

3
2002



ВІСНИК

АКАДЕМІЇ
ПРАВОВИХ
НАУК
УКРАЇНИ

3

(30)

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

№ 3 (30)

Заснований у 1993 році



Харків

2002

Національна юридична академія
України імені Ярослава Мудрого
**ФУНДАМЕНТАЛЬНА
БІБЛІОТЕКА**

Зареєстрований Міністерством України у справах преси та інформації (свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації. Сер. КВ № 1254, 17.02.95 р.)

Засновник — Президія Академії правових наук України

Видавець — Академія правових наук України

Редакційна колегія: *В. Я. Тацій* (головний редактор), *М. В. Цвік* (заступник головного редактора), *Л. К. Воронова*, *Ю. М. Грошевий*, *І. М. Даньшин*, *В. В. Комаров*, *В. О. Коновалова*, *В. В. Луць*, *В. К. Мамутов*, *М. І. Панов*, *О. В. Петришин*, *О. А. Підпригора*, *М. Я. Сегай*, *М. М. Сібільов*, *В. Ф. Сіренко*, *В. В. Сташис*, *В. П. Тихий*, *Ю. М. Тодика*, *Ю. С. Шемшученко*.

Адреса редакційної колегії: 61002 Харків, вул. Миросицька, 29, Академія правових наук України, тел. 43-40-37.

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ.

П. Рабінович, член-кореспондент
АПрН України

Права людини: діалектика універсалізації найменувань та урізноманітнювання змісту й меж

У ХХ–ХХІ століттях однією із загальних тенденцій розвитку інституту прав людини є його глобальна універсалізація. Про це свідчить, наприклад, те, що до найвизначніших договірних актів ООН з прав людини — Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права, Конвенції про права дитини, Конвенції про ліквідацію усіх форм дискримінації стосовно жінок, Конвенції про ліквідацію усіх форм расової дискримінації — приєднались від 70 до 90 % усіх держав світу, а заключний документ проведеної під егідою ООН 1993 р. у Відні Всесвітньої конференції з прав людини підписали представники усіх 170 держав, які брали у ній участь.

У змістовному аспекті зазначена тенденція знаходить прояс в у тому, що нині абсолютна більшість держав:

– визнали існування проблем здійснення і захисту невід’ємних, «природних» прав і свобод людини та необхідність поступового розв’язання таких проблем;

– погодились із закріпленням у Загальній декларації прав людини мінімально необхідного переліку назв прав і свобод як своєрідного пакета взірців, що на них має бути зорієнтована політика кожної цивілізованої, демократичної держави (і справді: більшість цих назв відтворено у переважній частині сучасних конституцій чи інших фундаментальних національних законів);

– домовились про створення міжнародних (наддержавних чи міждержавних) органів, котрі ними ж уповноважені відслідковувати стан дотримання прав людини у відповідних державах-учасницях та піддавати його своєму контролю і впливу, а також дали згоду на виконання рекомендацій і рішень цих органів;

— дійшли консенсусу щодо процедури розгляду питань, пов'язаних із порушеннями прав людини у різних державах та визначенням заходів міжнародного реагування на такі порушення.

Проте у розвитку всесвітнього інституту прав людини досить рельєфно виявляється й інша — зрештою, протилежна — загальна тенденція, а саме: урізноманітнення конкретного змісту й обсягу прав людини залежно від того, в якій країні вони мають реалізовуватись¹.

Ця, друга, тенденція найчастіше знаходить свій прояв у процесі розв'язання (теоретичного й практичного) таких проблем:

— з'ясування сутності (визначення поняття) феномена прав людини та можливостей його *однозначного* розуміння;

— «дозування» прав людини, тобто законодавче визначення їх конкретного змісту й обсягу шляхом встановлення певних юридичних обмежень стосовно їх здійснення;

— витлумачування прав людини як неодмінної умови їх реалізації, охорони і захисту та можливість (чи, навпаки, неможливість) його офіційної уніфікації на всесвітньому або навіть на регіональному (континентальному) рівнях.

У цій статті розгляну лише останню із названих проблем (оскільки інші мені вже доводилося висвітлювати)². При цьому основна увага приділятиметься характеристиці соціальних чинників, що її викликають, та аналізу логіко-герменевтичного механізму її розв'язання.

¹ Дослідженню зазначених тенденцій, діалектики універсальних і конкретно-історичних властивостей прав людини присвячено численні наукові праці (див., напр.: *Рабінович П. М.* Права людини: концептуальні засади // Права людини і громадянина: Проблеми реалізації в Україні. — К., 1998. — С. 13; *Заблюцька Л.* Виникнення та формування міжнародних стандартів у галузі прав людини // Український часопис прав людини. — 1995. — № 1. — С. 38; *Мережко О.* Культурний релятивізм і природа фундаментальних прав людини // Український часопис прав людини. — 1996. — № 1. — С. 55; *Добрянський С.* Заastosування Конвенції про захист прав людини та основних свобод: як вияв діалектики загального та одиничного у праворозумінні // Право України. — 2000. — № 12. — С. 37; *Апель К.-О.* Етноетика та універсалістська макроетика: суперечність чи доповнюваність? // Політична думка. — 1994. — № 4. — С. 85; *Габермас Ю.* До легітимації через права людини. — К., 1999. — С. 53).

² Див., напр.: Український часопис прав людини. — 1995. — № 1; 1997. — № 3–4; Вісник Академії правових наук України. — 1995. — № 2; 1996. — № 6.

Конкретно-історичне походження тих можливостей людини, що становлять її основні права, — навіть на всесвітньому, глобальному рівні — визначає, безперечно, неоднаковість їх конкретно-го змісту й обсягу в різних умовах та в різні часи існування людства. Вже тому уявлення про реально здійсненні права не можуть бути змістовно (а не номінально) універсальними і незмінними. Інша ж причина «різночитань» у тлумаченні основних прав людини коріниться в тому, що їх розуміння не може не залежати і від своєрідних, специфічних інтересів різних етносів, народів, націй, класів і численних соціальних утворень. А такі інтереси є вже не загальнолюдські, всесвітні, а особливі, «часткові».

Звідси випливає, що для закріплення і здійснення за допомогою внутрішньодержавного («національного») законодавства основних прав людини набувають принципового методологічного значення проблеми *розуміння* (осмислювання) цих прав відповідними органами держави та іншими суб'єктами даного суспільства. А розв'язання цих проблем має досягатися з урахуванням сучасних положень загальної теорії розуміння (інтерпретації), тобто комплексної галузі знань, яка зветься, за традицією, *герменевтикою*. Спираючись на цю науку, можна, зокрема, пояснювати (та й передбачати), чому законодавство певної держави, яке фіксує пануюче у ній конкретно-історичне розуміння основних прав людини, досить часто не збігається (причому не стільки термінологічно, скільки у соціально змістовному плані) із закріпленими у міжнародних нормативних документах «стандартами» таких прав, а ще більшою мірою — із законами інших держав з цих же питань.

Наслідком такої герменевтико-юридичної ситуації стає те, що цінності, котрі у міжнародних документах декларуються і вважаються загальнолюдськими (зокрема основні, невід'ємні права людини), є такими переважно за їх назвами, найменуваннями, термінами; проте при їх реальному здійсненні, втіленні у життя вони наповнюються цілком конкретним, здебільшого неоднозначним змістом, а отже, насправді функціонують не як загально-, а як «окремо-(особливо-) людські». *Чого варті загальнолюдські назви прав людини — це виявляється лише тоді, коли вони використовуються для розв'язання реальних життєвих проблем реальних осіб у певних історичних умовах, за конкретних обставин.*

Чи не найбільш виразно, рельєфно така ситуація проявляється тоді, коли у процесі державно-правового (юридичного) регулювання неминуче постає проблема меж (обмежування) прав людини. Практичне розв'язання цієї проблеми, як засвідчує практика, ніде і ніколи не було універсальним, уніфікованим¹.

Саме законодавство стосовно прав людини осмислюється (інтерпретується, витлумачується) — причому як при його створенні, встановленні, так і при застосуванні, реалізації — у такий спосіб, аби воно могло слугувати реальним засобом, інструментом для досягнення змістовних цілей тих суб'єктів суспільного життя (соціальних спільностей; їх індивідуальних чи колективних представників — як державних, так і недержавних), котрі є учасниками відносин, що регулюються цим законодавством. А оскільки цілі різних суб'єктів суспільних відносин у багатьох випадках не збігаються та й не залишаються незмінними у процесі соціального розвитку, інтерпретація цими суб'єктами правових текстів, насамперед нормативних, принципово (засадничо) не може бути однозначною, односисловою, уніфікованою. Будь-яке тлумачення законів «спрямовується» на *поліпшення* умов існування та життєдіяльності його суб'єкта (або тих спільнот, угруповань, об'єднань, інтереси яких він — усвідомлено чи неусвідомлено — відображає).

