аналіз законних інтересів важливо доповнити функціональним, у процесі якого необхідно з'ясувати місце і значення кожної з названих частин у реалізації даного законного інтересу.

Прагнення користуватися соціальним благом – центральний, основний елемент в змісті

і структурі законного інтересу, тому що тільки він здатний надати суб'єкту те, що йому потрібно для нормальної життєдіяльності, інакше кажучи, він веде до досягнення визначених благ. Але само благо знаходиться поза змістом і структурою законного інтересу, виступає його об'єктом.

Прагнення звертатися в необхідних випадках за захистом є другим, але не менш важливим елементом у змісті й структурі законного інтересу. Він вступає в дію тоді, коли неповно здійснюється, ущемляється перший. Другий елемент виступає ніби доповненням, важелем реалізації першого, знаходячись до пори до часу в „резерві". Завдяки йому інтерес і набуває характеру охоронюваного законом (законного).

Висновок. Під гарантіями юридичних прав, обов'язків і законних інтересів особи розуміються ті умови й засоби, які забезпечують їх фактичну реалізацію і належну охорону (захист) для кожної особи.

У певному розумінні гарантії можна розглядати і як певну групу прав громадян, які сприяють реалізації та охороні їх прав, свобод і законних інтересів. Ці права мають двоякий характер, оскільки виступають і як право, і як гарантія.

Законодавством передбачено і закріплено значний комплекс гарантій прав і свобод людини й громадянина. Умовно їх можна поділити на дві основні групи: 1) загальні гарантії, які стосуються всіх або більшості прав і свобод; 2) спеціальні гарантії, які стосуються окремих прав і свобод. А серед загальних гарантій виділяють політичні, економічні, правові та організаційні гарантії.

Без гарантування адміністративно-правового статусу особи, зокрема у сфері державного управління, не може бути створено реального механізму реалізації прав, свобод, охоронюваних законом інтересів та обов'язків. До юридичних гарантій належить уся система діючих у державі правових норм, передбачених юридичних засобів, спрямованих на конкретизацію прав і обов'язків, визначення порядку їх реалізації, захисту тощо. Ефективна організаційна діяльність органів виконавчої влади є загальною умовою дієвості всієї системи гарантій прав, свобод, охоронюваних законом інтересів особи та належного виконання обов'язків.

Місце особи в суспільстві, її правовий статус, соціальні можливості залежать не тільки від наданих і гарантованих їй прав і свобод, але значно і від її „законних інтересів" („або охоронних законом інтересів"), а також тих, що знаходяться під захистом держави

Термін „інтерес" (від лат. interest, intersum - має значення, важливо.) використовують для позначення різних за своєю природою явищ. Ключовим питанням проблеми інтересу в цілому і необхідною передумовою плідного застосування цієї категорії у юридичній науці є з'ясування природи й сутності самого явища інтересу.

Законний інтерес – це відображені в об'єктивному праві або такі, що випливають з його загального змісту і в певному ступені гарантовані державою прості юридичні дозволи, що проявляються в прагненні суб'єкта користуватися конкретним соціальним благом, а також у деяких випадках звертатися за захистом до компетентних органів із метою задоволення своїх потреб, у тому випадку, якщо вони не суперечать суспільним.

Список літератури

1. Бажанов М.И. Уголовное право Украины. Общая часть.- Днепропетровск, 1922. - С.167.
2. Боярцева М. Адміністративно-правовий статус громадян: до питання про склад елементів // Право України. 2002. №8. Ст. 21-25.
3. Витрук Н.В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. - М.: Наука, 1979.
4. Гукасян Р.Е. Проблема интересов в советском гражданском процессуальном праве. Саратов, 1970. - С. 36-37.
5. Гурвич М.А. Гражданские процессуальные правоотношения и процессуальные действия// Труды ВЮЗИ Т.3. - М., 1965.
6. Иеринг Р. Цель в праве. - СПб., 1881. Цит. за: История политических и правовых учений: Хрестоматия для юридических вузов и факультетов / Сост. й общ. ред. Г. Г. Демиденко. Харьков: Факт, 1999.- С. 530.
7. Князєв В. Поняття та елементи конституційно-правового статусу людини і громадянина // Право України. - 1998. - №12.- С.29.
8. Матузов Н.И. Правовая система и личность. Издательство Саратовского ниверситета 1987. С.111.
9. Політологічний енциклопедичний словник: Навч. посібник. - К.: Генеза, 1997.
10. Скакун О.Ф. Теорія держави і права. – Харків, 2001.
11. Теория государства и права. Курс лекций / Под редакцией Матузова Н.И., Малько А.В. Саратов, 1995. - С.61.

12. Тихонова Б.Ю. Субъективные права советских граждан, их охрана и защита: Автореф. дис. …канд. юрид. наук. - М., 1972.

13. Українська радянська енциклопедія: Т. 5. - К.: Головна редакція УРЕ, 1961. - С. 477.

14. Философская энциклопедия / Глав. ред. Ф. В. Константинов. - М.: Советская энциклопедия, 1967. - Т. 4.- С. 116-117.

15. Философский энциклопедический словарь. - Изд. 2-е / Редкол. С. С. Аверинцев и др. - М.: Советская энциклопедия, 1989. - С. 219.

16. Философский энциклопедический словарь. - С. 219.

17. Філософія: Навч. посібник / За ред. І. Ф. Надольного. - К.: Вікар, 1997. - С. 439.

18. Філософський енциклопедичний словник / В. І. Шинкарук (голова редколегії). - К.: Абрис, 2002. - С. 246.

Стаття надійшла до редколегії 17 січня 2006 року.
Рекомендована до опублікування у «Віснику» членом редколегії Р.О.Гаврилюк.

O.I. Grygorash

THE GUARANTEES OF SUBJECT'S RIGHTS AND LEGAL INTERESTS AS STRUCTURAL ELEMENTS OF ADMINISTRATIVE LEGAL STATUS OF PERSON

Summary

The guarantees of the rights and legal interests of the person are necessary structural elements of his/her legal status. These categories are used in all legal sciences during last years.

УДК 342.92

© 2006 р. **Н.М. Ковалко**
Національний університет державної податкової служби України, Ірпінь

ПРИНЦИПИ БЕЗГОТІВКОВИХ РОЗРАХУНКІВ І ЇХ ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАКРІПЛЕННЯ

Постановка проблеми. Принципи розрахунків з погляду юридичної науки можна віднести до числа найважливіших елементів правового регулювання розрахункових відносин. Тим часом можна відзначити і таке суттєве протиріччя: якщо в наукових працях вони певною мірою розроблені, тобто сформульовано самі принципи, розкрито зміст кожного з них, то у законодавстві в єдиному акті, чітко й однозначно не сформульовані, хоча можна відзначити їх беззаперечне практичне значення для правового регулювання розрахункових відносин. У цьому саме й протиріччя між науковими розробками та їх впровадженням у практику - юридичне закріплення, якому має передувати повна систематизація принципів безготівкових розрахунків та їх обгрунтування.

Ступінь наукової розробки. Питання про принципи ставилось у багатьох роботах з тематики безготівкових розрахунків та їх правового регулювання (деякі з конкретних принципів приводяться в тексті роботи з відповідними посиланнями). Можна констатувати, що в основному погляди вчених щодо системи цих принципів і змісту кожного з них відзначаються єдністю (це властиво не тільки поглядам в юридичній науці, але і в економічній). Недостатнє впровадження висновків наукових досліджень в практику є не мінусом наукових розробок, а незадовільним станом впровадження їх у практику. Одна із проблем наукових досліджень - необхідність більш чіткого розмежування принципів безготівкових розрахунків від принципів суміжних інститутів банківського права, а також більш чітка систематизація самих принципів безготівкових розрахунків.

Метою статті є дослідження поглядів на систему і зміст принципів безготівкових розрахунків, які співіснують у фінансово-правовій літературі, та дослідженнях з цієї теми інших наук, чітка класифікація цих принципів як системи, відмежування їх від суміжних категорій і формулювання пропозицій щодо їх втілення в чинному законодавстві.

Виклад основного матеріалу. В фінансово-правових та економічних літературних джерелах питання про принципи розглядається щоразу в процесі висвітлення питань безготівкових розрахунків, і можна помітити в цілому спільні погляди ряду авторів щодо складу цих принципів, хоча повної одностайності всіх поглядів у них все-таки в повній мірі немає. Переважно це має місце через неврегульованість цих принципів на рівні закону (чи якогось іншого акта узагальнюючого характеру), але розвиток правового регулювання розрахункових відносин потребує приведення норм, що регулюють розрахункові відносини, у відповідність із вимогами часу, їх узагальнення. Зокрема., суттєвого значення для врегулювання даних відносин додали Цивільний [15] та Господарський [16] кодекси України, прийняті в останні роки основні акти із банківського законодавства та ін., які не лише регламентували ряд розрахункових відносин, але і зумовили виникнення ряду наукових і практичних питань.

Термін "принцип" у найбільш загальному розумінні означає основну особливість устрою чого-небудь [10, с. 528], якогось механізму [12, с. 1072]. Розповсюдивши ці загальні характеристики на принципи розрахунків (із урахуванням загального поняття принципів права, розглянутих, зокрема, у праці Колодія А. М. [8]), можна визначити їх як основоположні відправні ідеї та узагальнюючі правила правового регулювання розрахункових відносин, які виражають їх внутрішню природу, вимоги держави, центрального банку та правил ведення банківської справи. Принципи розрахунків неминуче мають бути закріпленими в нормативно-правових актах, а відтак є правовими принципами.

На сьогодні принципи безготівкових розрахунків можна вивести із багатьох нормативно-правових актів, зокрема Цивільного та Господарського кодексів України, Інструкції Національного банку України про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті від 21.01.2004 р. N 22 [17] та ін. Кожен з цих актів має власний предмет правового регулювання, відбиває розрахунки з тієї чи іншої сторони, а в кінцевому підсумку не охоплює весь спектр розрахункових відносин та інтереси всіх зацікавлених суб'єктів, до числа яких відноситься і держава, яка зацікавлена у найбільш ефективному функціонуванні економіки. Саме остання обставина зумовлює включення до числа принципів безготівкових розрахунків не лише тих із них, що випливають із цивільно- чи банківсько-правових відносин, але і тих, що відображають волю держави.

Принципи безготівкових розрахунків, таким чином, формуються під впливом необхідності втілення в них публічних і приватних інтересів, інтересів держави, грошового обігу, банківської справи, приватних інтересів суб'єктів, необхідності дотримання вимог, властивих правовій державі, практики, звичаїв ділового обороту, міжнародних правил та ін. В значній мірі вони визначаються державою, зокрема, в особі Національного банку України, і виражають їх інтереси.

Найдетальніше принципи безготівкових розрахунків розроблено та класифіковано юридичною та економічною наукою і в ряді джерел називаються дещо різні принципи. Так, О. А. Костюченко сформулював такі принципи безготівкових розрахунків: 1) усі підприємства та організації зобов'язані зберігати свої кошти — як власні, так і позичкові на рахунках в установах банку, за винятком залишків готівки в їх касах у межах встановленого банком ліміту; 2) розрахунки між підприємствами і організаціями здійснюються, як правило, безготівковим способом через банки; 3) безготівкові розрахунки проводяться за діючими формами розрахунків; 4) платежі проводяться, як правило, після поставки продукції або виконання робіт, надання послуг, однак на практиці все частіше застосовується порядок попередньої оплати платежу; 5) платежі проводяться за рахунок коштів платника або за рахунок банківського кредиту; 6) списання коштів з рахунка платника здійснюється тільки за його згодою (акцепта); 7) при проведенні розрахункових операцій банки контролюють, чи додержуються підприємства, організації розрахункової та договірної дисципліни. До господарюючих суб'єктів, які порушують правила розрахунків, банки застосовують відповідні санкції. [9, с. 62]. Є. В Карманов так визначає принципи безготівкових розрахунків: 1) підприємства всіх форм власності повинні зберігати свої грошові кошти у банках на розрахункових рахунках і використовувати їх для міжгосподарських розрахунків шляхом перерахування з рахунку платника на рахунок одержувача; 2) момент проведення платежу повинен максимально наближатися до відвантаження товару; 3) платежі з рахунку підприємства проводяться банком з дозволу власника рахунку і в порядку, встановленому керівником підприємства; 4) господарчі органи мають право вибирати форми розрахунків і спосіб платежу з числа передбачених діючим законодавством; 5) господарчі органи мають право вибирати банк для відкриття свого рахунку [6, с. 186]. О. О. Качан виділяє в якості принципів безготівкових розрахунків: 1) підприємства усіх форм власності повинні зберігати свої грошові кошти в банках на рахунках і використовувати їх для міжгосподарських розрахунків в безготівковому порядку шляхом перерахування з рахунку платника на рахунок отримувача; 2) момент здійснення платежу повинен бути максимально наближений до відгрузки товарів або надання послуг; 3) платежі з рахунку підприємства здійснюються банком за згодою власника рахунку і з дотриманням черговості, встановленої керівником підприємства, установи. Без згоди платника списання коштів з його рахунку допускається лише у випадках, установлених чинним законодавством; 4) господарюючі суб'єкти мають право вибору форми розрахунків та способу платежу з числа передбачених чинним законодавством; 5) господарюючі суб'єкти мають право вибору банків для відкриття своїх рахунків [7, с. 121]. На думку І. А. Безклубого, "сучасна система безготівкових розрахунків базується на принципах вільного обрання учасниками цивільного договору форм розрахунків і закріплення їх у договорах; невтручання банка у договірні відносини суб'єктів; здійснення платежів тільки за розпорядженням володільця рахунка; розгляд взаємних претензій відносно розрахунків між платником та одержувачем коштів без участі банку; відповідальності банка за несвоєчасне та неправильне списання або зарахування коштів на рахунки клієнта" [3, с. 246]. В підручнику з фінансового права стверджується: "Практика виробила принципи безготівкових розрахунків, які в певній мірі відображаються і в банківських правилах: розрахунки здійснюються, як правило, за згодою платника (акцептом), розрахунки можуть здійснюватися лише після поставки (продажу) продукції або надання послуги; незалежно від правової форми платежів вони можуть здійснюватися тільки як прямо впроваджена воля платника здійснити платіж – погодження провести платіж (акцепт), або розпорядження його провести (виставлення акредитиву, виписка чеку)" [14, с. 440].