У цьому аспекті особливого значення набуває *офіційне* (тобто формально обов'язкове для правозастосувачів) нормативне тлумачення законодавчих та інших нормативно-правових актів. Таке тлумачення, з огляду на його реальну роль, місію у державно-юридичному регулюванні суспільних відносин, можна позначити такими термінами-синонімами, як, скажімо, «динамічне», «інструментальне», «функціональне», «адаптаційне», «приспосувальне». І, видається, саме останній з цих термінів — як би «радикально» він не звучав — найбільш точно, адекватно позначає поняття про розглядуване тлумачення. Адже соціальне призначення такого тлумачення полягає, у багатьох випадках, саме в *приспосуванні* державно-юридичного регулювання до тих змін, котрі відбулися у суспільстві, або ж у наданні домінуючого становища у цьому регулюванні саме такій інтерпретації закону, яка об'єктивно здатна якнайкраще задовольнити потреби певної соціальної групи. Відбувається, так би мовити,

¹ Докладніше про це див.: Рабінович П. М., Панкевич І. М. Здійснення прав людини: проблеми обмежування. — Львів, 2001.

інструменталізація закону з огляду на досить конкретні соціально змістовні цілі. Чи не найпереконливішим свідченням цього слугує правотлумачна практика органів конституційного судочинства багатьох країн¹ (і практика Конституційного Суду України, гадаю, не становитиме винятку у цьому відношенні). Зважаючи на це, можна стверджувати, що *основна мета діяльності суб'єктів офіційного нормативного (зокрема прецедентного) тлумачення якраз і полягає у забезпеченні певної соціальної доцільності державно-юридичного регулювання суспільних відносин шляхом пристосування (адаптації) обов'язкового варіанта інтерпретації законодавства до оновлених цілей такого регулювання або ж до нових засобів їх досягнення.*

Викладені висновки яскраво ілюструє і практика тлумачення Конвенції про захист прав людини і основних свобод 1950 р. (далі — Конвенція) Європейським судом з прав людини (далі — Суд).

Так, у рішенні у справі «**Косадо Кока проти Іспанії**», ухваленому 24 лютого 1994 р., Суд постановив, що застосування керівництвом колегії адвокатів дисциплінарних санкцій до адвоката, котрий рекламував власні послуги, не порушує ст. 10 Конвенції (право на свободу вираження поглядів). Суд відзначив, що правила, які регулюють використання реклами членами колегії адвокатів, варіюються залежно від країни: більшість держав-учасниць намагається пом'якшити ці правила, *посилаючись на розвиток суспільства та посилення ролі засобів масової інформації.* Суд зауважив також те, що керівництво колегії адвокатів та національні суди знаходяться в кращому становищі, ніж міжнародний суд, для того, аби визначити, яким *на той чи інший час* буде оптимальний баланс між вимогами належного відправлення правосуддя, професійною гідністю, правом кожного отримувати інформацію про правову допомогу, з одного боку, і можливістю для адвоката робити рекламу своїх послуг, — з другого. З огляду на це Суд дійшов висновку, що *на той час* (1982–1983 рр.) дисциплінарні санкції не могли розглядатися як такі, що не відповідали поставленій меті (виділено мною. — П. Р.).

Ще один приклад. У рішенні, ухваленому у справі «**Брума-реску проти Румунії**» 23 січня 2001 року, Суд відхилив попереднє заперечення уряду Румунії, за яким заявник нібито не викорис-

¹ Див., напр.: *Равное правосудие на основе закона.* Верховный Суд в жизни Америки. — М., 1995. — С. 57–58; 63–65; 69–74; 78–79.

тав усіх національних засобів правового захисту (він не звернувся з новим позовом до суду про повернення належного йому майна, хоча міг це зробити). З цього приводу Суд дійшов висновку, що уряд не міг посилатися на неподання заявником нового позову, оскільки *результат такого позову є дуже сумнівним*, особливо з огляду на дію принципу *res judicata*. Отже, у даній справі Суд відійшов від буквального тлумачення нормативного юридичного тексту, оскільки таке тлумачення (*саме у цій ситуації!*) не змогло б забезпечити досягнення цілей захисту прав, закріплених у Конвенції про захист прав людини і основних свобод 1950 року. Суд діє згідно із виробленим у його практиці принципом ефективного захисту прав людини, сутність котрого полягає у тому, що норму потрібно тлумачити й застосовувати у такий спосіб, який може забезпечити максимально ефективний, дійовий, реальний захист прав людини саме у даному випадку.

Для реалізації цього принципу Суд не стільки робить спробу відшукати у нормативному юридичному тексті наміри «творця норми», закладені останнім в її текст, скільки *приспосовує* семантичне значення витлумачуваних нормативних положень до цілей європейської спільноти — *забезпечити й захистити права та свободи людини*. Семантичне значення тексту стає тут об'єктом цілеспрямованої — «прагматичної» у зазначеному сенсі — інтерпретації, в ході якої системі знаків (а точніше, концептів, *signatum*), котра потенційно може бути витлумачена у різний спосіб (мати різні смисли), на основі семантичного значення як продукту так званої мовної конвенції якраз і присвоюється, «приписується» певний смисл, що відповідає цілям правової політики Ради Європи. (Стосовно згаданої Конвенції такі цілі проголошено безпосередньо в її Преамбулі.) У такий спосіб Суд реалізує неодноразово проголошений ним фундаментальний постулат, за яким Конвенція є «живим організмом, котрий постійно розвивається».

Мені вже доводилося аргументувати положення про те, що здатність нормативного юридичного тексту бути потенційним носієм різних смислів (*інтерпретаційна здатність тексту юридичних норм*) є його об'єктивною, невід'ємною, а отже, неминучою властивістю¹. Корені її потрібно шукати, вочевидь, як у різноманітності соціальних інтересів, так і в особливостях самої мови, а також у закономірностях здійснення комунікативної діяльності. Це поло-

¹ Див., напр.: Правоведение. — 1988, № 5; Правова держава. — К., 1998. — Вип. 9; Вісник Академії правових наук України. — 1999. — № 2.

ження, яке відображає одну із загальних герменевтичних закономірностей, переконливо підтверджується практикою офіційної інтерпретації юридичних норм саме щодо прав і свобод людини.

У вітчизняній юриспруденції набуло певного поширення обґрунтоване мною положення про те, що поняттям прав людини відображаються необхідні для існування і розвитку людини її *можливості, які об'єктивно зумовлюються досягнутим рівнем розвитку суспільства і мають бути загальними та рівними для всіх людей*. У такому розумінні розглядуваного феномена реалізовано теоретико-методологічний підхід, який можна назвати «потребовим». Адже зазначені можливості людини покликані використовуватись для задоволення її життєво необхідних потреб і насамперед у цьому полягає їх (можливостей, тобто прав) особистісна значущість, цінність.

Тому-то й згадана вище інструменталізація законодавства включає, по-перше, істинне пізнання об'єктивно існуючих можливостей для існування та розвитку всіх людей (а також їх об'єднань і спільнот), а по-друге, «наділення» законодавства — у процесі його інтерпретації — таким смислом (змістом), аби воно могло послугувати засобом, важелем здійснення цих можливостей, тобто «інструментом» використання відповідних прав (а тим самим і задоволення певних потреб).

У цьому вбачається конкретно-історична об'єктивна зумовленість «смислотворчої» інтерпретації юридичних норм, які закріплюють права людини та засоби їх реалізації. Така інтерпретація, особливо ж її офіційно-нормативний різновид, з необхідності включає гносеологічну складову, а отже, дозволяє застосовувати до неї категорію *об'єктивної істини*.

Надійшла до редколегії 10.02.02

Н. Нижник, член-кореспондент
АПрН України

Роль кадрової політики в реалізації функцій держави

В умовах інтеграції України до Європейського Союзу виникає необхідність у розв'язанні низки проблем, пов'язаних із

формуванням та реалізацією державної та регіональної політики і регіонального управління.

Державна кадрова політика є складовою частиною внутрішньої і зовнішньої політики держави, формується на основі і в рамках загальнодержавної політики. Її цілі, пріоритети і принципи вирішальною мірою залежать від цивілізованості суспільства, характеру і ролі держави, режиму владарювання.

Державна кадрова політика — це державна стратегія в сфері формування, розвитку і раціонального використання трудових ресурсів країни. Це система офіційно визнаних цілей, завдань, пріоритетів і принципів регулювання кадрових відносин у конкретно-історичних умовах розвитку суспільства¹.