В економічній літературі з питань безготівкових розрахунків згадуються, в основному, такі ж принципи в різних формулюваннях і з деякими модифікаціями. Так, у підручнику "Гроші і кредит" (за ред. Б. С. Івасіва) поряд із згадуваними принципами відзначається, що кошти з рахунка підприємства списуються з розпорядження його власника (за винятком випадків, установлених законами України), а також за рішенням суду та за виконавчими записами нотаріусів, а у випадках, передбачених чинним законодавством,

із рахунків підприємств здійснюється безспірне стягнення та безакцентне списання коштів; підприємства мають право вибору банків для відкриття своїх рахунків; момент здійснення платежу має бути максимально наближеним до відвантаження товарів, виконання робіт, надання послуг [4, с. 157-158]. У посібнику "Банківські операції" (за ред. проф. А. М. Мороза) відзначається, що розрахунково-касові операції банки здійснюють з урахуванням загальних принципів, на яких базується організація платіжних систем, а серед принципів, які, в основному, відповідають викладеним вище, відзначається, що строк переказування банком коштів з рахунку визначається клієнтом відповідно до порядку його розрахунків з контрагентом, передбаченого в їх господарському договорі. Безготівкові платежі між господарськими агентами будуються на принципі строковості і можуть бути залежно від визначеного в договорі строку достроковими, строковими і простроченими. Стосовно господарської операції, яка оплачується, платіж може бути: попереднім (авансовим); компенсаційним, тобто зробленим негайно після здійснення господарської операції; відстроченим, тобто здійсненим через певний строк після такої операції [1, с. 55 - 56]. Деякі особливості мають і формулювання принципів безготівкових розрахунків у інших роботах [11, с. 150, 2, с. 59 - 61].

Дещо особлива точка зору Тімакової Т. Г., яка виділяє окремо принципи грошового обороту, безготівкового обороту і умови здійснення безготівкових розрахунків. Вона відзначає ряд *принципів безготівкового обороту* (1) всі юридичні особи зобов'язані зберігати свої кошти на рахунках в банках; 2) безготівкові розрахунки здійснюються через банки; 3) списання банком коштів з рахунку клієнта повинно здійснюватися тільки за розпорядженням останнього за винятком випадків, установлених законом; 4) форми безготівкових розрахунків встановлюються Банком Росії, але в конкретному випадку обираються платником або отримувачем на власний розсуд; 5) принцип забезпеченості платежу; 6) принцип строковості платежу; строковий платіж здійснюється до початку торгівельної операції, негайно після її здійснення або через певний строк після її завершення [13, с. 115])), *розкриває принципи безготівкових розрахунків* (1) правовий режим здійснення розрахунків і платежів; 2) здійснення розрахунків по банківських рахунках; 3) підтримання ліквідності на рівні, який забезпечує безперебійне здійснення платежів; 4) наявність згоди платника на платіж; 5) контроль всіх учасників розрахунків за правильністю їх здійснення і дотримання положень законодавства про порядок їх проведення; 6) принцип майнової відповідальності за дотриманням правил здійснення безготівкових розрахунків [13, с. 119]; *окремо виділяє умови здійснення безготівкових розрахунків*, до числа яких відносить: "1) платники у встановлених законом випадках вправі відмовитися від оплати пред'явленого документу повністю або частково; 2) платіж здійснюється за рахунок коштів платника, які мають ься у нього на рахунку, а в окремих випадках за рахунок кредитів банку; 3) на рахунок отримувача кошти зараховуються лише після списання їх з рахунку платника; 4) безготівкові розрахунки можуть проводитися лише при дотриманні правил документообороту, які встановлюються банком Росії і визначають рух грошей і грошових документів"; 5) грошові документи повинні відповідати вимогам стандартів, встановлених центральним банком Російської Федерації" [13, 115].

Як бачимо, погляди різних авторів мають певні розбіжності, хоча і є спільними в основних характеристиках принципів безготівкових розрахунків. З деякими моментами часткового характеру можна і не погодитися, наприклад, з тим, що банки списують з рахунків кошти за згодою власників рахунків – скоріше не за згодою, а за їх розпорядженням. Потрібно також більш чітко розкрити принцип наближення моменту платежу до моменту здійснення товарної операції. З погляду банківської справи це дуже важливий принцип, оскільки його відсутність і віддаленість цих операцій може перетворити розрахункову операцію у кредитну.

Суттєве значення має розмежування принципів безготівкових розрахунків і принципів безготівкового обороту (обігу). Це було відзначено в теорії ще в радянські часи, наприклад, у праці "Денежное обращение и кредит СССР" , в якій виділяються в окрему групу принципи грошового обороту, до числа яких автори роботи відносять те, що 1) всі підприємства, організації і установи зобов'язані зберігати свої грошові кошти в банках; 2) розрахунки між підприємствами, організаціями і установами, як правило, мають здійснюватись без використання готівкових коштів та інші (вони не згадуються в зв'язку з тим, що скоріше відображають особливості радянського періоду) [5, с. 168 - 169]. Звичайно, принципи безготівкових розрахунків визначаються закономірностями грошового обігу, і такий принцип, як обов'язок юридичних осіб зберігати кошти в банку є скоріше принципом безготівкового

обігу, а щодо безготівкових розрахунків цей обов'язок є скоріше передумовою для здійснення розрахунків. Усі принципи безготівкового обігу є обов'язковими при формулюванні принципів безготівкових розрахунків.

На підставі викладеного вище як **висновок**, можна сформулювати такі принципи безготівкових розрахунків: 1) обов'язок підприємств, установ і організацій зберігати всі (власні і позичкові) кошти на рахунках в установах банків; 2) обов'язковість підприємств, установ і організацій здійснювати, як правило, розрахунки в безготівковій формі; 3) обов'язковість розрахунків у формах, встановлених Національним банком України; 4) право власника рахунку самостійно обирати форму розрахунків у межах, встановлених законодавством; 5) наближеність моменту здійснення розрахунків до моменту товарної операції; 6) розрахункова операція здійснюється тільки за волевиявленням власника рахунку; 7) розрахункова дисципліна; 8) право вільного вибору банку для відкриття рахунку і здійснення розрахунків; 9) розгляд взаємних претензій відносно розрахунків між платником та одержувачем коштів без участі банку; 10) відповідальності (в т. ч. банку за несвоєчасне та неправильне списання або зарахування коштів на рахунки клієнта); 11) контролю; 12) єдність документообороту.

Список літератури

1. Банківські операції: Підручник /під ред. проф. Мороза А.М. - К.: КНЕУ, 2000. - 384 с.
2. Банковское дело. (под ред проф. В.И. Колесникова, проф. Л.П. Кроливецкой). – М.: Финансы и статистика, 1995. – 480 с.
3. Безклубий І. А. Банківські правочини: цивільно-правові проблеми: Монографія. - К: Київський університет, 2005. - 378 с.
4. Гроші та кредит /За ред. Б.С. Івасіва. – Тернопіль: Карт – Бланш, 2000. - 512 с.
5. Денежное обращение и кредит СССР. Учебник для вузов / Колл. авторов под руководством проф. В. С. Геращенко. Изд. 3-е, доп. – М: Финансы, 1976. - 366 с.
6. Карманов Є.В.Банківське право України. Навч. пос-к. – Харків: Консул, 2000. - 464 с.
7. Качан О.О.Банківське право. Навч. посібник. - К.: Юрінком Інтер, 2000. - 288 с.
8. Колодій А.М.Принципи права України: Монографія.- К.: Юрінком Інтер, 1998.- 208 с.
9. Костюченко О. А. Банківське право. Банківська система. Національний банк. Комерційні банки. - К.: А.С.К., 2001. - 576 с.
10. Ожегов С.И. Словарь русского языка. - М.: Советская энциклопедия, 1973. - 846 с.
11. Операції комерційних банків. – Львів: ЛБІНБУ, 2001. - 516 с. (Р. Концовська, Ричаківська В., Табачук Г., Грудзевич Я., Вознюк М.,
12.Советский энциклопедический словарь. – М.: Советская энциклопедия, 1981. – 1600 с.
13.Тимакова Т. Г. Финансово-правовое регулирование Центральным банком Российской Федерации внутригосударственных безналичных расчётов /под ред. Н. И. Химичевой. – Саратов: Саратовская государственная академия права, 2005. – 212 с.
14. Фінансове право. Підручник. Кер – к авторського колективу і відповідальний редактор Л.К. Воронова. – Харків: Консул, 1999. – 496 с.
15. Цивільний кодекс України. Прийнятий Верховною Радою України 16 січня 2003 р. за № 435-IV. // Відомості Верховної Ради України, 2003 р., N№ 40- 44, ст. 356.123.
16. Господарський кодекс України. - Затверджений 16 січня 2003 р. № 436. // Голос України. 14 березня 2003 р. - № 49-50.
17. Інструкція про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті. Затверджена постановою Правління Національного банку України від 21.01.2004 р. № 22. Зареєстрована в Міністерстві юстиції України 29 березня 2004 р. за № 377/8976.

Стаття надійшла до редколегії 5 березня 2006 року.
Рекомендована до опублікування у «Віснику» науковим редактором П.С.Пацурківським.

N.M.Kovalko

PRINCIPLES OF THE NON-CASH SETTLEMENTS AND THEIR LEGISLATIVE BINDING

Summary

In the article the questions of classification of principles of the non-cash settlements and their delimitation with principles of the money circulation are considered, the problem questions of their explanation in scientific sources both legal regulation and legislative binding are analyzed.

УДК 347.73

© 2006 р. **Л.І. Вдовічена**
Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Чернівці

ПРИНЦИП АДЕКВАТНОСТІ ВСТАНОВЛЕННЯ СТАТУСУ ПОДАТКОВОГО РЕЗИДЕНТСТВА ФІЗИЧНИХ ОСІБ

Постановка проблеми. Податкова юрисдикція будь-якої держави базується, в першу чергу, на основі поширення її суверенітету на національну територію. Кожна держава в межах своїх національних кордонів володіє повним правом установлювати та застосовувати закони, які визначають правила оподаткування фізичних та юридичних осіб. Для поширення податкової юрисдикції держави вирішальне значення для платника податків має його належність до резидентів чи нерезидентів даної держави.

Економічні відносини людини й держави визначаються принципом постійного місцеперебування (резидентство), відповідно до якого платники податків підрозділяються на осіб, що мають постійне місцеперебування в певній державі (резиденти), і осіб, що не мають у ньому постійного місця перебування (нерезиденти). Поняття „резидент" використовується не тільки податковим, але й іншими галузями законодавства, наприклад, валютним [8, с.69], імміграційним. Кожна галузь визначає свої критерії для визначення правового статусу осіб. Тому особа, визнана резидентом з метою, наприклад, валютного регулювання, може не бути податковим резидентом і навпаки.

Податкові резиденти несуть повний податковий обов'язок перед державою свого резидентства. Вони зобов'язані платити податок з доходів, отриманих будь-де: як із джерел на території держави свого резидентства, так і на будь-якій іншій території [15, с.26]. Нерезиденти несуть обмежений податковий обов'язок. Вони сплачують державі податок тільки у випадку, якщо одержали дохід із джерел у цій державі [18, с.109]. Це головне розходження доповнюється й іншими особливостями. Наприклад, можуть бути встановлені особливості надання деяких пільг, декларування доходу, вирахування й сплати податку.

Ступінь наукової розробки. Проблема визначення податкового резидентства для фізичних осіб досить часто привертає увагу вчених податкового права. Але, на жаль, кожен з них розглядає її через призму дослідження інших інститутів як фінансового права, так і податкового права. Серед зарубіжних учених безпосередньо дослідженням податкового резидентства займалися Пепеляєв С.Г., який визначив критерії податкового резидентства для фізичних осіб [15, с.26], Тарараєв С.Е., який досліджував податкове резидентство з метою усунення подвійного оподаткування [18, с.109], Кучеров І.І., досліджуючи податкові системи зарубіжних країн, визначив критерії резидентства для суб'єктів оподаткування [11, с.189]. Серед українських учених проблему податкового резидентства досліджували: Кучерявенко М.П. при визначенні фізичних осіб як платників податків водночас визначив критерії резидентства [12, с.80], Козак Ю.Г., при дослідженні міжнародного оподаткування проаналізував податкове резидентство як міжнародну проблему [13, с.127], Щербанюк О.В., при дослідженні громадянина як суб'єкта податкових правовідносин, проаналізувала правосуб'єктність фізичних осіб, яка пов'язана із податковим резидентством [19].

Метою статті є визначити поняття податкового резидентства, проаналізувати критерії встановлення податкового резидентства для фізичних осіб, дослідити втілення принципу адекватності при встановленні податкового резидентства для фізичних осіб у Типовій Конвенції Організації Економічного співробітництва та розвитку, на основі якої Україною укладено більшість міжнародних податкових угод про усунення подвійного оподаткування.

Виклад основного матеріалу. Закон України „Про оподаткування прибутку підприємств" установлює, що в нерезидентів прибутковим податком обкладають тільки ті доходи, які отримані із джерел в Україні (ст. 2.п. 2.1.2), а в резидентів – доходи, отримані з будь-якого джерела (ст. 2. п. 2.1.1.) [1, Ст.233].

Нерезиденти не вправі використати деякі пільги при нарахуванні податку. Таке розходження не може розцінюватися як дискримінаційне. Визначення того, чи є умови оподаткування дискримінаційними, чи ні, припускає порівняння осіб, що перебувають в ідентичних обставинах. Цей підхід прийнятий і в міжнародному праві.

Так, Модельна конвенція по податках на дохід і на капітал, підготовлена Комітетом з фіскальних питань Організації економічного співробітництва й розвитку (ОЕСР) [6], у ст. 24 „Недискримінація" виходить із того, що при визна-

ченні чи є умови оподаткування дискримінаці йними чи ні, необхідно з'ясувати, чи перебувають платники податків „у тих же обставинах". Для цього встановлюється – чи є однаковими правові й фактичні умови діяльності платників податків. Резиденція платника податків – це один з факторів, що враховують при визначенні питання про те, чи перебувають платники податків в однак о-вих обставинах чи ні [15, с.26].

Однією із причин виникнення міжнародн ого подвійного оподаткування є визнання особи – платника податку резидентом в декількох держ а-вах одночасно. В результаті цього т акий платник податку буде нести повну податкову відповід а-льність перед кожною з таких держав. Тому л и-ше за умови адекватного визначення статусу п о-даткового резидентства платника податку держ а-ва зможе гарантувати захист від дискримінаці й-ного оподаткування і, водночас, захист від того, їхні доходи не будуть обкладатися двічі. Осно в-ною проблемою при набутті статусу под аткового резидентства є встановлення черговості застос у-вання критеріїв такого статусу. Закріплення т а-кого пріоритету одних критеріїв над і ншими і буде вираженням принципу адекватності при встановленні статусу податкового резиден тства для фізичних осіб.

Розглянемо критерії встановлення статусу податкового резидентства для фізичних осіб, які закріплені як у національному законодавстві, так і в міжнародних актах.

Згідно із Законом України „ Про податок з доходів фізичних осіб " від 22 травня 2003 року, *особи, що мають постійне місцеперебування в Україні*, - це особи, включаючи іноземців і осіб без громадянства, що фактично перебувають на її території не менше 183 днів у календарному році (протягом одного або декіл ьких періодів); особи, що не мають постійного місцеперебува н-ня в Україні, - особи, що проживають на її тер и-торії менше 183 днів у календарному році (тест фізичної присутності) [2, Ст. 1.20.1]. Термін „у календарному році" означає, що поняття „рез и-дент" характеризує проживання ос оби в Україні чітко в межах одного календарного року й воно не може бути поширене на більш тривалі пер і-оди. Іншими словами, р езидентство в Україні встановлюють щорічно.

У деяких країнах періодом для визначення резидентства служить не календарний, а пода т-ковий рік, що може й не збігатися з календарним [18, с.109].

Особа, що прожила в Україні зазначений період, визнається резидентом з початку кале н-дарного року, у якому вона придбала статус р е-зидента. Отже, дохід з іноземних джерел, отр и-маний резидентом до моменту прибуття в Укра ї-ну, підлягає включенню в дохід, що підлягає оподаткуванню в Україні.

Положення про 183 дні досить вразливе. Обійти його просто, особливо в умовах від к-ритих кордонів усередині СНД. Крім того, правило «календарного року» допускає ситуацію, коли суб'єкт проживає на території України в цілому рік, але не є резидентом, оскільки цей рік не м о-же бути розподілений по календарних роках т ак, що в кожному з них о соба проживає не біл ьше 183 днів. Законодавство інших країн викор истає більш складний тест фізичної присутн ості для визнання резидентства. Відповідно до закон о-давства Чилі, наприклад, податкове резидент ство виникає, якщо особа перебуває в кр аїні шість місяців підряд протягом одного податкового р о-ку або ж шість місяців (підряд або поета пно) протягом двох наступних один за одним пода т-кового років [15, с.27].

Тест фізичної присутності є найпоширенішим, але не єдиним способом визначення р е-зидентства. Іншими сл овами, особисті зв'язки платника податків з державою характеризуються не тільки його фактичним перебуванням на тер и-торії цієї держави, але й іншими критеріями. Ці критерії враховують різні форми зв'язку особи з державою [10, с.22].

У ряді країн особа визна ється резидентом у тому випадку, якщо вона *володіє доміцилієм* у цій країні. Зміст цього терміна визначається, як правило, цивільним законодавством. В англоса к-сонських країнах доміцилій характеризується, в основному, наявністю в людини постійного пр и-станища. Кожний повинен володіти доміцилієм, причому тільки одним. Особа може бути резид е-нтом двох і більше країн, але володіти доміцил і-єм завжди тільки одним. Спочатку доміцилій в и-никає за місцем народження, а потім може зм і-нюватися з волі особи. Нове місце прож ивання може іменуватися доміцилієм тільки у випадку, якщо особа розглядає його як постійне прист а-нище. Наприклад, закон одавство Норвегії визнає особу що володіє доміцилієм у податкових цілях у цій країні у випадку, якщо особа влаштувалася в Норвегії з намі рами, які не можна визнати ти м-часовими [20, с.47].

У деяких країнах доміцилій служить дод а-тковим критерієм для визначення особливостей оподаткування. Наприклад, у Великобританії враховується, володіє іноземець-податковий р е-зидент Великобрит анії доміцилієм у цій країні чи

ні. Якщо ні, то такий резидент одержує деякі податкові пільги. У податковому законодавстві Франції, Люксембурга також використається поняття „доміцилій”, однак не в тім значенні, що описано вище. У цих країнах воно аналогічно поняттю резидентства. В українському законодавстві поняття „доміцилій” (або подібні йому поняття) не використовується і впливу на оподаткування не робить [17, с.46].

Від критерію доміцилія варто відрізняти *критерій постійного житла*. Особа може бути визнана податковим резидентом країни, у якій вона має в своєму розпорядженні постійне житло, тобто має це житло у власності або у володінні. Сталість означає, що особа створила й отримає це житло для постійного використання, а не для короткої, тимчасової зупинки. При цьому під житлом розуміється і будинок, і квартира, і кімната, що належать особі або зорендовані особою. Важливо лише, що особа має намір використати його для постійних потреб, а не тимчасових цілей, таких як проживання під час відпочинку, ділових поїздок, навчання... [15, с.28].

Особа може визнаватися податковим резидентом держави, в якій вона має у своєму розпорядженні постійне житло, незалежно від того, проживає вона там фактично чи ні. У Великобританії особа, яка має житло, визнається резидентом, якщо протягом року хоча б раз відвідала країну [14, с.241].

Українське законодавство не враховує наявності постійного житла в податкових цілях.

Особа може бути визнана резидентом держави, де *знаходиться центр її життєвих інтересів*, тобто місце, де в платника податків склалися найбільш міцні особисті й економічні зв'язки. Для встановлення та оцінки таких зв'язків необхідно вивчити в сукупності різні обставини життя людини. При цьому істотне значення мають її сімейні й соціальні відносини, рід занять, політична, культурна й інша діяльність, місце ділової активності, центр, з якого вона управляє своєю власністю, і ін. Наприклад, відповідно до законодавства Люксембургу особа визнається податковим резидентом цієї країни, якщо має в ній центр економічних інтересів [13, с.127].

У деяких випадках податкове резидентство особи прямо *залежить від її громадянства.* Унікальним щодо цього є законодавство США, які стягують прибутковий податок із всіх доходів своїх громадян незалежно від місця їх проживання. Цей підхід обґрунтовується тим, що „переваги громадянства” поширюються за межі територіальних кордонів. Наприклад, США прагнуть захистити своїх громадян у будь-якій країні світу. Громадяни також мають право повернутися в США, коли вони цього побажають, і брати участь в економічному житті країни. Фактично громадянин США має страховий поліс (договір), а податки – це його вартість [9, с.33].

І, нарешті, особа може стати резидентом країни *в силу вільного волевиявлення*. Наприклад, іноземний громадянин, що вперше прибув до США, може придбати податкове резидентство „за заявою”, однак для цього встановлені певні правила [18, с.109]. Виникнення податкового резидентства „за заявою” не варто змішувати з випадками, коли податкове резидентство виникає завдяки вираженим намірам особи стати резидентом країни, до якої вона прибула. У першому випадку резидентство виникає з волі платника податків, а в другому - у силу закону [9, с.35].

Законодавство деяких країн ускладнює розподіл платників податків на резидентів і нерезидентів, виділяючи їх окремі групи. У Великобританії, наприклад, резиденти діляться на дві категорії: постійні резиденти і непостійні резиденти. Законодавство України не виділяє інших категорій резидентів або нерезидентів.

Вищенаведені підходи до визначення резидентства по-різному застосовуються в різних державах. У результаті може виявитися, що особа буде одночасно визнана резидентом двох або більше держав. Це приведе до багаторазового оподаткування, оскільки кожна держава буде претендувати на обкладання сукупного доходу такої особи.

Ця проблема може бути розв’язана шляхом встановлення спеціальних правил, переваг одних форм зв'язків з державою над іншими формами, що дасть змогу забезпечити адекватність встановлення податкового резидентства. Оскільки ці правила вирішують протиріччя, що виникають між державами, вони можуть установлюватися міжнародними угодами про уникнення подвійного оподаткування доходів. Наприклад, стаття 4 „Резидент” Конвенції між Урядом України та урядом Швеції про уникнення подвійного оподаткування доходів та попередження податкових ухилень визначає механізм адекватного встановлення статусу резидента в цілях оподаткування, надаючи пріоритет одних критеріїв над іншими [3, Ст. 4].

Більшість угод, укладених за участю України, базується на Модельній конвенції ОЕСР [5]. При розв’язанні проблеми подвійного резидентства Конвенція віддає перевагу ознаці постійного житла. Якщо особа згідно з чинним законодавством однієї держави визнається її резидентом,

оскільки має там постійне житло, а іншого – оскільки перебуває в ньому понад установлений строк, то, відповідно до міжнародного договору про запобігання подвійного оподаткування дох одів і майна, прийнятого на базі Модельної ко нвенції ОЕСР, вона буде визнаватися резидентом тільки першої держави [18, с.111].

Якщо особа має у своєму розпор ядженні постійне житло в обох державах, то перевага ві ддається тій, у якій в особи встановлені найбільш тісні особисті й економічні відносини [17, с.47].

Однак можлива ситуація, коли особа має житло одночасно в декількох державах і немо жливо визначити, у якій з держав знаходиться центр її життєвих інтересів. Можливо також, що особа, визнана резидентом в обох державах, і немає в жодній з них постійного житла. У цих випадках, на основі принципу адекватності, М одельна конвенція ОЕСР рекомендує визнати ос обу резидентом тієї з договірних держав, у якій вона зазвичай проживає [7].

Модельна конвенція ОЕСР не встановила конкретні тимчасові рамки при р озв'язанні проблеми подвійного резидентства на основі ознаки звичайного проживання. Однак за змістом цього документа повинні розглядатися досить тривалі періоди, що дозволяють, можливо, більш точно визначити місце звичайного проживання платн ика податків.

У деяких випадках проблема подвійного резидентства не може бути р озв'язана й на основі критерію звичайного проживанн я, наприклад, коли особа не проживає в жодній із країн, що визнають її резидентом, або визнається звичайно проживаючою в обох цих країнах. У такій ситу ації наступає черга ознаки громадянства: особа буде визнаватися резидентом тієї з договірних держав, громадянином якої вона є [4, с.108].