Проблема державної кадрової політики в регіонах все більше стає ключовою, оскільки впливає на подальший розвиток Української держави. Адже саме державна служба та служба в органах місцевого самоврядування поєднують конституційно фіксовані наміри і цілі Української держави, її функціональні та організаційні структури, правові установки і процедури, інші елементи та взаємозв'язки з кадровим потенціалом держави, наповнюють їх думкою та енергією, знаннями і волею людей та втілюють у практичний прогрес суспільного життя.

Держава шляхом здійснення кадрової політики визначає і реалізує управління людськими ресурсами країни. На жаль, сьогодні в Україні ще існує проблема поліпшення довіри громадян до інститутів держави, а саме державної служби та служби в органах самоврядування як особливих інституцій.

Ця проблема стикається з такими концептуальними положеннями:

розуміння державної служби та служби в органах місцевого самоврядування як практичної участі у здійсненні мети, завдань і функцій держави через виконання певної посади;

сутністю цього виконання є вирішення об'єктивно виникаючої і постійно відтворюваної суперечності між плюралізмом політичної сфери суспільства і цілісністю (єдністю та суверенітетом) державної влади. Тому надзвичайно важливо виявити джерела відчуження громадян від державної влади, особливо інсти-

¹ Див.: *Игнатов В. Г., Понделков А. В., Слепцов Н. С.* и др. Государственная кадровая политика и технологии ее реализации (на опыте Северо-Кавказского региона). — Ростов н/Д. 2001. — С. 31.

туцій державної служби та місцевого самоврядування, та розробити механізми подолання цього відчуження у майбутньому.

Доцільним уявляється дослідження таких причин:

по-перше, це причини культурно-політичного та державно-управлінського типу, сутність яких полягає в особливостях політичної та управлінської культури громадян України, їх відвічному намаганні протистояти органам державної та місцевої влади, нігілістичному ставленні до будь-якої влади;

по-друге, важливою причиною є інколи нездатність представників органів державної та місцевої влади вчасно і зрозуміло пояснити громадянам України цілі і мотиви діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування, розказати про характер і зміст їх діяльності, про умови, в яких вони (представники органів влади) вирішують життєві проблеми;

по-третє, ще інколи низькі компетенція, професіоналізм державних службовців. Тому потрібно посилити вивчення таких навчальних дисциплін, як «Державна служба в Україні: теорія і організація» та «Державна кадрова політика і механізми її реалізації». Сьогодні службовця потрібно починати готувати вже в школі.

Інститути державної служби, служби в органах місцевого самоврядування мають розвиватися і вдосконалюватися. Моделі державної служби та служби в органах місцевого самоврядування України повинні дивитися у майбутнє і одночасно відповідати реаліям перехідного періоду.

Слід постійно пам'ятати про історичну специфіку організації цих служб в Україні, особливості моменту, який ми переживаємо, з увагою ставитися до тих принципів та напрацювань щодо модернізації державної служби, які пропонуються спеціалістами в світі.

В ідеалі як державна служба, так і служба в органах місцевого самоврядування слугують державі та її народу, Конституції, закону, а не партіям та їх лідерам, що змінюють одне одного біля керма влади.

В реальності має місце така ситуація:

Зміна державної влади призводить до значних кадрових перестановок у державному апараті. Ці зміни відбуваються у відповідності як з політичними установками нової влади, так і з світоглядом самих керівників апарату.

Тому концепція з адміністративної реформи та стратегія розвитку державної служби в Україні передбачають виділення

типів державних посад: політичні, патронатні, адміністративні, які треба наповнити конструктивним змістом: має бути більш чітка диференціація статутів службовців, де будуть суворо визначені посадові обов'язки.

Становлення державної служби та служби в органах місцевого самоврядування передбачає створення набору кваліфікаційних характеристик, через який можна визначати професійну, інтелектуальну, моральну та інші здатності людини для заняття певних посад.

Ще належить розробити механізми, які б допомагали об'єктивно стосовно службовця визначати рівень його професійного розвитку, особистісні якості, внутрішній потенціал, щоб спланувати його просування по службі.

Доцільно визначати різноманітні форми, через які службовець міг би розвиватися. Зараз це здебільшого зводиться до проходження підвищення кваліфікації. А от як засвоєння знань службовця співвідноситься із займаною ним посадою, віддачею цих знань у практичній діяльності? Яке значення самоосвіти в освітній системі службовців? Сьогодні висуває перед службовцями вимоги до високої державної управлінської культури, наукової та професійної підготовки.

Великий вплив на становлення, розвиток та просування по службі справляє колектив, у якому працює службовець. «Праця в команді» — все частіше цей термін звучить на практиці. А в чому зміст та межа цього принципу? Які механізми щодо створення управлінських команд? На яких рівнях, хто і як має їх утворювати? А чи не породжує це груповину, корупцію та інші негативні моменти?

Потрібно враховувати позитивні та негативні риси професійної корпоративності службовців. Позитивні — це висока кваліфікація, культура, етика, високий професіоналізм, а негативні — кругова порука, бюрократизм, цинізм, корупція.

На наш погляд, в основу вдосконалення системи державної служби та служби в органах місцевого самоврядування доцільно покласти принцип заслуг і достойної гідності, антикорупційну програму та посилення відповідальності, а не принцип обраності. Тобто, коли одним працівникам багато що дозволяється і прощається, а теж саме іншим забороняється.

Правові норми та моральні звичаї й традиції не можуть бути винятками для кого б то не було в ієрархії службовців. Інакше

конструктивність і стабільність влади та повагу громадян до неї буде важко забезпечити.

Система державної служби та система служби місцевого самоврядування мають бути гнучкими, постійно оновлюватися. Кожний рівень у цих системах має відрізнятися тільки йому властивим набором професійних якостей, і чим вищий рівень, тим більшими повинні бути високі якості, інтелект та моральність. Престиж посади службовця має поєднуватися з авторитетом особи, яка цю посаду обіймає. В основу організації кадрової роботи можна покласти такі принципи:

підбір кадрів за діловими, професійними та моральними якостями на основі їх комплексної та об'єктивної оцінки. Має бути розроблено систему заходів, що сприяють формуванню такого складу службовців, коли якісні та кількісні характеристики відповідають меті та завданням державної кадрової політики. Важливою складовою є професійний відбір. Ця система має будуватися на основі принципів, механізмів та сукупності процедур. До останніх належать: призначення на посаду, заміщення на посаду, конкурс, конкурс-випробування, обрання, вибір на посаду, вибори на посаду та ін.;

відкритість і рівність усіх в прийнятті на посаду за наявності професійних знань і кваліфікації. Потрібно розробити єдині для всіх рівнів принципи службового росту службовців, у тому числі механізм ефективного використання кадрового резерву, ротації кадрів; створити нормативну базу і сучасну інфраструктуру підготовки, підвищення кваліфікації та оцінки праці службовців;

вирішення кадрових питань має відбуватися гласно, демократично, з урахуванням громадської думки;

оновлення кадрів потрібно запровадити з додержанням наступності керівництва при забезпеченні постійного притоку свіжих сил;

встановлення чітких підстав, процедур притягнення до дисциплінарної відповідальності службовців і т. д.;

забезпечення законності, додержання нормативних вимог у вирішенні кадрових питань. Доцільно підвищити увагу до управлінської етики, підняти таку практичну цінність, як службова репутація.

На наш погляд, ці теоретичні підходи та принципи визначають і механізми реалізації кадрової політики, вибір конкрет-

них форм, засобів, методів вирішення кадрових питань. Вони покликані не допустити формального підходу в доборі кадрів, розкривати можливості демократизації всіх технологій, запровадити процедури об'єктивної оцінки працівників, розширити співробітництво всіх суб'єктів кадрової політики тощо.

Одним із важливих завдань служби має бути зміна характеру взаємовідносин органів державної влади з громадянами, підприємствами і фірмами, різними організаціями. Потрібно перейти до управління на основі правових і фінансових механізмів, створення умов для вільної діяльності людей.

Фактично це означає необхідність переорієнтації державної служби та служби в органах самоврядування за такими критеріями:

ставлення апарату служби до громадянина як до суб'єкта, а не як до слухняного об'єкта управління, як це було раніше;

повага і близькість апарату до громадян та їх організацій, прагнення до контактів, співробітництва, координації зусиль, відмова від нав'язування «зверху» розпоряджень;

створення і функціонування дійових інститутів «паблік рілейшнз» (зв'язки з громадськістю).

При цьому слід пам'ятати, що будь-які зміни, реформи і програми починаються державою і доводяться до кінця лише за сприяння службовців.