І, нарешті, якщо особа, визнана резидентом згідно з чинним законодавством обох договірних держав, і не є громадянином жодної з них або має подвійне громадянство, то Модельна конвенція ОЕСР рекомендує передати питання про по датковий статус фізичної особи фінансовим або под атковим органам договірних держав для ухвалення погодженого адекватного рішення [15, с.30].

Висновок. Отже, Модельна конвенція ОЕСР виходить із того, що встановлення держ авами різних режимів оподаткування р езидентів і нерезидентів саме по собі не порушує яких-небудь податково-правових і міжнародних принципів, і ця обставина повинна враховуват ися в міжнародних відносинах. Основна суть поділу платників податків на резидентів і нерезидентів полягає в тому, що р езиденти несуть повну податкову відповідальність, а нерезиденти – обмежену податкову відповідальність [16, с.192]. Як правило, повна податкова відповідальність передбачає оп одаткування всіх (зовнішніх і внутрішніх) джерел доходів. Обмежена податкова відпов ідальність виникає тільки по відношенню до доходів, які отр иманні із внутрішніх джерел [18, с.109].

Наявність адекватного правового регул ювання визначення статусу податкового резиден тства для фізичних осіб дозволяє чітко розмеж увати податкові претензії дер жав та здійснити таку правову регламентацію діяльності платників податків на території іноземних держав, яка г арантує дотримання конституційного обов'язку із сплати податків та стимулює до міжнародної економічної активності останніх. У результаті цього забезпечується наповнення державного бюджету та бюджетів інших рівнів на законних підставах, що є необхідною умовою для норм ального функціонування державного механізму.

Список літератури

1. Закон України від 22.05.97 "Про опод аткування прибутку підприємств" // Відомості Верховної Ради України. – 1997. - №36. – Ст.233.
2. Закон України „Про податок з доходів фізичних осіб" від 22 травня 2003 року // Вісник податкової служби України (спецвипуск), л ипень, 2003.
3. Конвенція між Урядом України та ур ядом Швеції про уникн ення подвійного оподатк ування доходів та попередження податкових ух илень // Вісник податкової служби України. – 1997. - № 2.
4. Конвенція між Урядом України і Ур ядом Республіки Австрія про уникнення подві йного оподаткування та попередження податкових ухилень стосовно податків на доходи і на майно // Вісник податкової служби України. – 2000 - № 17-18. – С. 108.
5. Model Tax Convention on Income and on Capital. Condensed version. OECD. 2003. Н -д, Конвенція між Урядом України і Урядом Кор олівства Данії про уникн ення подвійного опод аткування та попередження податкових ух илень стосовно податків на доходи і майно 19.06.98 р. // Вісник податкової сл ужби України. – 1998. - № 12.
6. Model Tax Convention on Income and on Capital. Condensed version. OECD. 2003.
7. Модель Конвенции по налогам на д оход и капитал. Июнь 1998. Сокращений варьант.

Комитет ОЕСР по налоговым вопросам // OESD PUBLICATIONS, 1999.

8. Артемов Н.М. Валютные рынки. М., 2001. – С. 69.

9. Дернберг Л. Ричард. Международное налогообложение. Краткий курс. Пер. с англ. – М.: ЮНИТИ, 1997. – С. 33.

10. Коннов О.Ю. Международные соглашения в области налогообложения и практика получения налоговых освобождении в Российской Федерации // Налоговый вестник. – 1997. - № 12. – С.22.

11. Кучеров И.И. Налоговое право зарубежных стран. Курс лекций. – М.: АО «Цнетр ЮрИнфоР», 2003. – С. 189.

12. Кучерявенко Н.П. Основы налогового права: Учебное пособие. – Харьков: Легас, 2003. – С. 80.

13. Міжнародне оподаткування / За ред. Ю.Г. Козака, В.М. Сліпи. – Київ, 2003.

14. Налоговое право: Учебное пособие / Под ред. С.Г. Пепеляева. – М.: НДФБК-ПРЕСС, 2000. – С.241.

15. Пепеляев С.Г. Налоговое резидентство физических лиц // Министерство РФ по налогам и сборам. Налоговой вестник. – 2001. - № 11. – С. 26.

16. Пепеляев С.Г. Основы налогового права. М., 1995. – С. 192.

17. Сутырин С.Ф., Погорлецкий А.И. Налоги и налоговое планирование в мировой экономике: Учеб. Пособие. – СПб.: Изд-во В.А. Михайлова, Изд-во «Полиус», 1998. – С.46.

18. Тарараев С.Е. Установление налогового резидентства плательщиков налога на доходы физических лиц с целью устранения двойного налогообложения // Советское государство и право. – 2003. - № 12. - С. 109.

19. Щербанюк О.В. Громадянин як суб'єкт податкових правовідносин. – Чернівці: Рута, 2000. – 280 с.

20. Revenue Law. Principles and Practice. James Kirkbride and Abimbola A. Olowofoyeku. Published in GB by Tudor Business Publishing Ltd., 1998. – P. 47.

Стаття надійшла до редколегії 27 лютого 2006 року.
Рекомендована до опублікування у «Віснику» членом редколегії Р.О.Гаврилюк.

L.I. Vdovichena

PRINCIPLE OF ADEQUACY AT DEFINITION OF THE STATUS TAX RESIDENT OF PHYSICAL PERSONS

Summary

Definition of a principle of a residence has big values for the state and the tax bearers. The principle of adequacy allows solving a problem of the international double taxati on by an establishment of priority criterions at definition of the physical person by the resident and the non -resident. Such criteria as constant residence, the center of vital interests, usual residing, behind the application of the person, behind the agreement between tax bodies of two states are used for distribution of tax jurisdiction of the state.

УДК 347.73

© 2006 р. **В.В. Колосок**
Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Чернівці

СТРАХОВИЙ РИЗИК ЯК ПРАВОВА УМОВА ЗАГАЛЬНООБОВ'ЯЗКОВОГО ОСОБИСТОГО СТРАХУВАННЯ

Постановка проблеми. Сьогодні відчувається гостра потреба у визначенні можливих моделей розвитку страхової справи в Україні, оптимізації структури страхового ринку, при цьому враховуючи досвід іноземних держав, у тому числі й країн з перехідною економікою. При вивченні даних питань необхідно також враховувати специфіку видів страхування: добровільного та обов'язкового. При вивчені особливостей щодо запровадження обов'язкових видів страхування мають враховуватися такі фактори, як ємність вітчизняного страхового ринку, можливості перестрахування, здійснення ефективного контролю з боку держави, особливості оподаткування. Та зазначимо, що при здійсненні нормотворчої діяльності замало вивчення вищеперелічених факторів, потрібно також значну увагу приділяти понятійно-категорійному апарату державного обов'язкового страхування – законодавцю чи іншому суб'єкту правотворчої діяльності належить досконало знати і розуміти значення таких категорій, як: страховий випадок, актуарні розрахунки, об'єкти загальнообов'язкового страхування, страховий тариф, страховий платіж, у тому ж числі й страховий ризик і т. д. Цей перелік далеко не є вичерпний. Тільки при чіткому визначенні і розумінні понятійно-категорійного апарату в страховому праві можна якісно й ефективно розробляти і втілювати в життя нормотворчу діяльність.

Ступінь наукової розробки проблеми. Питання ризику ще недостатньо вивчене, і спірних концепцій досить багато. В основу нашого дослідження не входить занурення в мовознавство, хоча зазначимо, що в українську мову це слово прийшло з європейских мов, скоріше з іспанської, на якій воно означає скеля (risco). В.І. Серебровський зазначає, що слово це португальського походження і означає відвісну скелю [8, с. 28]. На думку дослідників, термін „ризик" походить від латинського слова „гезесит" – скеля або небезпека зіткнення з нею. Ризик розуміють як небезпеку [12, с. 1360], як небезпеку, що загрожує страховому об'єкту яким-небудь пошкодженням [14, с. 804], як можливу небезпеку [11, с. 1321]. Саме в якості небезпеки, страху, загрози, пов'язаних з невідворотністю настання невигідних матеріальних наслідків, це слово в його спеціальному значенні перейшло в право.

Зі спробами дати визначення поняттю „ризик" ми зустрічаємося в низці праць радянських учених. М.Я Магазинер визначає ризик як загрозу благам, як різноманітну можливість шкоди, різноманітну загрозу можливості зла [4]. А.Г. Зейц визначав договірний ризик як договірне обтяження однієї сторони господарсько-невигідними наслідками у випадку зміни існуючих при укладенні договору умов [3, с. 37]. Два види ризику розрізняє В. Расудовський: ризик договору та ризик за технічні рішення, при цьому у другому випадку ризик розуміється як правомірний крок [6, с. 11]. Вищевикладене більше стосувалось цивільного права. Можна також навести приклади з іншої галузі права. Так, у кримінальному праві М.С.Грінберг під поняттям ризику розуміє правомірне небезпечне діяння [2, с. 12]. Тобто ми можемо побачити і зробити висновок, що дослідження категорії ризик торкається різноманітних галузей права. Що ж стосується страхового права, то без даної категорії і не існувало б страхових правовідносин, що надає особливого значення при дослідженні даної проблематики. Так, В.І. Серебровський указує на такі значення ризику в договорі страхування: 1) випадок, від настання якого в залежності знаходиться відшкодування збитків страховиком; 2) можливість настання випадку, який загрожує особі чи майну; 3) необхідність нести невигідні наслідки можливого невигідного випадку; 4) межа невигідних наслідків страхового випадку; 5) можлива господарська невигідність страхової угоди; 6) об'єкт страхового правовідношення [9, с. 195].

Метою даного дослідження є спроба з'ясувати, яку саме роль відіграє явище „страхового ризику" в правовідносинах у державному обов'язковому особистому страхуванні.

Виклад основного матеріалу дослідження. Більшість людей розуміють ризик як певну форму невизначенності результату розвитку кожної конкретної ситуації. Залишивши в стороні те, що ми розуміємо під словом „невизначеність" взагалі, ми досить часто усвідомлюємо, що означає в нашій мові термін „ризик". Якщо подія відбудеться, то результат може виявитися не-

сприятливим для нас, не тим, на який ми розраховували. Слово „ризик" відноситься завжди, з одного боку, до майбутнього результату, а з іншого – до того, що результат цієї події може погіршити наше теперішнє становище.

Поняття ризику пов'язується з усвідомленням небезпеки, загрози, ненадійності, невизначеності, невпевненості, випадковості, збитку. Протягом тривалого часу поняття ризику не лише асоціювалося з багатозначними негативними проявами життєвих ситуацій, а й часто вживалося як їх синонім. В економічній літературі відомі численні спроби сформулювати теоретичні визначення поняття ризику. Найбільш послідовним серед них є твердження, згідно з яким ризик у своїй першооснові є невизначеністю.

Стан невизначеності можливий у кожній суспільно-економічній ситуації, якщо наперед не можна виявити причинно-наслідкового зв'язку між основними елементаи процесу господарської діяльності чи суспільного буття. Невизначеність породжується непередбачуваністю кінцевого результату, який може або збігатися з очікуваним, або бути ліпшим чи гіршим за нього. В умовах невизначеності кінцевий результат можна передбачити лише наближено, узявши одне з потенційно можливих значень. Така невизначеність зумовлюється, як правило, суб'єктивним сприйняттям реальних явищ. Поняття ризику, на противагу поняттю невизначеності, має практичне застосування, а тому його зміст потребує об'єктивного визначення. Отже, необхідний перехід від суб'єктивно сприйманої непевності, випадковості до об'єктивного поняття ризику, що на ній базується. Єдиний спосіб такого переходу – оцінити непевність (випадковість) кількісними методами, надавши їй реальних числових значень. Звідси випливає: ризиком буде визнано лише таку невизначеність, яку можна оцінити кількісно.

Дати найточнішу кількісну оцінку невизначених величин можна, обчисливши ймовірність їх появи. Ця ймовірність має ту характерну особливість, що вона одночасно, як два необхідні компоненти загальної оцінки, враховує такі взаємодоповнювальні випадковості: 1) частоту настання події щодо місця та часу; 2) розмір збитку, тобто абсолютну величину від'ємного відхилення фактичного результату від очікуваного. Отже, показник ризику за своїм змістом – це не лише ймовірність появи непевної (випадкової) події, а й імовірність настання негативного результату.

Залежно від наявних можливостей розрахункової бази, а також характеру випадкових явищ визначаються ймовірності кількох типів: а) ймовірність математична (апріорна); б) ймовірність статистична (апостеріорна); в) ймовірність експертна (естиматична). Математична ймовірність обчислюється як відношення кількості ситуацій, за яких деяка випадкова подія настала, до кількості ситуацій, за яких вона може настати, за умови, що всі розглядувані ситуації однаково можливі та взаємозалежні. Застосуваня цього типу розрахунку ймовірності обмежене, оскільки ситуації, описувані зазначеною математичною моделлю, рідко трапляються на практиці. Статистична ймовірність – це відносна частота появи випадкової події певного виду в сукупності всіх можлвих випадкових подій. Обчислення такої ймовірності грунтується на законі великих чисел і завдяки практичній доступності та достатній об'єктивності обчислених значень ймовірності застосовується найчастіше, передусім у економічній сфері. Визначення експертної ймовірності має здебільшого вимушений характер з огляду на брак необхідної математично-статистичної інформації про випадкові події. Експертне оцінювання грунтується на об'єктивних фактах, знаннях і суб'єктивних відчуттях експертів щодо реальної ситуації. Незважаючи на деяку обмеженість результативних можливостей методу експертного оцінювання, він доволі широко застосовується в економіці.