У наукових розробках, що стосуються державного управління і державної служби та служби в органах самоврядування, акцент потрібно зробити на аналітичній та експертній роботі. Вже час працювати над створенням аналітичних центрів у регіонах України, які б готували пропозиції та рекомендації для державних органів щодо складних комплексних проблем, оскільки сьогодні спроби вирішити це питання без ґрунтового наукового аналізу призводять лише до кадрових змін. Потрібно прагнути, щоб будь-яке управлінське рішення, що приймається в державних органах, базувалося на наукових знаннях, демократичному, колективному мисленні, всебічному врахуванні національних умов, чинників, ресурсів. Державний службовець повинен не тільки мати знання, а й діяти конструктивно в реальних ситуаціях, легко оперувати управлінськими процедурами.

Організаційний механізм, особливо в умовах перехідного періоду, буде малоефективним без належного контролю за діяль-

ністю державних органів та їх службовців. Це не контроль з випередженням або після вчинку, а контроль вчасний. Як контролюючі інстанції можуть виступати конституційні органи державної влади усіх рівнів, а також органи народовладдя.

Світовий досвід знає різноманітні можливості контролю державного службовця. Це державний кваліфікаційний іспит; випробування; подання декларації про доходи тощо.

Можна застосовувати такі механізми, як перевірка роботи вищим керівництвом; звіт на прес-конференціях; постійна ротація державних службовців; атестація з оголошенням її результатів і т.д. Потрібно шукати нові форми, апробувати їх та сміливо застосовувати на практиці; створити систему, яка б, з одного боку, контролювала державних службовців та службовців органів самоврядування, а з іншого — створювала правову захищеність службовців від свавілля і некомпетентності керівників та засобів масової інформації.

Стає очевидною необхідність створення ефективно діючої, організаційно оформленої, з чітким розподілом завдань і функцій кожного працівника системи по зв'язках із громадськістю, що дозволить вести постійний і цілеспрямований діалог державної влади з населенням. Поки що такої системи в багатьох організаціях, областях, районах немає. Внаслідок цього керівники, їх заступники, державні службовці ще рідко виступають на шпальтах регіональних газет, по радіо і ще рідко зустрічаються з населенням за місцем проживання, на підприємствах. Люди не знають про їх позиції стосовно подій, які відбуваються в Україні, не прислухаються до їх думки щодо тих заходів, які здійснюються на місцях.

Кадрова робота в органах влади повинна бути системною, забезпечувати компетентність і високий професіоналізм працівників.

Тому в наукових розробках українських учених мають бути прогнозовані випереджувальні заходи, які б допомагали розв'язати ситуацію в тому плані, як це необхідно для сьогоdnішнього курсу державотворення. Потрібно ввести в практику регулярне інформування державних службовців про наукові напрацювання через наукові доповіді, наукові записки, які готуються вченими.

Сьогодні має бути враховано той позитивний досвід, що є у нас, адже в минулому не все було погано з точки зору засад

класичної теорії державного управління, дещо є і в сусідів, як східних, так і західних, і його потрібно використати.

Доцільно посилити вивчення реальної практики діяльності органів державного управління, позитивного досвіду, що є в державних органах. Державне управління та державна служба мають бути пронизані кульгом Української держави.

Надійшла до редколегії 15.06.02

О. Дашковська, доцент НЮА України

Гендер і право: логіко-понятійний аналіз

Досвід розвинутих держав сучасності свідчить про те, що з розвитком демократичних інститутів, формуванням громадянського суспільства невід'ємно пов'язані процеси утвердження гідного становища особи в суспільстві незалежно від її статі.

Концепція «гендера», або «гендерних стосунків», яка стала актуальною проблемою соціології, психології, культурології та інших суспільно-політичних наук, розглядає жінку не тільки як біологічну особу, а й як члена суспільства зі своїм особистим статусом і власною стратегією суспільної поведінки. Для юридичної науки ця концепція має опосередковане значення як додатковий метод дослідження соціальних процесів, що впливають на сферу правового регулювання.

Проникнення жіночих технологій спілкування в традиційно чоловічі сфери має великі перспективи. Воно може призвести до зміни форм державної політики, зокрема до пом'якшення конфліктів, застосування нових методів вирішення суспільно-політичних суперечностей, до пріоритетної уваги соціальним проблемам та ін.

Сенс гендерного підходу полягає не просто у виявленні відмінностей між чоловіками і жінками, а й у дослідженні нових моделей суспільних відносин. Вчені вважають, що немає статевої обумовленості до занять тією чи іншою діяльністю, а є соціальні чинники, що диктуються, виховуються і формуються у процесі

соціалізації гендерної обумовленості¹. Отже, відмінності гендерного характеру необхідно шукати не в гормонах і хромосомах, а в соціальних нормах, що встановлюють для чоловіків і жінок певні моделі поведінки відповідно до їх біологічної статі².

Оформлення гендерної теорії як самостійної дисципліни і різновиду методологічного підходу при дослідженні соціально-культурних процесів дає можливість нового погляду на традиційні проблеми, передусім на процеси модернізації і демократизації українського суспільства.

Слово «гендер» не має аналогів в українській мові, воно запозичене з інших мов і увійшло в суспільні науки як іноземний термін. Американські дослідники³ визначають «гендер» як соціально-біологічну характеристику, за допомогою якої дається визначення поняттям «чоловік» і «жінка». У Великому тлумачному словнику сучасної української мови слово «гендер» має два значення: перше — «відмінність між чоловіками і жінками за анатомічними ознаками»; друге — «соціальний розподіл, який часто базується на статевих відмінностях, але не обов'язково збігається з ними»⁴.

В мовах романо-германської групи терміна, який би визначав «рід» людини, не існує. Наприклад, в іспанській, італійській, французькій мовах для визначення статевої належності використовується слово «sex». В англійській мові, де немає ані чоловічого, ані жіночого, ані середнього роду, для визначення статі вживається слово «гендер», яке розуміється як належність людини до певної групи, класу, категорії, що відповідає українському значенню слова «рід» або «вид». Фактично ж гендер є характеристикою перш за все соціальної, а не біологічної належності до певного виду осіб, уявленням кожного індивіда про рольові характеристики та поведінкові особливості тієї групи індивідів, до якої він належить.

¹ Див.: *Здравомыслова Е., Темкина А.* Социальная конструкция гендера и гендерная система в России // *Материалы первой Российской ежегодной школы по женским и гендерным исследованиям.* — М., 1997.

² *Берн Ш.* Гендерная психология. — СПб., 2001.

³ *Unger & Craford.* Women & Gender: A feminist psychology. — New York, 1992.

⁴ Великий тлумачний словник сучасної української мови /Укладач і голов.ред. В. Т. Бусел. — К., 2001. — С. 177.

Поняття «гендер» має складну конструкцію, до якої входять індивідуальні і суспільні уявлення про місце і роль особи чоловічої або жіночої статі в суспільстві та їх взаємодію.

Моделювання гендерних ролей і тлумачення статі в гендерному розумінні тісно пов'язані з рівнем соціальної нерівності. Гендерні установки вказують на те, ким ми себе уявляємо в суспільстві: жінкою чи чоловіком. Народжуючись, люди потрапляють в певну систему відносин, що склалася і підтримується суспільною свідомістю та стереотипами, відповідно до яких жінкам належить пасивна, а чоловікам активна роль, що обумовлює певну ієрархію відносин у суспільстві.

Відмінності в поведінці чоловіків і жінок виникли природним шляхом у процесі еволюції первісного суспільства. Свобода пересування жінки була обмежена необхідністю доглядати за дітьми, а згодом ще й вести домашнє господарство. В той же час первісному племені для забезпечення його життєдіяльності були потрібні фізична сила і мобільність чоловіків, що і стало їх справою. Було важливим, щоб небезпечними справами займалися чоловіки, а не жінки, ще й тому, що втрата осіб дітородного призначення могла призвести до загибелі роду. Такі якості, як чоловіче домінування в племені і жіноча турботливість, закріплювалися шляхом природного відбору.

З появою парної родини відносини між чоловіком і жінкою, що склалися стихійно, стали набувати постійного характеру в результаті їх багаторазового повторення. Правовідносини, що охоплюють розподіл прав і обов'язків між чоловіком і жінкою щодо спільного господарювання та управління майном, спадкоємства, виховання дітей та ін., згодом одержали державний захист через суд або інші державні органи і набули свого юридичного вираження у вигляді сімейних правовідносин. Вони становили основу правового регулювання, яка поступово розширювалася за рахунок дрібних і мінливих деталей сімейних відносин і згодом додатково регулювалася державою у вигляді законодавства. Саме таким шляхом складається право в сфері гендерних відносин.

Цінність права полягає в його характеристиці як знаряддя соціального прогресу, гарантованості загальної свободи та рівності, які не мають абсолютного характеру і підлягають нормуванню заради задоволення інтересів кожної особи і суспільства

в цілому¹. Права всіх суб'єктів певною мірою обмежені заради забезпечення свободи інших. За допомогою відповідних дозволів і заборон визначається міра свободи поведінки громадян, держави та її органів, службових осіб, інших суб'єктів господарської та політичної діяльності, що повною мірою стосується і гендерних відносин.