У страховій теорії та практиці поняттям ризику часто охоплюється не лише ймовірність появи непевних (випадкових) подій і збитків, а й самі такі події та об'єкти, на які вони чинять негативний вплив, - носії ризику. Що ж до страхового ризику, то ми вважаємо, що він тісно пов'язаний з категорією страхового інтересу і є однією із умов страхування. На відміну від деяких науковців (наприклад, В.И. Серебровський, одне із значень страхового ризику визначав як об'єкт страхового правовідношення), ми визначаємо як умову страхового правовідношення при побудові такої логічної структури: умова – підстава – правовідношення. При цьому ми до умов відносимо: страховий інтерес, страховий ризик, випадковий характер майнових потреб, наявність правової регламентації. До підстав ми відносимо юридичний факт чи складний фактичний (юридичний) склад. Також ми кожному із цих понять (умова та підстава) надаємо своє змістовне значення, а не ототожнюємо.

У Законі України „Про страхування" під ризиком розуміється визначена подія, на випадок якої проводиться страхування і яка має ознаки ймовірності і випадковості настання [1]. В юридичній і економічній літературі неоднозначні

підходи до поняття ризику. Широке поширення одержало поняття ризику як небезпеки виникнення несприятливих наслідків (майнового чи особистого характеру), щодо яких невідомо наступлять вони чи ні , тобто можливої ймовірності небезпеки. У самому загальному вигляді ризик можна розглядати як невизначеність настання обумовленої події. Ризиковий характер може бути присутній у будь-якому платному договорі. Для цього досить, щоб передбачене договором виконання було поставлено в залежність від недостовірної обставини [7, с. 29 - 35].

Існування страхових правовідносин немислиме без страхового ризику. В.Н. Яковлев розглядає співвідношення ризику і страхових правовідносин по системі: ризик - потреба - інтерес - воля - право - правовідносини, пояснюючи це тим, що страховий ризик породжує потребу. А потреба, яка є об'єктивно необхідною і зумовленою матеріальним життям суспільства, відбивається на соціальному інтересі. Потреба - це визначена недостатність у певних благах. Інтерес - є потребою, що набула форму свідомого спонукання [5, с. 12-18]. Далі соціальний інтерес визначає державну волю, що втілюється в об'єктивному праві. Нарешті, на базі об'єктивного права виникає суб'єктивне право.

Таке розуміння варто визнати відповідним дійсності найбільшою мірою. З економічного погляду між усіма страхувальниками відбувається розкладання збитків від стихійних лих через заздалегідь установлену систему страхових платежів. "Якщо звернути увагу на ті відносини, що існують у страховика з усією сукупністю страхувальників, то, - пише В.Л. Серебровський, - доведеться визнати, справді ці відносини носять не завжди ризиковий характер" [10, с. 45]. Страхування для страховика неповинно носити ризикового характеру. У противному випадку неприпустима його мета - забезпечення. Для досягнення мети (забезпечення) необхідно, щоб існувала ймовірність, яка переходить у впевненість, що всій групі страхувальників прийдеться виплатити менше, ніж з них отримано. Сума виплат по зобов'язаннях страховика повинна забезпечити безперебійне виконання його фінансових зобов'язань по виплаті страхового відшкодування і страхових сум, і покривати витрати на здійснення страхової діяльності. Правильно побудовані на науковій основі тарифи страхових ставок повинні цілком виключати для страхової організації елементи ризику в її діяльності.

З правового погляду страхові правовідносини між страховиком і страхувальником носять виразний ризиковий характер, тобто ризиковий характер носить тільки окреме конкретне страхове правовідношення. Страховик не знає, буде він платити чи ні, або, принаймні, не знає часу та суми платежу. Ризик несе і страхувальник, що, сплачуючи премію, не знає твердо, чи одержить він або призначена ним особа страхове відшкодування (страхову суму), а якщо й одержить, то при тривалості внесення премій, чи буде це йому вигідним. Отже, ми можемо зазначити, що від наслідків ризику багато в чому залежить страховий інтерес, а страхові правовідносини не можуть виникати при відсутності страхового інтересу.

У літературі висловлено погляд, що при настанні страхового випадку, при виконанні своїх зобов'язань компенсована страхова шкода в правовому змісті не несе ризиковий характер для страхувальників [13, с.156-160]. З цим важко погодитися. Компенсація зазнаної шкоди для страхувальника означає, що в даному випадку він не знаходився в стані ризику. Однак ризик існує до настання страхового випадку. Саме в зв'язку з можливістю настання страхового випадку учасники страхових правовідносин знаходяться в стані ризику. При настанні страхового випадку ми не можемо говорити про якийсь страховий ризик, тому що альтернатива виключена: страховик повинен виконати свої зобов'язання перед страхувальником по виплаті страхового відшкодування (страхової суми).

Отже, страхувальник як суб'єкт страхового ринку має свій страховий інтерес, задоволення якого зумовлює виникнення певних правовідносин із страховиком. Страхувальник з свого боку зобов'язаний сплачувати страхові платежі (одноразово або поступово) в обумовлені договором або законом строки. Він повинен надавати страховику всю відому йому інформацію, що може бути використана при визначені оцінки страхового ризику. Страхувальник повинен повідомляти страховика про всі діючі договори страхування щодо даного об'єкта страхування. При настанні страхового випадку страхувальник має право отримати від страховика обумовлену законом або договором суму для повного чи часткового відшкодування збитків. Отже, обов'язки страхувальника як суб'єкта страхових правовідносин, розподіляються на декілька напрямків. Перший з них характеризує відношення страхувальника до об'єкта страхування. Другий напрямок окреслений обов'язками страхувальника, що виникають після настання страхового випадку. Страхувальник повинен діяти відповідно до вимог закону або договору і виконувати свої обо-

в'язки як суб'єкт страхового зобов'язання в повному обсязі.

Якщо спробувати **підсумувати** вищевикладене і пов'язати дане дослідження з інститутом державного обов'язкового особистого страхування, то можна зазначити, що в даному випадку ризик – це ймовірність зазнати втрат фізичного здоров'я чи втрати самого життя в процесі життєдіяльності. Страховий ризик у системі державного обов'язкового особистого страхування на відміну від страхування добровільного, передбачається не договором, а законом щодо конкретних страхових випадків. Страховий ризик у державному обов'язковому особистому страхуванні має особливі риси: 1) сфера поширення ризику: життя і здоров'я особи і шкода завдана їм була безпосередньо пов'язана з професійною діяльністю; 2) суб'єктний склад: страховик – держбюджет або визнаний законом фонд коштів, страхувальник – передбачені законом особи, характер зайнятості чи роботи в яких особливий. Страховий ризик є умовою державного обов'язкового особистого страхування.

Список літератури

1. Закон України «Про внесення змін до Закону України „Про страхування" від 04 жовтня 2001 р.// Відомості Верховної Ради України.
2. Грінберг М.С. Проблема виробничого ризику в кримінальному праві. - К., 1963.
3. Зейц А.Г. Вплив змінившихся умов договору на силу договорів. - Иркутск, 1928.
4. Магазинер М.Я. Советское хозяйственное право. – М., 1928.
5. Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве. – Душанбе: ИРФОН, 1927.
6. Рассудовский В. Вопрос об имущественном риске в гражданском праве // Советская юстиция.- №18, 1963.
7. Рейтман Л.И. Законодательные проблемы страхового рынка в России. // Страх. Полис. М., 1993. - №1. С.29 – 35.
8. Серебровский В.И. Очерки советского госуарственного права. – М.: Госиздат, 1926.
9. Серебровский В.И. Страховой риск. Сборник статей кафедры «Проблемы современного права» и правового факультета Харьковского института народного хозяйства, посвященный памяти акад. В.М. Гордона. – 1927.
10. Серебровский В.И. Договор страхования жизни в пользу третьего лица // Учен. зап. ВЮЗИ. – М., 1948.
11. Словарь современного русского языка. Т. 12 . – М.: АН СССР, 1961.
12. Толковый словарь русского языка. - М., 1939.
13. Шиминова М.Я. Государственное страхование в СССР: Правовые вопросы. – М.: Наука, 1987.
14. Энцоклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. Т. XXVI. - СПб., 1899.

Стаття надійшла до редколегії 1 березня 2006 року.
Рекомендована до опублікування у «Віснику» науковим редактором П.С.Пацурківським.

V.V.Kolosuk

AN INSURED PERIL AS A LEGAL CONDITION OF THE OBLIGATORY PERSONAL INSURANCE

Summary

The insured peril in the state obligatory personal insurance has the special features: 1) sphere of distribution of hazard: life and health of the person and the harm caused by them has to be directly connected to professional activity; 2) subject structure: the insurer – budget of the state or fund, accepted by the law, of a assets, insured person - persons, determined by the law, kind of employment or work of which is special. The insured peril is a condition of the state obligatory personal insurance.

V. КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. КРИМІНОЛОГІЯ. ПРОКУРАТУРА

УДК 343.139

© 2006 р. **В.М. Важинський**
Національний університет державної податкової служби України, Ірпінь

ПРЕДМЕТ ДОКАЗУВАННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Постановка проблеми. На сучасному етапі розвитку України спостерігається певна стабілізація соціально-економічної ситуації. Здійснювана в Україні судово-правова реформа, покликана гармонізувати діючі правові відносини відповідно до вимог міжнародних стандартів, визначила необхідність перегляду низки положень національного кримінально-процесуального законодавства, вдосконалення процедури розкриття та розслідування злочинів під кутом зору забезпечення реалізації основного принципу правової держави, згідно з яким людина, її життя й здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю, а утвердження та забезпечення прав і свобод - обов'язком держави.

До юридичних механізмів такого забезпечення належить інститут доказування в кримінальному судочинстві. Незважаючи на досить значний обсяг досліджень у цій галузі, низка теоретичних і правових положень, що стосуються проблеми визначення доказування як певного криміналістичного методу пізнання під час розслідування злочинів, залишилися поза увагою науковців. У цьому плані актуальні не тільки традиційні питання, що стосуються визначення понять і видів доказів, їх належності та допустимості, предмета й меж доказування, а й такі малодосліджені питання, як логічні та психологічні основи доказування, співвідношення та зв'язок доказування з оперативно-розшуковою діяльністю, проблема процесуальної легалізації інформації, отриманої оперативним шляхом, роль слідчого й експерта у формуванні доказів та ін.

Крім того, ефективність розробки позначених проблем багато в чому обумовлена відповідним розумінням таких його категорій як злочин, злочинна діяльність, інформація, інформаційна сутність злочину, джерело доказів, сутність і, нормативний зміст яких у теорії залишаються недостатньо розробленими та суперечливими. Водночас багатоаспектний характер правового дослідження злочинної події дає змогу визначити основні напрями застосування доказування як специфічного методу пізнання під час розслідування злочинів.

Ступінь наукової розробки проблеми. Окремі питання проблеми були предметом дослідження у працях провідних науковців: О.Я. Баєва, Т.М. Барабаш, В.П. Бахіна, Д.І. Беднякова, Р.С. Бєлкіна, В.І. Гаєнка, Ю.М. Грошевого, Н.Л. Ємелькіної, В.О. Коновалової, Г.П. Корнєва, В.С. Кузьмічова, В.К. Лисиченка, В.Г. Лукашевича, Є.Д. Лук'янчикова, М.М. Михеєнка, В.М. Тертишника, О.Р. Ратінова, М.В. Салтєвського, В.Ю. Шепітька та ін. Однак їх праці, створюючи наукову базу теорії доказів, не охопили всіх її аспектів і стимулюють необхідність проведення нових досліджень на основі вивчення слідчої практики останніх років і новітніх досягнень юридичної науки.

Мета статті – встановлення змісту категорії «предмет доказування».

Виклад основного матеріалу дослідження. У науковій літературі неодноразово підкреслювалося значення предмета доказування в кримінальному судочинстві. Правильне визначення змісту предмета доказування забезпечує цілеспрямованість і плановість дій слідчого, прокурора і суду. Крім упорядкованості провадження в справі в цілому, встановлення напрямку і меж розслідування, предмет доказування має значення для визначення цілеспрямованості слідчих версій, окремих процесуальних дій, а також для розробки тактичних операцій (комбінацій), тобто комплексу процесуальних та/або інших дій. Не менш важливий предмет доказування як визначальний фактор при розробці криміналістичних характеристик злочинів, в якості структурного елемента в конкретній методиці розслідування.