Взаємні обмеження свободи індивідів є однією з передумов досягнення всезагальної юридичної рівності, яка полягає у закріпленні рівності чоловіків і жінок перед законом. В той же час у рамках цієї рівності передбачаються різні права і обов'язки у різних за правовим статусом суб'єктів права. В межах здійснення повної рівноправності чоловік і жінка наділені різним колом прав і обов'язків. Це обумовлено об'єктивним процесом розвитку людської цивілізації, відповідає потребам суспільства і залежить від особливих біологічних та психологічних характеристик окремого чоловіка і окремої жінки. Право не може змінювати основоположні об'єктивні процеси суспільного розвитку і відповідно не може урівняти правовий статус чоловіків і жінок. Воно може різними методами правового регулювання за допомогою додаткових і спеціальних прав частково вирівнювати правовий статус різних учасників правовідносин, створювати рівні можливості для реалізації їх суб'єктивних прав, що повною мірою стосується чоловіків і жінок.

В наш час гендер розглядається як багатоаспектне явище, що не має остаточного і однозначного визначення в соціології, культурології, психології і правознавстві тощо. Гендер — це стратегія, яка поєднує нерозривність дії і думки, відображає, формує, пропонує і вимагає певних дій².

Гендерно-рольові відмінності, що сприяють прогресу людства, не мають генетичного підґрунтя і сьогодні вже не зовсім відповідають потребам сучасного суспільства, яке орієнтоване переважно на інтелектуальну працю та інформаційні технології. Фізична сила та інші суто чоловічі властивості вже не потрібні для виживання і досягнення успіху в суспільстві. Більшість сучасних жінок займаються професійною діяльністю і мають рівні

¹ Див.: Цвік М. Про сучасне праворозуміння // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 27. — С. 3-13.

² Див.: Абукирова Н.И. Что такое гендер? // Общественные науки и современность. — 1996. — № 6. — С. 125.

можливості з чоловіками для самореалізації. Згідно зі змінами у суспільній свідомості роль жінки як єдино можливого опікуна для власних нащадків перестала бути обов'язковою. Сьогодні створюються правові умови для більш активного залучення чоловіків до виховання дітей¹. Проявом цього є законодавче закріплення можливості для чоловіків користуватися оплачуваною відпусткою по догляду за дитиною до досягнення нею трьох років².

Гендерні стереотипи формуються під інформаційним тиском відповідно до стандартів панівної культури і передаються через дитячу літературу, іграшки, засоби масової інформації, поведінку батьків, мову, навчальні методики тощо. Соціологи переконані, що уявлення про гендерні ролі чоловіка і жінки — це передусім продукт різних соціальних технологій, а не практики повсякденного буття³. Всі ці процеси повинні відслідковуватися і правознавцями для своєчасного та ефективного правового регулювання певних суспільних відносин. Щоденно через соціальні норми суспільство формує ролі «справжньої» жінки та «справжнього» чоловіка, висуваючі певні вимоги до їх поведінки та особистих якостей і карає в разі відхилення від прийнятої для свого гендера поведінки. Так, соціологічні дослідження свідчать про те, що коли дитина починає цікавитися іграшками, призначеними для дітей протилежної статі, вона втрачає популярність серед однолітків і зазнає негативної оцінки від батьків⁴. Негативною є також реакція дорослих членів суспільства на нетрадиційну поведінку осіб певної статі. Наприклад, коли офіціант на прохання дослідників фарбував нігті в рожевий колір, він одержував менше «чайових», ніж зазвичай. Отже, гендерні стереотипи є наслідком процесу соціалізації і залежать передусім від суспільної думки.

Демократичні перетворення в Україні відбуваються з урахуванням принципу гендерної рівноправності, який розкриваєть-

¹ Див.: Поленина С. В. Права женщин в системе прав человека: международный и национальный аспект. — М., 2000. — С. 148—150.

² Див.: Закон України «Про державну допомогу сім'ям з дітьми»// Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 5. — Ст. 21.

³ Див.: Пищуліна О. Соціально-культурні трансформації і виникнення нової гендерної парадигми. Еволюція правового становища жінок: історія і сучасність / Упорядники О. М. Руднева, О. Р. Дашковська; наук. ред. А. П. Гетьман. — Харків, 2000. — С. 121—132.

⁴ Див.: Берн Ш. Вказ.праця. — С. 33—35.

ся через категорію прав людини. Україна послідовно проводить недискримінаційну державну політику, спрямовану на усунення причин нерівності статей, сприяє формуванню нових гендерних стандартів у масовій правосвідомості. Кабінетом Міністрів України прийнято Національний план дій щодо поліпшення становища жінок та сприяння впровадженню гендерної рівності в суспільстві на 2001–2005 роки, реалізація якого потребує як державних заходів, так і скоординованої діяльності недержавного сектору.

Державно-правовий механізм забезпечення рівних прав і можливостей чоловіків і жінок є системним утворенням. Він складається із сукупності взаємопов'язаних організаційно-правових елементів, серед яких: а) законодавча діяльність по створенню та забезпеченню правових механізмів і процедур запровадження принципу гендерної рівноправності в українське суспільство; б) діяльність органів виконавчої влади, до компетенції яких входить сприяння реалізації принципу рівних прав і можливостей чоловіків і жінок; в) різні механізми формування і розподілу фінансових ресурсів; г) державно-правовий захист прав людини; г) державно-правовий контроль за виконанням прийнятих рішень; д) участь у міжнародних механізмах захисту прав людини та ін.¹

До громадських заходів забезпечення рівних прав і можливостей належать: а) діяльність правозахисних організацій; б) діяльність незалежних засобів масової інформації; в) громадський контроль; г) діяльність Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини; г) скоординована діяльність міжнародних неурядових громадських організацій та ін.

Отже, проведення гендерно рівноправної, зваженої політики в усіх сферах суспільного життя є важливою умовою соціально-економічних перетворень, що відбуваються в Україні.

Надійшла до редколегії 10.07.02.

¹ Див.: Поленина С. В. Реализация конституционного принципа равенства полов // Государство и право. — 1998. — № 6. — С. 25–37.

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

Ю. Тодика, академік АПрН України

Фактори реалізації Конституції України

Прошло шість років від дня прийняття Основного Закону нашої держави. Це не такий уже й великий строк з погляду історії, але є всі підстави проаналізувати процес реалізації конституційних приписів. У громадській думці є чітке усвідомлення того, що потенціал чинної Конституції не спрацьовує в повному обсязі. Звідси виникає питання: чому Конституція України, яка відповідає європейським і світовим зразкам, належним чином не впливає на соціальні процеси? Це питання не тільки суто теоретичне, а й практичне, оскільки йдеться не про звичайний, а Основний Закон, який визначає спрямованість всієї правової системи України. Слід враховувати й те, що згідно зі ст. 8 Основного Закону Конституція України має найвищу юридичну силу, а її норми є нормами прямої дії. В політичному і юридичному аспектах важливим є пошук шляхів ефективності реалізації конституційних норм.

Вважаємо, що на втілення в життя норм Конституції істотно впливають економічні, політичні, організаційні фактори, рівень правової культури різних суб'єктів правовідносин, особливо посадових осіб державного апарату, історичний етап розвитку держави і суспільства. Ця багатофакторна модель є досить складною, і не завжди можна чітко визначити, який із факторів більшою, а який меншою мірою впливає на реалізацію конституційних норм. Але безсумнівно те, що тільки системний підхід дає можливість ґрунтовно підійти до цієї проблеми, оскільки кожний фактор по-своєму впливає на цю проблему і її вирішення можливе тільки при комплексному підході.

В цьому питанні є ще один аспект, на який в політико-правовій літературі не завжди звертається увага. Йдеться про про-

цес становлення в Україні конституціоналізму на демократичних засадах і втілення в життя норм Конституції. В Основному Законі України закладені такі цінності світового конституціоналізму, як поділ влади, верховенство права, народовладдя, економічний, політичний та ідеологічний плюралізм, рівність конституційних прав і свобод тощо. І якщо конституційні приписи належним чином в політико-правовій практиці не реалізуються через цілу низку факторів, то це негативно впливає на всі сфери суспільного життя. Тобто проблеми реалізації Конституції, становлення конституціоналізму і факторів, що впливають на втілення в практику конституційних норм, тісно взаємопов'язані. Слід врахувати й те, що демократичний вектор розвитку українського суспільства на сьогодні визначається не тільки наявністю Конституції, яка відповідає високим світовим стандартам, а й реальністю реалізації конституційних норм, досягненням балансу інтересів різних соціальних сил, консенсусу щодо основоположних питань життєдіяльності, держави і суспільства.

Реалізація конституційних норм значною мірою залежить не тільки від зусиль у цьому напрямку держави, інших структур політичної системи, а й від якості того середовища, в якому протікає цей процес. Багато факторів, що впливають на втілення норм Конституції, знаходяться за межами юридичного механізму, але активно впливають на стабільність конституційного ладу, функціонування державних інституцій, структур громадянського суспільства.

На реалізацію конституційних приписів істотно впливають політичні фактори. Як позитивні можна відмітити: а) утвердження політичної та ідеологічної багатоманітності, багатопартійності; б) демонтаж тоталітарної системи і утвердження демократичних процедур безпосереднього народовладдя (вибори, референдум); в) становлення України як суверенної держави на міжнародній арені; г) досягнення міжнаціональної злагоди на основі демократичних цінностей; г) демократизацію політичної системи українського суспільства; д) орієнтацію законодавства на забезпечення прав і свобод людини і громадянина; е) намагання втілити в правову систему України міжнародно-правові стандарти. До негативних факторів можна віднести: а) різку поляризацію політичних сил в українському суспільстві, що чітко підтвердили вибори народних депутатів України в березні

2002 р.; б) жорстке протистояння політичних угруповань у Верховній Раді; в) конфронтацію між вищими органами державної влади, особливо законодавчої і виконавчої; г) відсутність у політичній еліті країни єдиної концепції розвитку держави і суспільства; ґ) посилення міжконфесійного протистояння; д) відсутність загальнонаціональної ідеї, яка б консолідувала українське суспільство; е) відсутність виваженої регіональної політики, наявність суперечностей між центром і місцями, особливо щодо розподілу бюджетних коштів; є) невисокий авторитет влади, відчуження людини від влади.

Для зниження впливу негативних політичних факторів вживаються заходи щодо формування парламентської більшості, забезпечення тісної взаємодії Верховної Ради і Президента України, оптимального врахування регіональних інтересів, законодавчого вноормування статусу політичних партій тощо. Але це поки що не дає необхідних результатів.

На реалізацію конституційних норм негативно впливають і деякі соціально-економічні фактори. Право, в тому числі Конституція, не може бути вище економіки, яка насамперед визначає можливості виконання державою своєї соціальної функції, забезпечення соціально-економічних прав громадян. Конституційні приписи, що Україна є соціальною державою (ст. 1 Конституції), при слабкій економіці неможливо реально втілити в життя в повному обсязі. Дисонансом в існуючій ситуації звучить положення ст. 48 Конституції, згідно з якою «кожен має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло». Ситуація, за якої понад 80% населення України знаходиться за межею бідності, не дає для цього підстав. У зв'язку з економічними труднощами слабо реалізується конституційна норма, відповідно до якої кожен має право на охорону здоров'я і медичну допомогу. В ст. 49 Конституції закріплюється, що охорона здоров'я забезпечується державним фінансуванням відповідних соціально-економічних, медико-санітарних і оздоровчо-профілактичних програм. Держава створює умови для ефективного і доступного для всіх громадян медичного обслуговування. На жаль, цей конституційний припис далекий від реальності. В ст. 49 Основного Закону закріплено, що у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно, що

існуюча мережа таких закладів не може бути скорочена. Реальна практика свідчить про інше.

Через відсутність дійових ринкових механізмів утрата державного регулювання економічними процесами досить негативно вплинула на всі сфери життєдіяльності українського суспільства. В результаті цього різко посилилася поляризація населення за рівнем прибутків. Це веде до соціального напруження в суспільстві. Така ж тенденція має місце і в інших країнах СНД. Так, розрив між багатими і бідними в Російській Федерації в перехідний період продовжує зростати. Якщо до перебудови майнова диференціація населення складала 1:4, то в 1997 р. — 1:15, в 1999 р. — 1:25. Для порівняння, в СРСР вона коливалася в межах 1:3 — 1:5¹. Проголошені Конституцією України соціально-економічні права і права в галузі культури для значної частини громадян діють лише формально. Ця частина населення не має роботи, не одержує гідної винагороди за свою працю, не отримує необхідної медичної допомоги. Сьогодні бідність суттєво помолодшала і перемістилася у міста. Президент України Л. Кучма, виступаючи на першій сесії Верховної Ради України четвертого скликання 18 червня 2002 р., зазначив, що нагальною вимогою життя є здійснення комплексу радикальних економічних, правових, організаційних і силових заходів, спрямованих на рішуче обмеження корупції та тіньової економіки. Він зазначив, що треба усвідомлювати небезпечність зрощування тіньового капіталу з державним апаратом, його впливу на різні сфери суспільних відносин, зокрема на діяльність політичних партій, регіональних владних структур, органів місцевого самоврядування та засоби масової інформації². Така ситуація негативно впливає на реалізацію як політичних, так і соціально-культурних прав громадян, на втілення в життя демократичних приписів Конституції України, особливо щодо соціальності держави (ст. 1 Конституції) та її відповідальності перед людиною за свою діяльність (ст. 3 Конституції).

На реалізацію норм Конституції України негативно впливає такий фактор, як зниження в суспільній думці поваги до

¹ Див.: Кудрявцев В. Н. Преступность и нравы переходного общества. — М., 2002. — С. 92.

² Див.: Стратегія розвитку. Виступ Президента України Леоніда Кучми на першій сесії Верховної Ради України четвертого скликання 18 червня 2002 року // Голос України. — 2002. — 20 черв.

держави і права. Після розпаду СРСР ідеологія державності суттєво похитнулася. «Парад суверенітетів», відмова від моноідеології, керівної ролі КПРС, від державного патерналізму, незаконних репресій істотно змінили ставлення до державної влади. В літературі акцентується на тому, що в період економічної кризи настає політична нестабільність, держава втрачає деякі важливі механізми контролю і управління суспільством, порушення законів для частини громадян стає необхідною умовою виживання. В результаті наступають анемія і загальне падіння моралі, легко корумпується чиновний апарат, включаючи правоохоронні органи¹.

Послаблення державної влади, яке було причиною і наслідком розвалу економіки, вже з початку 90-х років ХХ ст. визнавалося політичними діячами. Нинішній посол Російської Федерації в Україні В. Черномірдин, коли він був прем'єр-міністром Росії, відзначав, що аксіомою є те, що в тяжкі періоди роль держави посилюється, а у нас, як це не парадоксально, все відбувається навпаки: важелі державного управління постійно послаблюються, падає виконавча дисципліна, росте корупція, немає суворого контролю за прийнятими рішеннями, посилюється відтік найбільш здібних людей із державних органів, руйнується система підготовки кадрів. Він підкреслював, що ми майже насильно відмовляємося від усталених моделей управління і одночасно стикаємося з неможливістю ефективного впровадження нових механізмів². Організована злочинність стала не тільки активно використовувати цю анархію державного управління, а й посилювати її, підкупаючи парламентарів і чиновників державного апарату з метою загальмувати прийняття не вигідних для неї законів і урядових рішень і добиваючись у той же час укладення вигідних угод одержання дотацій, пільг і субсидій. В такому середовищі важко домогтися, щоб конституційні приписи діяли і панувала законність. Тому конче необхідна прозорість влади. Президент України, виступаючи на першій сесії Верховної Ради України четвертого скликання, підкреслив, що на сьогодні особливо актуальним є забезпечен-

¹ Див.: Организованный преступность в России. Теория и реальность. – СПб, 1996. – С. 10.

² Восьмой съезд народных депутатов Российской Федерации // Бюллетень съезда народных депутатов Российской Федерации. – 1993. – № 3. – С. 9.

ня прозорості процесу державного управління, оскільки прозорість влади є однією з головних засад громадянського суспільства та правової держави¹.

На ефективну реалізацію норм Конституції України негативно впливає криміналізація суспільства, державної влади. Як справедливо відмічають політологи, «якщо в умовах суспільства зі слабкими традиціями самоорганізації, але в той же час з сильними традиціями державного патронату виникає вакуум легітимної влади, то його заповнює влада кримінальна і напівкримінальна». Інструментом взаємовідносин організованої злочинності із владними структурами стала корупція. Відбувся «розподіл праці»: економічні структури організованої злочинності створюють її матеріальну базу, джерело прикладення і накопичення капіталу, а корумповані чиновники забезпечують укладення вигідних угод і прийняття найважливіших рішень.