У кримінально-процесуальній і криміналістичній літературі дотепер немає єдиного розуміння сутності предмета доказування, незважаючи на те, що даний термін широко використовується як у теорії доказування, так і у криміналістиці.

При визначенні поняття предмета доказування в юридичній літературі більшість авторів базуються на філософському визначенні об'єкта і предмета пізнання. У філософській літературі

існують різні погляди на співвідношення об'єкта і предмета пізнання. Наведемо найбільш характерні з них.

Одні автори вважають, що "об'єкт" і "предмет" - це тотожні поняття. Інші вважають, що предметом є матеріальні речі, а об'єктом властивості і взаємозв'язки, виявлені в предметі за допомогою методу та зафіксовані за допомогою знакових систем. Треті наводять принципові розбіжності між значеннями понять "об'єкт" і "предмет пізнання". Варто підкреслити, що більшість авторів схиляється до третьої точки зору.

Існування різних точок зору у філософії з даної проблеми підтверджує факт багатозначності понять і співвідношень об'єкта і предмета.

Найбільш поширені визначення об'єкта у філософській літературі дозволяють зробити висновок, що під ним розуміється частина об'єктивної реальності, що являє собою "те, на що спрямовується пізнавальна та інша діяльність суб'єкта". Сюди відносять різні матеріальні і духовні утворення: предмети і явища природи, суспільства, людини, його свідомості і сам процес пізнання [5].

Предметом пізнання є залучені в процес практичної діяльності людини сторони, властивості, взаємозв'язки реальних об'єктів, які в даних історичних умовах підлягають пізнанню. Предмет пізнання не тотожний об'єкту. Останній є фрагментом світу самого по собі, тоді як перший є фрагментом світу для нас. Той самий об'єкт може бути предметом пізнання різних дисциплін. Наприклад, людина вивчається соціологією, біологією, анатомією і т.д. З гносеологічного погляду протиставлення предмета пізнання і об'єкта є відносним. Тією мірою, якою об'єкт даний суб'єктові через призму практики й пізнання, він є предметом пізнання. А розвиток практики та пізнання тягне розширення предмета пізнання, актуалізує для суб'єкта нові виміри об'єкта. З формуванням науки виділяється і предмет наукового пізнання.

Пізнавальна діяльність органів розслідування спрямована, насамперед, на вивчення (дослідження) такого соціального явища, як злочин, у єдності всіх сторін, властивостей і взаємозв'язків з навколишньою дійсністю і виступає як об'єкт вивчення (дослідження) в рамках кримінальної справи. Такий об'єкт може мати назву об'єкта криміналістичного (кримінально-процесуального і т.д.) пізнання.

Дослідження злочину як об'єкта пізнання припускає використання поряд з юридичними поняттями також філософських положень теорії пізнання. Подібний аспект дослідження необхідний для того, щоб дати методологічне обґрунтування криміналістичної характеристики об'єкта пізнання в кримінальній справі, виявити специфіку криміналістичного пізнання в цілому.

З кримінально-процесуальної та криміналістичної позиції діяльність з розслідування злочинів дозволяє виділити дві групи предметів (речей) і явищ (процесів), залучених як об'єкт пізнання у сферу професійних інтересів органу розслідування. До першої групи віднесені, насамперед, подія злочину та інші, пов'язані з ним обставини. Другу групу становлять об'єкти, що є носіями слідів злочину або інформації про злочин. Дослідження першої групи об'єктів є, власне кажучи, метою кримінального судочинства і вимагає від органу розслідування особливої активності, який реконструює предмети (речі) і явища (процеси) злочинного діяння за допомогою збережених і виявлених слідів (інформації). Дану групу об'єктів кримінально-процесуального пізнання прийнято називати "об'єкт-мета". До другої групи об'єктів віднесено всі предмети матеріального світу (речі), за допомогою яких, і через які, орган розслідування (суд) реконструює подію злочину в цілому, з'ясовує мотив його вчинення і дає юридичну оцінку діянню. Дана група об'єктів кримінально-процесуального пізнання є засобами, що використовуються органом розслідування (судом) для виконання основних завдань кримінального судочинства. У зв'язку із цим дані об'єкти пізнання в кримінальному процесі називають "об'єкт-засіб".

Резюмуючи викладене, об'єкт кримінально-процесуального пізнання можна визначити як злочинне діяння і пов'язані з ним обставини, передбачені законом, а також предмети (речі) і явища (процеси) дійсності (матеріальні і ідеальні, природні і соціальні), що виникли в результаті цього діяння і залучені у сферу діяльності органів кримінального судочинства для виконання поставлених перед ними завдань.

Зауважимо, що цей об'єкт (злочин) вивчається не тільки науками криміналістики і кримінального процесу, але й іншими галузями знань і практичної діяльності: кримінальним правом, кримінологією, психологією і т.д. Кожна з цих галузей знань вивчає свій аспект цього об'єкта, тобто свій предмет. При цьому і криміналістика, і кримінальний процес досліджують злочин з різних позицій, хоча і багато в чому ідентичних.

Трактуючи предмет пізнання як сторони, властивості і взаємозв'язки об'єктів, досліджувані суб'єктом з певною метою, у даних умовах і обставинах, варто визнати, що в теорії кримінальний

но-процесуального доказування це філософське поняття є предметом доказування, тому що воно охоплює не будь-які сторони досліджуваного органом розслідування і судом події, а лише ті з них, які можуть характеризувати діяння, як суспільне небезпечне, а ступінь такої небезпеки полягає в його злочинному характері. Іншими словами, у ході кримінально-процесуальної діяльності повинна бути встановлена підстава кримінальної відповідальності (або її відсутність) і яке покарання потрібно призначити винуватому (або звільнити від нього). При цьому, в ході криміналістичної діяльності вид і розмір покарання не може бути предметом цієї діяльності.

Отже, інтерес складає точка зору деяких учених-криміналістів і процесуалістів, які відкидають необхідність розмежування предмета пізнання і предмета доказування в справі, тому що, нібито, перше з цих понять ширше від другого. У дійсності будь-яка обставина, яка підлягає пізнанню в кримінальному судочинстві, входить у предмет доказування в справі і, навпаки, будь-яка обставина, яку віднесено до предмета процесуального доказування, повинна бути досліджена і засвідчена органами розслідування (судом) у передбаченому законом порядку, тому що з гносеологічної точки зору доказування є різновидом опосередкованого пізнання і не може мати предмет, який відрізняється від предмета такого пізнання.

Як відомо, кожна кримінальна справа є унікальною. Разом з тим, з безлічі різних факторів можна виділити те, що є загальним, найбільш типовим для кожної кримінальної справи. Саме предмет доказування визначає це загальне, необхідне для встановлення по всіх кримінальних справах. На підставі вивченої наукової літератури і проведеного дослідження можна зробити висновок, що більшість авторів визначають предмет доказування як сукупність обставин, що підлягають доказуванню по кожній кримінальній справі. Такі обставини поєднує те, що вони мають процесуальне (правове) значення, тобто впливають на кваліфікацію злочину або можуть враховуватися при призначенні виду і розміру покарання та ін. Тому нехтування дослідженням цих обставин означає неповноту і однобічність розслідування.

Типовий перелік таких обставин, що підлягають доказуванню по будь-якій справі, наводиться в ст. 64 КПК України:

При провадженні досудового слідства, дізнання та під час розгляду кримінальної справи в суді підлягають доказуванню: 1) подія злочину (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення злочину); 2) винність обвинуваченого у вчиненні злочину і мотиви злочину; 3) обставини, що впливають на ступінь тяжкості злочину, а також обставини, що характеризують особу обвинуваченого, пом'якшують та обтяжують покарання; 4) характер і розмір шкоди, завданої злочином, а також розмір витрат закладу охорони здоров'я на стаціонарне лікування потерпілого від злочинного діяння.

Обставини, що підлягають доказуванню, у своїй сукупності утворюють органічне ціле, вони взаємозалежні і у певній мері обумовлюють, доповнюють один одного. Тому встановлення одних з них має значення для більш повного дослідження інших - пов'язаних з ними обставин.

Це той мінімум обставин, встановлення яких є обов'язковою умовою розслідування кримінальної справи. Такий модельний перелік обставин, що становлять предмет доказування, конкретизується відповідно до кримінально-правової кваліфікації злочину, а також доповнюється з урахуванням положень інших норм кримінально-процесуального законодавства. Про уточнення переліку обставин, що підлягають доказуванню відповідно до кримінально-правової кваліфікації злочинів, писав ще Л.Е. Владимиров: "Питання про те, які обставини становлять guid probandum (те, що підлягає доведенню) в окремому випадку, вирішується виходячи з того, що віднесено кримінальним законом до складу даного злочину, які обставини приймаються до увагу при індивідуалізації винуватості підсудного. Отже, guid probandum є питання того або іншого окремого кримінального випадку, обумовленого так чи інакше в кодексі" [1].

Аналіз наукової літератури показав, що одні автори предметом доказування вважають відповідні факти, інші - фактичні обставини, треті - і факти, і обставини справи, четверті не розмежовують факти і обставини. "Закон, - підкреслює, зокрема, О.В. Іванов, - не випадково говорить про необхідність встановлення таких, що мають значення для справи обставин (а не фактів). Термін "обставина" ширший від терміна "факт", він означає як події і дії, так і окремі сторони, риси, деталі, подробиці цих фактів" [3].

Наявність різниці між цими термінами дозволяє погодитися з думкою О.В. Іванова. В етимологічному плані "факт" означає дійсну, цілком реальну подію, явище; те, що справді відбулося, а обставина - явище, що супроводжує яке-небудь інше явище; умови, що визначають положення, існування кого-чого-небудь. Виходячи з цього погляду було б невірно звести предмет доказування в кримінальній справі тільки до самих фа-

ктів, оскільки їм повинні охоплюватися і деякі інші явища, що віднесені до категорії "обставини". У кримінальному процесі терміном "обставини" позначаються реальні, що мають або мали місце в дійсності явища і процеси, пов'язані зі злочинним діянням. Обставини встановлюються в ході розслідування з використанням інформації, носіями якої є об'єкти матеріального світу, за допомогою відображених на них слідів злочинного діяння, що збереглися на момент його розслідування.

На нашу думку, при науковому визначенні предмета процесуального доказування варто мати на увазі і відповідні факти, і пов'язані з ними обставини, що мають значення в справі. Але оскільки ці два поняття співвідносяться як загальне і ціле, немає необхідності називаючи обставини, згадувати про факти, тому що вони охоплюються обставинами. Отже, під обставинами в даному контексті маються на увазі будь-які об'єкти навколишнього світу (предмети, явища і т.п.), що мають значення для успішного виконання завдань кримінального судочинства.

Деякі вчені криміналісти і процесуалісти виділяють у предметі доказування головний факт і допоміжні факти. Однак серед авторів, що розділяють цю думку, не було досягнуто єдності щодо того, які ж обставини повинні включатися в цей "головний факт". Крім того, деякі автори почали застосовувати замість терміна "допоміжний факт" термін "побічний факт".

Багатоманітність суджень щодо змісту головного факту не сприяють однаковому використанню цього терміна, що саме по собі ставить під сумнів доцільність його використання. Є необхідним підтримати думку тих учених, які заперечують саме поняття головного факту, тому що всі обставини, які віднесені до предмета доказування, вважаються "головними", тобто рівною мірою підлягають доказуванню.

У літературі іноді застосовуються різні терміни для позначення обставин, що підлягають доказуванню, але під ними розуміються однакові обставини. Потрібно зауважити, що існують визначення предмета доказування, які відрізняються від зазначених вище.

Спираючись на власні дослідження, Г.П. Корнєв дав таке оригінальне визначення. Предмет доказування, на його думку, це встановлена нормами кримінально-процесуального закону ідеальна інформаційно-пошукова модель будь-якого досліджуваного злочину, конкретизована нормами кримінального права з урахуванням обставин кожної конкретної кримінальної справи [4].

Наведене визначення багато в чому позбавлене тих типових недоліків, які властиві, у тому числі, й проаналізованим у даній статті поглядам. Проте ряд положень у визначенні Г.П. Корнєва є небезперечними. По-перше, предмет доказування визначається не тільки нормами кримінально-процесуального і кримінального права, але й інших галузей права, у тому числі адміністративного, цивільного, фінансового, банківського і т.п. По-друге, спроба поєднати в одному визначенні, без будь-яких застережень, загальне (інформаційно-пошукова модель будь-якого досліджуваного злочину) і одиничне (з урахуванням обставин кожної конкретної кримінальної справи), абстрактне і конкретне, призводить до необгрунтованого "змішування" наукових категорій теорії доказування з безпосереднім практичним застосуванням цих категорій у діяльності органів розслідування. У цьому зв'язку хотілося б відзначити, що деякі автори на основі наукового розуміння предмета доказування вводять другий аспект - розгляд предмета доказування відповідно до конкретної справи (конкретний предмет доказування). По-третє, предмет доказування хоча і виконує інформаційну функцію кримінально-процесуального доказування, але не може бути динамічною (пошуковою) моделлю, тому що він не покликаний вирішувати завдання розкриття, розслідування і попередження злочинів. Призначення предмета доказування полягає в статистичній процесуальній характеристиці розслідуваної події, а не тільки злочину, що є кінцевою метою попереднього розслідування.