В останні роки Україна зіткнулася зі значною криміналізацією зовнішньоекономічної діяльності, багато українських підприємств мають мільйонну заборгованість по зовнішньоекономічних операціях, що є результатом кримінальних взаємозаліків між фіктивними українськими та іноземними фірмами. Досить суттєві порушення законності допускають суб'єкти підприємницької діяльності у фінансовій і банківській сферах і тим самим порушують ч. 1 ст. 42 Конституції України, яка встановлює, що «кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом». Створюються фірми, через які легалізуються незаконні прибутки. Функціонує значна кількість кримінально орієнтованих фірм і організацій. Допускалися різні правопорушення в процесі приватизації³.

Ефективність реалізації Конституції України значною мірою «визначається якістю виконавчо-розпорядчої і контрольної діяльності державного апарату. В останні роки вживалися заходи щодо підвищення рівня професіоналізму управлінських кадрів. Функціонують Академія управління при Президентові України та її філіали, в тому числі у Харкові, в

¹ Див.: *Голос України*. — 2002. — 20 черв.

² *Кива А. В.* Кримінальна революція: вымысел или реальность // *Общественные науки и современность*. — 1999. — № 3. — С. 31.

³ Див.: *Сташис В.* Проблеми боротьби з організованою злочинністю і корупцією в Україні // *Вісник Академії правових наук України*. — 2001. — № 2 (25).

яких проходять підготовку і перепідготовку кадри не тільки державних структур, а й органів місцевого самоврядування. Від кадрів державного апарату і органів самоврядування значною мірою залежать реалізація конституційних норм, забезпечення законності, прав і свобод людини і громадянина. Рівень їх політико-правової культури має суттєве значення для державотворення і правотворення в Україні, виконання економічних, соціальних, науково-технічних і природоохоронних програм. Практика свідчить, що, незважаючи на те що в Україні є законодавство про державну службу і вжиті заходи щодо підвищення кваліфікації управлінців, становлення ефективної державної служби ще не відбулося. Це одна з головних перешкод розвитку і зміцнення державності, проведення економічної і правової реформ, вирішення соціальних проблем, реалізації конституційних норм. Положення ст. 3 Конституції України, згідно з якою права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, не стало для управлінського апарату принципом роботи. З огляду на існуючу ситуацію Президент України зазначив: «Таким само ключовим вважаю завдання формування та істотного оновлення управлінської еліти, залучення до системи управління на всіх рівнях компетентних та ініціативних кадрів нової генерації»¹. Це, безумовно, пов'язано з більш активною реалізацією адміністративної реформи на базі Конституції України.

На сьогодні ж можна констатувати, що низький рівень професіоналізму управлінських кадрів разом з їх безвідповідальністю призвів до падіння виконавчої дисципліни, порушення законності. Перестало вважатися якимось надзвичайним явищем невиконання чи порушення посадовими особами Конституції і законів України, указів Президента, інших підзаконних нормативно-правових актів. Далеко не завжди реалізуються рішення Конституційного Суду України. При цьому рідко хто з державних чиновників несе за це відповідальність. Усе це знижує авторитет державної влади і не спонукає до реалізації конституційних норм, законослухняної поведінки громадян, дає підстави для прояву недовіри до державних інституцій. Постійне зростання кількості державного апарату значною мірою є результатом його недостатньої компетентності.

¹ Голос України. — 2002. — 20 черв.

Значна частина кадрів державного апарату виявилася слабо підготовленою до роботи в новій політичній обстановці, в умовах демократизації суспільних відносин, розвитку ринкової економіки. Формування кадрового складу на місцевому рівні (область, район) нерідко відбувається не за професійним критерієм, а за принципом розсуду, тобто стихійно, без урахування сучасних вимог до кадрів, глибокого наукового обґрунтування, аналізу рівня їх професійної підготовки і особистих якостей. Значною мірою спрацьовують принцип особистої відданості, дружніх стосунків, земляцтва, врахування послуг, що були надані в період виборчих кампаній, сімейні зв'язки тощо. В результаті державний апарат заповнюється професійно не підготовленими кадрами, випадковими людьми, які в короткі строки роблять стрімку кар'єру, а потім успішно провалюють справу. При цьому слід враховувати й те, що голови місцевих державних адміністрацій призначаються на посаду і звільняються з посади Президентом України за поданням Кабінету Міністрів України (ч. 4 ст. 118 Конституції). Президент України 18 червня 2002 р. на першій сесії Верховної Ради заявив: «Я готовий до діалогу і в питанні, що стосується виборності губернаторів»¹. Ця проблема вже назріла.

Відповідно реалізація Конституції України потребує вдосконалення роботи апарату державної влади, органів місцевого самоврядування, реформування системи підготовки кадрів. Необхідні кадри, які б забезпечили в економічній сфері перехід до інтенсивних методів росту економіки, оскільки екстенсивний підхід вже повністю вичерпав себе.

Реалізація конституційних приписів значною мірою зумовлюється соціально-психологічними факторами. Конституція успішно впроваджується в життя тільки тоді, коли її положення сприймаються громадянами як справедливі. Проблема втілення конституційних норм не обмежується питаннями ефективності функціонування державних інституцій і юридичного механізму, економічних та інших факторів. Важливо брати до уваги соціально-психологічні фактори, насамперед те, як Конституція сприймається громадянами, чи готові вони діяти відповідно з її приписами. З точки зору юридико-технічної можна підготувати «ідеальну» конституцію, закласти в неї всі цінності світо-

¹ Голос України. – 2002. – 20 черв.

вого конституціоналізму, і такий «ідеальний» Основний Закон не запрацює в повну силу, якщо він іде всупереч менталітету народу, його історичним традиціям, розумінню справедливості. Конституція повинна писатись для народу, який живе в конкретній державі на відповідному етапі свого розвитку.

Оцінюючи ефективність реалізації конституційних норм, необхідно враховувати психологічні механізми їх сприйняття громадянами. Це пов'язане з урахуванням їх життєвого досвіду, психологічної установки, рівнем правової культури, можливістю сприймати демократичні конституційно-правові цінності і діяти у відповідності з ними, співвідносити з ними свою практичну діяльність. Ігнорування психологічного фактору в право-реалізаційному процесі знижує потенціал впливу Конституції України на суспільні відносини. Хоча Основний Закон нашої держави по демократизму і рівню юридичної техніки відповідає європейським і світовим стандартам, це ще не означає, що його положення адекватно сприймаються всіма прошарками населення. На жаль, значна частина громадян не читала Конституції України, не готова до сприйняття багатьох конституційних положень. Тут є різні причини: інтелектуальні, правові, економічні, психологічні, традиційне ставлення до Конституції як до такого нормативно-правового акта, що не може суттєво впливати на суспільні відносини, на життя конкретної особи. Слід урахувати, що в радянський період конституції в основному мали декларативний характер. Разом з цим немає сенсу розглядати конституції радянської доби тільки в негативному аспекті, як це іноді робиться в державно-правовій літературі. Чимало соціально-економічних прав і свобод, які в них містилися, були сприйняті конституціями багатьох розвинутих країн світу.

На жаль, в соціальну психологію і політико-правову практику ще не ввійшло ставлення до конституції як до соціальної цінності. Це зумовлюється різними факторами, в тому числі відсутністю чіткої системи і механізмів правовиховної роботи в Україні. Втрачено й те, що було в радянські часи. Безумовно, процес реалізації Конституції значною мірою визначається рівнем правової культури громадян. Відповідно її підвищенню необхідно приділяти значно більше уваги, ніж це має місце на сучасному етапі, в тому числі в аспекті втілення конституційних приписів.

Істотною перешкодою в реалізації норм Конституції України є правовий нігілізм як різновид соціального нігілізму. Соціальний нігілізм особливо поширився в період перебудови і гласності, виник на хвилі всезагального негативізму, коли багато чого переоцінювалося, засуджувалося і відкидалося. Але на сучасному етапі правовий нігілізм одержав якісно нові параметри, змінилися його природа, причини. Тому боротьба з правовим нігілізмом у всіх його проявах — це шлях до становлення в Україні конституціоналізму, законності, забезпечення прав і свобод людини і громадянина, реалізації норм Конституції на благо особи. Необхідно підвищувати рівень правової культури всіх суб'єктів правовідносин¹.

Отже, втілення в життя норм Конституції України визначається низкою факторів, які слід системно враховувати в нормотворчій, правозастосовній і правоохоронній діяльності державних інституцій, правовиховній роботі різних суб'єктів правовідносин. Урахування цих факторів важливо для державотворення і правотворення в Україні.

Надійшла до редколегії 15.07.02

В. Колісник, доцент НЮА України

Проблема співвідношення понять «національний» та «етнічний» і доцільності їх використання у наукових дослідженнях

У науковій та науково-популярній літературі широко використовуються поняття «нація», «національний», «національність», «національні меншини», «національні групи», «націоналізм», «націоналістичний», «інтернаціоналізм», «інтернаціональний», словосполучення «міжнаціональні відносини», «національний розвиток», «національне самовизначення», «національне походження», «національно-територіальний устрій», «національна гордість», «національна обмеженість», «націо-

¹ Див.: *Тодька Ю. Н.* Конституционные основы формирования правовой культуры. — Х., 2001.