Найбільш близькою поглядам автора даної статті є позиція Н.Л. Ємелькіної, яка визначає предмет доказування (у кримінальному судочинстві) як абстрактне наукове поняття про інформаційно-пошукову модель обставин злочинів, засноване на нормах кримінально-процесуального і кримінального законів, яке в ряді випадків конкретизується нормами цивільного, господарського, банківського та інших галузей права [2].

Погоджуючись у цілому з підходом до формулювання дефініції предмета доказування Н.Л. Ємелькіної, зазначимо, що вона повторила помилки Г.П. Корнєва, вказавши в запропонованій дефініції на пошуковий характер предмета доказування і обмеживши його тільки обставинами злочину.

Висновок. Отже, можна запропонувати під предметом доказування розуміти абстрактне наукове поняття про інформаційну модель обставин розслідуваної події, обумовлених нормами кримінально-процесуального законодавства, конкретизованих кримінальним законом, а в ряді

випадків – нормами інших галузей права. При цьому кожна обставина в структурі предмета доказування визначається не як одинична, а як загальна категорія, здатна охопити всі сторони окремої події, що розслідується.

Список літератури

1. Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. Части: общая и особенная. 3-е изд. изм. и законченное. - СПб., 1910. - 144 с.

2. Емелькина Н.Л. Предмет доказывания и привлечение в качестве обвиняемого по делам о преступлениях против интересов службы в коммерческих и иных организациях: Дис. ... канд. юрид. наук. - М., 2003. - 23 с.

3. Иванов О.В. Обьективная истина в советском гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. - М.,1964. – 18 с.

4. Корнев Г.П. Методологические проблемы уголовно-процессуального познания / МВД Рос. Федерации. Нижегор. высш. шк. - Н. Новгород, 1995. - 209 с.

5. Философский словарь / Под ред. М.М. Розенталя. - 3-е изд. - М., 1975. - 439 с.

Стаття надійшла до редколегії 25 лютого 2006 року.
Рекомендована до опублікування у «Віснику» членом редколегії М.К.Якимчуком.

V.M.Vazhynskyi

PROVING OBJECT IN THE CRIMINAL PROCESS

Summary

In the article the author under the proving object understands the abstract scientific concept about the information model of circumstances of the investigated event stipulated by norms of the criminal procedure law, concretized by the criminal law, and in a number of cases - norms of other areas of law. Thus each circumstance in structure of the proving object is defined not as individual, but as the general category capable to cover all sides of separate event, which is investigated.

УДК 343.139

© 2006 р. **В.В. Хмеленко**
Національний університет державної податкової служби України, Ірпінь

РЕФОРМУВАННЯ ОРГАНІВ ДОСУДОВОГО СЛІДСТВА - КРОК НАЗУСТРІЧ ЛЮДЯМ

Постановка проблеми. З моменту прийняття Декларації про державний суверенітет України 16 липня 1990 року та Акту проголошення незалежності України 24 серпня 1991 року, а також прийняття 28 червня 1996 року нової Конституції України в країні почалися демократичні перетворення, спрямовані на формування громадянського суспільства і правової держави, де людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищими соціальними цінностями. Виходячи з цього, права і свободи та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави та всіх її органів як один з головних її обов'язків.

В країні активізувалася державна і громадсько-політична діяльність. На терені прав людини укладається велика низка міжнародно-правових документів (пактів, угод, конвенцій), що стосуються прав людини; проводяться численні форуми під лозунгами захисту прав і свобод громадян України; відбувається процес поступового входження України в Європейське співтовариство; проводиться активна інформаційно-правова політика щодо громадян України.

Проблема прав людини набуває актуальності і у зв`язку з тим, що в історії України є значний проміжок часу, коли права і свободи людини в повному обсязі існували лише на папері, на практиці ж дійсна їх реалізація не відбувалась або забезпечувалась не в повній мірі, а діяльність державних органів у цій сфері була суто формальною. Що ж стосується запровадження в життя прав і свобод людини на сучасному етапі, то нинішня діяльність гальмується, насамперед, недостатнім економічним розвитком, прогалинами в законодавстві країни, низьким рівнем морального та правового виховання населення, а також іншими чинниками.

Метою статті є розробка пропозицій щодо реформування органів досудового слідства.

Виклад основного матеріалу дослідження. Для реального втілення прав і свобод людини в життя недостатньо їх проголошення, необхідно, щоб відбулися певні перетворення в усіх сферах суспільного життя. В даний час уже відбуваються зміни в юридичній науці. Вчені-юристи все частіше звертаються до питань прав людини та їх забезпечення в своїх працях. Розгортаються дискусії щодо класифікації, засобів забезпечення та практичної реалізації окремих груп прав і свобод, що викликає глибоку зацікавленість та привертає увагу не тільки спеціалістів, але й широких верств населення.

Одним із пріоритетних напрямків сучасного стану наукових досліджень в Україні, як юридичних, політичних так і філософських, є вивчення проблематики прав людини через призму діяльності державних установ, підприємств тощо. Більш активно такі дослідження проводяться у сфері діяльності правоохоронних органів, зокрема органів досудового слідства, чия робота безпосередньо впливає на стан законності, правопорядку, а значить на стан реалізації основних прав і свобод. Водночас проблеми, пов`язані із забезпеченням прав і свобод людини, хоч і розглядаються в юридичній науці, залишаються актуальними і потребують свого подальшого вивчення. Це зумовлено сучасним станом розвитку суспільства, демократичними змінами в суспільному житті, іншими внутрішньополітичними процесами, а також активізацією зовнішньополітичної діяльності України у галузі прав людини.

Що стосується діяльності органів досудового слідства та їх ролі у реалізації прав і свобод, то слід відмітити, що в цьому напрямі існує певна прогалина, яка об`єктивно підвищує науковий інтерес до цієї проблеми, а також значимість і актуальність отриманих у ході дослідження результатів.

Конституція України закріплює засади державної політики, насамперед спрямовані на забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя. Основний Закон заклав серйозні підвалини для розвитку та зміцнення демократичної, соціальної і правової держави, в якій людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та гарантії їх забезпечення визначають зміст і спрямованість діяльності держави та всіх її органів як одного з головних обов'язків (ст.3).

Ст.5 Основного Закону держави визначила, що носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо через органи державної влади та органи місцевого самоврядування.

Обмеження влади правами та свободами людини – основна ознака правової держави. Права та свободи особистості - важливий важіль всесилля державної влади, призначений забезпечити її обмеження та самообмеження. Тому пріоритет прав людини відносно держави є первинною визначаючою правової держави, з якою пов'язані інші її ознаки, що служать здійсненню свободи та прав людини: побудова державного та суспільного життя на принципах права, поділу влади, взаємної відповідальності особистості та держави.

У правах, свободах і обов'язках особистості не лише фіксуються стандарти поведінки, які вважаються обов'язковими, корисними, доцільними для нормальної життєдіяльності суспільства, але й розкриваються основні принципи взаємовідносин держави і особи [4, с.233].

Декларація про державний суверенітет і Конституція України проголосили, що державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову (ст.6). Це розмежування було проведено для того, щоб утримати державну владу від можливих посягань. На думку Ш. Монтеск'є, поєднання всієї повноти влади в одній особі або в одному органі державної влади завжди буде призводити до сваволі. Він наголошував, що всі три зазначені гілки влади мають бути відносно незалежними, мати свою чітко визначену компетенцію [1, с.37]. Так, усі гілки влади повинні бути охоронцями Конституції України як Основного Закону держави. Саме Конституція повинна стати над цими владами, а не влада над Конституцією.

Потрібно приділити увагу системі судової влади в Україні, бо саме вона є необхідною умовою для існування правової держави. Правосуддя в Україні здійснюється виключно судом, що і є однією з важливіших гарантій прав і свобод громадян, бо ніякий інший державний орган влади не вправі покладати на себе функціональні обов'язки суду, до яких відносяться: визнання особи винною у вчиненні злочину, призначення до неї міри покарання та ін. Жодна із гілок влади не повинна привласнювати функціональні обов'язки іншої влади, для цього і потрібне чітке розмежування гілок влади. На думку П.М.Кубрака, об'єктивність та незалежність суду від незаконного впливу з боку державних органів, осіб, громадян, а також забезпечення об'єктивності правосуддя та рівності громадян перед законом можуть бути зумовленими матеріальними гарантіями. До цих умов належить віднести підсудність кримінальних справ загальному суду, неприпустимість розширення юрисдикції спеціальних судів, суд присяжних та визначення місця органу досудового слідства в судовій системі [3, с.536].

Актуальною є проблема правового становища та місця органів досудового слідства в системі органів влади, бо саме від них залежить, чи будуть вирішені завдання кримінального судочинства. Історія розвитку органів досудового слідства показує, що ці органи формувалися в різних відомствах.

Реорганізація судових установ 1864 року та видання Судових Статутів чітко сформували систему судової влади - незалежне досудове розслідування, інституція присяжних, професійний суд, не обтяжений теперішньою опікою, прокурорський нагляд. Це гарантувало невтручання будь-кого у хід розгляду кримінальних справ. Дізнання існувало окремо від поліції, як і попереднє розслідування. Ця система судочинства якщо й не усувала, то занадто ускладнювала зацікавлене втручання у процес розгляду справ [3, с.536].

За часів Радянської влади на Україні почали створюватися нові органи розслідування, які поряд з функцією правосуддя виконували функцію попереднього розслідування, яке вже існувало самостійно, але при цьому було частиною кримінального судочинства. Основним його завданням було досудове дослідження фактів, що мали відношення до кримінальної події.

З роками слідчій апарат зазнавав поступової реорганізації. Але форми попереднього розслідування не змінилися. Збереглись в формі досудового слідства та дізнання.

Кримінально-процесуальна діяльність органів дізнання розрізняється в залежності від того, діє воно по справам, по яким провадження досудового слідства є обов'язковим, або по справам своєї підслідності.

По справах, по яких провадження досудового слідства не обов'язкове, орган дізнання веде розслідування в повному обсязі, до самого складання обвинувального висновку та постанови про закриття справи.

Але дізнання як самостійна форма попереднього розслідування має ряд особливостей, які відрізняють його від попереднього слідства. До цих особливостей належить віднести строк провадження дізнання по кримінальним справам.

По справах, по котрих провадження попереднього слідства обов'язкове, дізнання повинно бути закінчене в строк не більше десяти днів з моменту порушення кримінальної справи. По справах, по яких провадження попереднього слідства не обов'язкове, дізнання повинно бути закінчено в термін не пізніше одного місяця.

При провадженні дізнання обвинувачений не має права на допомогу захисника. По закінченню дізнання матеріали справи подається для ознайомлення тільки обвинуваченому. Потерпілий, громадський відповідач, громадський позивач та їх представники лише тільки сповіщались про закінчення дізнання і направлені справи прокурору. Будь-яка вказівка прокурора по справі повинна виконуватися органом дізнання обов'язково. Якщо орган дізнання не погоджується з вказівками прокурора, то звертається з письмовим зверненням до вищестоящого прокурора, при цьому орган дізнання не має право припиняти виконання вказівок даних прокурором.

Згідно з Законом від 30.06.1993 року "Про внесення до деяких законодавчих актів України змін і доповнень, щодо удосконалення попереднього розслідування", який вносить зміни (щодо строків дізнання, закінчення дізнання та ін.) в провадження дізнання по кримінальних справах.

Строк дізнання у справах, що не є тяжкими, проводиться в строк не більше 10 днів, починаючи з моменту встановлення особи, яка його вчинила. У справі про тяжкі злочини дізнання проводиться у строк не більше десяти днів з моменту порушення кримінальної справи [2].

Після змін згідно із Законом дізнання по кримінальних справах закінчується тільки складанням постанови про направлення справи для провадження досудового слідства слідчому, та орган дізнання закриває справи мотивованою постановою при наявності обставин, передбачених ст. 6 КПК України.

У випадках, коли дізнання проводиться по справі, порушеній по тяжкому злочину (як при встановленні, так і при невстановленні особи, скоївшої злочин), по злочинах, які не є тяжкими (тільки при встановлені особи, яка скоїла злочин, а при невстановленні особи дізнання припиняється).

Згідно зі ст. 111 КПК України, досудове слідство проводиться по всіх справах, за винятком справ про злочини, зазначені в ч.1 ст.27 та ст. 425 КПК України, по яких досудове слідство у випадках, коли злочин скоїв неповнолітній або особа, яка через свої фізичні та психічні вади не може здійснювати своє право на захист, а також коли це визнає за необхідне прокурор.

На нашу думку, ці зміни були внесені помилково, оскільки орган дізнання повинен проводити провадження по кримінальних справах у повному обсязі до складання обвинувального висновку по нетяжких злочинах. Це допомогло б у деякій мірі зменшити завантаженість слідчих. Тим часом слідчі органи спрямували б свою діяльність на розслідування тяжких злочинів.

Згідно з діючим законодавством, досудове слідство по кримінальних справах повинно бути закінчене протягом двох місяців з моменту порушення кримінальної справи, а не з дня прийняття справи слідчим до свого провадження (ст.120 КПК України).

Практика показує, що затягнення строків попереднього розслідування, по-перше, викликає невдоволення як зі сторони обвинуваченого, так і зі сторони потерпілого. Саме ці представники процесу вимагають від слідчого швидкого розслідування кримінальної справи та направлення її до суду. Затягування досудового розслідування викликає невдоволення вищевказаних представників процесу, вони пишуть скарги на особу, яка проводить досудове слідство. Але не завжди від слідчого залежить, наскільки швидко він буде розслідувати ту чи іншу кримінальну справу, бо на сьогодні перевантаженість слідчих заважає швидкому та повному розслідуванню кримінальних справ.

При провадженні кримінальних справ слідчий звертає увагу на строки попереднього розслідування. Якщо строки розслідування ще "терплять", слідчий відкладає справу в бік і займається провадженням іншої справи, строки якої закінчуються. Щоб не порушити строки, слідчий швидко закінчує справу, при цьому інколи не дотримується вимоги всебічного та повного дослідження обставин злочину. Так односторонність і неповнота досудового слідства викликають неправильне прийняття процесуального рішення (наприклад: необґрунтоване закриття та припинення кримінальної справи). В той же час порушення кримінально-процесуального закону інколи приводить до односторонності та неповноти дослідження обставин справи, оскільки докази, отримані з порушенням процесуального порядку, обмежують установлення істини по справі.

Аналіз слідчої та судової практики свідчить про випадки повернення кримінальних справ на додаткове розслідування через неповноту досудового слідства (наприклад: при розслідуванні слідчий не виявляє всі епізоди злочинної діяльності, в деяких кримінальних справах відсутня інформація про способи, мотиви вчинення злочинів, характер і розмір заподіяної шкоди).

Неповнота розслідування при розгляді в суді такої справи призводить до винесення суду виправдувального вироку (тобто за браком доказів про злочин). У більшості випадків криміналь-

ні справи, повернені на додаткове розслідування, припиняються за нереабілітуючими підставами.

Припинені кримінальні справи по нереабілітуючих обставинах чи внаслідок зміни обстановки та за недостатністю зібраних доказів по справі, ці обставини безпосередньо порушують питання охорони прав і законних інтересів осіб зацікавлених і обвинувачених у скоєнні злочину.

На сьогодні розслідування здійснюють слідчі органи, які знаходяться у підпорядкуванні різних міністерств і відомств. Вони спеціалізуються на розслідуванні різних видів злочинів, але виконують однотипні процесуальні функції. Не мають міцної наукової основи і розмежування підслідності справ слідчими органів прокуратури, органів внутрішніх справ, податкової міліції. В силу відомчої розмежованості слідчих прокурор неоднаково поінформований про їх діяльність, по-різному оцінюють стан та умови роботи "своїх" слідчих, слідчих податкової міліції, більше турбується про якість роботи лише підпорядкованих йому слідчих.

Безперечно, що завдання подальшого укріплення законності, підвищення авторитету судової влади потребує якомога швидше сформувати новий слідчий апарат, щоб об'єднати зусилля слідчих підрозділів, а не розпорошувати їх. Тому науковці і практики вже значний час доходять до висновку щодо доцільності формування єдиного слідчого апарату, який би проводив досудове слідство за всіма видами злочинів. Така одностайність закінчується, коли починають обговорювати питання про місце слідчого апарату в системі правоохоронних органів.

Аналіз минулого і сучасного, а також опитування слідчих і оперативних апаратів дозволяє дійти висновку щодо доцільності формування єдиного слідчого апарату. Він повинен об'єднати всі слідчі органи. В єдиному слідчому апараті можна створити автономні структури, такі як управління або відділи. Це дозволить укріпити систему слідчого апарату, поліпшити її структуру, підвищити продуктивність та якість роботи, вирішити питання взаємодії з оперативними підрозділами податкової міліції та інших відомств, питання керівництва слідством. Щоб створити єдину систему органів досудового слідства, необхідно враховувати політичну, економічну та правову ситуацію в Україні, а потім поступово проводити реформування в системі слідчого апарату.

Висновок. Отже, реформування досудового слідства визначить його місце в системі органів судової влади та забезпечить реалізацію прав і свобод людини.

Список літератури

1. Коментар до Конституції України / Інститут законодавства Верховної Ради України. – К., 1996.

2. Кримінально-процесуальний кодекс України. /www.rada.gov.ua.

3. Кубрак П.М. Визначення місця попереднього слідства в правничій системі України у співвідношенні із захистом людини / Проблеми боротьби з корупцією. – Т. 7. Кн.4. – К., 1998.

4. Теория права и государства. /Под ред. проф., Г.Н. Манова. Учебник для вузов. – М.: БЕК, 1996.

Стаття надійшла до редколегії 2 березня 2006 року.
Рекомендована до опублікування у «Віснику» членом редколегії М.К.Якимчуком.

V.V.Khmelenko

REFORMING THE INVESTIGATING AGENCY - STEP TOWARDS TO THE PEOPLE

Summary

The reforming of the investigating agency will define its place in system of the judicial authority and will supply the realization of the rights and freedom of the person.

ДО НАШИХ АВТОРІВ
ВИМОГИ ДО МАТЕРІАЛІВ, ЯКІ ПОДАЮТЬСЯ ДЛЯ ОПУБЛІКУВАННЯ В НАУКОВОМУ ВІСНИКУ ЧЕРНІВЕЦЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ СЕРІЇ «ПРАВОЗНАВСТВО»

1. КОМП'ЮТЕРНИЙ НАБІР

1.1. З метою прискорення публікації рукописів та підвищення якості роботи з ними редколегія "Наукового вісника Чернівецького університету" перейшла на комп'ютерний набір тексту. Абсолютна більшість авторів, які подають матеріали для опублікування у віснику серії «Правознавство», використовують для їх створення і роздруковування електронно-обчислювальну техніку.

1.2. Співробітники редколегії працюють з програмним редактором Word (for Windows).

1.3. Усі матеріали необхідно подавати до редколегії в електронному варіанті (на тридюймовій дискеті) поряд з роздрукованим на принтері рукописом.

1.4. Якщо дискета надсилається поштою, необхідно старанно упакувати її і захистити від можливих пошкоджень максимально жорсткою упаковкою.

1.5. На дискеті просимо вказати прізвище автора матеріалу, його назву і використаний програмний редактор.

1.6. Текст, включаючи примітки внизу сторінок, повинен бути набраний і надрукований одним і тим же **прямим** шрифтом.

1.7. Розмір шрифту, який використовується при електронному наборі матеріалу, повинен бути наближений до стандартного машинопису (№14), так, щоб при роздруковуванні тексту через 1,5 - 2 інтервали на сторінці вміщувалось не більше 40-30 рядків по 60 знаків у кожному.

1.8. Необхідні, на думку автора, виділення у тексті потрібно помітити коректорськими знаками в примірнику рукопису, який додається до дискети: світлий курсив - хвилястим підкреслюванням; напівжирний курсив - суцільним підкреслюванням і т.д. **В електронній копії матеріалу будь-які шрифтові виділення не допускаються!**

1.9. В електронному варіанті матеріалу не повинно бути переносу слів і вирівнювання тексту з правого боку.

2. ОФОРМЛЕННЯ ТЕКСТУ

2.1. Рукопис повинен бути підписаний автором (співавторами).

2.2. Обсяг матеріалу, який подається авторами в ініціативному порядку, не повинен перевищувати: статті - 0,5 друкованого аркуша (12 стор.); наукового повідомлення -однієї третини друкованого аркуша (8 стор.), а рецензії -однієї шостої друкованого аркуша (4 сторінки).

2.3. До перекладу статей іноземних авторів потрібно додавати копію тексту мовою оригіналу.

2.4. Всі абревіатури і скорочення, за винятком загальноприйнятих, повинні бути розшифровані при першому використанні у тексті. Необхідно точно вказувати джерело згадуваних у рукописі цитат, цифрових і фактичних даних. Крапки, коми та інші розділові знаки ставлять ся у тексті після посилання.

2.6. При посиланні в тексті у квадратних дужках вказувати номер позиції у списку літератури і сторінку. Наприклад, [3, с.234]. Якщо декілька авторів у одному посиланні, то потрібно номери позицій розділяти крапкою з комою. Наприклад, [2, с.35; 4; 8, с.210].

2.7. Список літератури подається наприкінці статті в алфавітному порядку згідно з бібліографічним Держстандартом.

2.7.1. При посиланні на законодавчий акт у списку літератури необхідно вказувати його повну офіційну назву й офіційне джерело, у якому він опублікований. Наприклад:

- Закон України «Про прибутковий податок з громадян України, іноземних громадян та осіб без громадянства» від 5 липня 1991 року / Закони України. Офіційне видання. Т.2. - Київ: АТ «Книга», 1996. -С. 141-158.

2.7.2. При використанні журнальних матеріалів потрібно вказувати прізвище, потім - ініціали автора статті; її назву; назву журналу; рік видання; номер сторінок. Те ж стосується статей, опублікованих у наукових збірниках. Наприклад:

- Козловський А.А. Гносеологічна природа юридичних конфліктів // Науковий вісник Чернівецького університету. Збірник наукових праць. Вип. 33. Правознавство. - Чернівці: ЧДУ, 1998. - С. 3-19.

2.7.3. При посиланні на книгу вказується прізвище, потім ініціали автора; назву книги; місто, де книга видана; рік видання; сторінки. Для колективних монографій і збірників статей (якщо автори не вказані перед заголовком книги) вказується редактор (відповідальний редактор, редкол.), а для збірників статей також перші три автори. Наприклад:

- Кравченко В.І. Фінанси місцевих органів влади України: Основи теорії та практики. - К.: НДФІ, 1997. - 276с.

2.7.4. Усі бібліографічні елементи іноземних джерел треба вказувати мовою оригіналу, ігноруючи вживання абревіатур і по можливості максимально дотримуватись таких же вимог, як і при оформленні бібліографії українською мовою.

3. ДОДАТКИ

До рукопису повинні додаватись:

- довідка про кожного з авторів матеріалу, де зазначаються прізвище, ім'я, по батькові; науковий ступінь; учене звання; основне місце роботи; посада; домашній та службовий телефони і поштові адреси (для зв'язку з редколегією);

- для аспірантів і пошукувачів - витяг з протоколу засідання кафедри, завірений ученим секретарем вузу, який містить рекомендацію до опублікування матеріалу у віснику, та дві завірені гербовою печаткою відповідної установи рецензії фахівців з даної проблеми, що мають наукові ступені, причому, як мінімум, один з них - доктор, інший - кандидат юридичних наук. З установи, де навчається або працює аспірант чи пошукувач, може бути тільки один рецензент. Прізвище, ім'я та по батькові рецензентів, їх наукові ступені і вчені звання, посади та місце роботи вказуються у витягу з протоколу засідання кафедри;

- інформація з вказівкою, кому зі співавторів у разі потреби направити дублікат набраного примірника і коректуру;

- транслітерація прізвищ та ініціалів авторів, переклад заголовка матеріалу та коротке його резюме англійською мовою (не більше за обсягом від резюме автореферату кандидатської дисертації).

4. ДООПРАЦЮВАННЯ РУКОПИСУ І КОРЕКТУРНІ ПРИМІРНИКИ

4.1. Рукописи, повернуті авторам на доопрацювання, належить у доопрацьованому вигляді повернути редколегії в рекомендований термін.

4.2. Необхідні виправлення в початковому варіанті тексту автор повинен зробити ручкою, так, щоб вони були очевидні для редакторів, а також повідомити у листі про зміни. Тобто редколегії потрібно надсилати: а) початковий варіант з виправленнями; б) по-новому надрукований другий варіант тексту і супроводжувальний лист автора (авторів) з поясненнями.

4.3. Якщо автору направлено дублікат набраного примірника чи коректури, він зобов'язаний уважно ознайомитися з ним, внести необхідні виправлення ручкою, підписати і якнайшвидше повернути редакції.

4.4. Якщо стаття одночасно була (чи буде) направлена в інше видання або опубліковувалась раніше, автор зобов'язаний попередити про це редакцію.

5. ПРИКІНЦЕВІ ПОЛОЖЕННЯ

5.1. У випадку недодержання вказаних правил редколегія не буде розглядати поданий рукопис. Будь-які винятки з цих правил допускаються тільки у випадку погодження їх автором персонально з науковим редактором.

5.2. Редколегія зберігає за собою право скорочувати і редагувати рукописи.

Науковий редактор – *доктор юридичних наук, професор, декан юридичного факультету Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича* ***Пацурківський Петро Станіславович.***

Науковий вісник Чернівецького університету: Збірник наукових праць.
Вип. 311. Правознавство. – Чернівці: Рута, 2006. – 124 с.