нальне приниження», «націоналістичні забобони» та багато інших термінів і словосполучень, для утворення яких застосовуються корінь «націо», а також близькі до них за змістом терміни і словосполучення: «етнос», «етнічний», «міжетнічний», «міжетнічні відносини», «етнічні меншини», «мовні меншини», «етноцид», «геноцид», «ксенофобія», «расова дискримінація» тощо. Як же співвідносяться між собою зазначені терміни та словосполучення? Чи можливе їх використання як синонімів? Чому в одних випадках йдеться про «націю» та «національні меншини», а в інших — про «етнос», «етнічні меншини»?

Л. Актон пише про «національне самовизначення», «національний елемент», «національні прагнення», «національне звільнення», «національну ідею», «природу нації», «національну теорію», «національні домагання»¹. Е. Геллнер викладає власну гіпотезу «пришестя (приходу) націоналізму», говорить про «теорію націоналізму», «романтичний націоналізм», «націоналірредентизм», «національні держави»². О. Бауер говорить про «національне питання», «національну культурну спільноту», «національне відчуття», «національні оцінки», «національні цінності», «держави національностей»³. М. Бердяєв досліджував «проблеми національності», співвідношення «національності та людства», «націоналізму та месіанства», «націоналізму та імперіалізму»⁴. К. Хюбнер вивчає феномен «нації від забуття до відродження», розглядає «національну ідею», «національну системну множину», «національну ідентичність», «феноменологію національної самоідентифікації»⁵. Ю. Римаренко зосереджує увагу на дослідженні «національного поступу», «національного розвою», «національної сором'язливості», «національного виховання», «національного самоототожнення»⁶. Г. Касьянов всебічно розглядає «теорію нації», «теорію націоналізму» та «укра-

¹ Див.: *Нации и национализм* / Б. Андерсен, О. Бауер, М. Хорх и др.; Пер. с англ. и нем. — М., 2002. — С. 26–52.

² Див.: *Геллнер Э. Пришествие национализма. Мифы нации и класса // Путь.* — 1992. — № 1. — С. 9–61.

³ Див.: *Нации и национализм.* — С. 52–120.

⁴ Див.: *Бердяев Н. А. Судьба России.* — М., 1990. — С. 93–152.

⁵ Див.: *Хюбнер К. Нация: от забвения к возрождению / Пер. с нем.* — М., 2001.

⁶ Див.: *Римаренко Ю. І. Національний розвій України: проблеми і перспективи.* — К., 1995.

їнський націоналізм»¹. Б. Попов, В. Ігнатов, М. Степико та інші автори колективної монографії «Феномен нації: основи життєдіяльності» пропонують власний підхід до переосмислення за допомогою соціологічних і філософських методів основ існування та діяльності нації². Я. Дашкевич звертається до «національного питання в Україні»³. Ентоні Д. Сміт глибоко досліджує феномен «національної ідентичності», «виникнення націй», співвідношення «націоналізму та культурної ідентичності», «сепаратизм і мультинаціоналізм»⁴. Головною темою дослідження В. Іванишина стали «нація», «державність», «націоналізм»⁵. Крім того, науковцями здійснені й інші численні дослідження феномена «нації», «національності», «міжнаціональних відносин» тощо.

Разом з тим багато хто з науковців (у тому числі й тих, роботи яких наведені раніше) досить часто звертається до проблем «етносу», «етнічної самобутності», «міжетнічних взаємин» і т. под.

Так, Ерік Дж. Хобсбаум досліджує співвідношення «принципу етнічної приналежності» та «націоналізму»⁶. Урс Альтерматт, крім феномена «нації», «національних держав» та «державних націй», намагається осягнути ще й «етнонаціоналізм», «етнічний поділ», «етнізацію»⁷. О. Забужко подає власне бачення не лише «націотворчої функції інтелігенції» та «структури національного вибору», але й «етносу особистості»⁸. Ю. Римаренко досліджує «етностереотипи» та засоби їх подолання, проблеми «етнонаціональної політики», «культуру міжетнічного спілкування», питання «взаємодії етносів»⁹ тощо. А. Колодій вважає за доцільне розглядати не лише «розмаїтість шляхів

¹ Див.: Касьянов Г. В. Теорії нації та націоналізму. – К., 1999.

² Див.: Феномен нації: основи життєдіяльності / За ред. Б. В. Попова. – К., 1998.

³ Див.: Дашкевич Я. Національне питання в Україні // Україна. Наука і культура. Вип. 28. – К., 1994. – С. 6–17.

⁴ Див.: Ентоні Д. Сміт. Національна ідентичність / Пер. з англ. – К., 1994.

⁵ Див.: Іванишин В. Нація. Державність. Націоналізм. – Дрогобич, 1992.

⁶ Див.: Нации и национализм. – С. 332–346.

⁷ Див.: Альтерматт У. Етнонационализм в Европе. – М., 2000.

⁸ Див.: Забужко О. С. Філософія української ідеї та європейський контекст. – К., 1993.

⁹ Див.: Римаренко Ю. І. Національний розвій України: проблеми і перспективи.

націотворення», а й «етнічне підґрунтя націй»¹. О. Шуба наводить політологічний аналіз співвідношення та специфіки взаємодії «етносу» і «релігії», «етнонаціональної зумовленості міжконфесійних відносин», розглядає питання «асиміляції українського етносу»². М. Степико проводить окреме дослідження «буття етносу», говорить про «етносоціальну дійсність», «культурно-історичні форми існування етносів», «етнонаціональні спільноти», «етнонаціональну ідентифікацію людини»³. С. Лурье досліджує «етнос», «етнологію», «етнічну картину світу», її формування та принципи варіативності, «спонтанне структурування етносу», «внутрішньоетнічний конфлікт», «взаємодію етносу та його діаспори»⁴. Л. Гумільов здійснив глибоке та всебічне дослідження закономірностей етногенезу та пов'язані з ним процеси, висунувши та обґрунтувавши при цьому власну оригінальну концепцію етногенезу, що базується на понятті «пасіонарності»⁵. О. Нельга виокремлює «етнічний зміст» самосвідомості особистості⁶. М. Юрій звертається до проблем «етногенезу східних слов'ян», «етногенезу та менталітету українського народу», досліджує стереотипи поведінки⁷.

Аналіз змісту зазначених та багатьох інших наукових праць дає всі підстави для висновку про те, що чіткого розмежування між «нацією» та «етносом», між «національним» та «етнічним» на сьогодні немає і, напевно, бути не може. Разом з тим більшість науковців все ж таки вважають, що етноси існували завжди, а нації з'явилися лише близько двох століть тому. На думку Е. Геллнера⁸, нації виникли в першій половині ХІХ ст. Проте ще у ХVІІІ ст. видатні мислителі того часу, передусім філософи, звернули увагу на формування та вихід на політичну арену націй. Б. Андерсен вважає, що нації і націоналізм з'явилися

¹ Див.: *Колодій А.* Нація як суб'єкт політики. – Львів, 1997.

² Див.: *Шуба О. В.* Релігія в етнонаціональному розвитку України (політологічний аналіз). – К., 1999.

³ Див.: *Степико М. Т.* Буття етносу: витоки, сучасність, перспективи (філософсько-методологічний аналіз). – К., 1998.

⁴ Див.: *Лурье С. В.* Историческая этнология. – М., 1997.

⁵ Див.: *Гумилев Л. Н.* Этногенез и биосфера земли. – М., 1993.

⁶ Див.: *Нельга О.* Самосвідомість особистості і її етнічний зміст // Філософська і соціологічна думка. – 1993. – № 7–8. – С. 111–129.

⁷ Див.: *Юрій М. Т.* Етногенез та менталітет українського народу. – К., 1997.

⁸ Див.: *Геллнер Э.* Вказ. праця – С. 28–29.

наприкінці XVIII ст.¹ Л. Актон висловив думку про те, що нації в сучасному розумінні виникли наприкінці епохи середньовіччя: «Як античні римляни завершали свої завоювання тим, що вивозили богів скореного народу, так Карл Великий зломив національний опір саксів лише насильницьким руйнуванням їх язичницьких обрядів. У результаті спільних зусиль церкви та германської раси після виходу з середньовіччя з'явилася інша система націй і нове розуміння національності. Природа була переможена як в нації, так і в індивідуумі»². Однак далі Л. Актон стверджує, що нації існували і в так звані часи язичників, тобто фактично визнає існування двох видів націй: націй давнини та сучасних (модернових) націй³.

У розмаїтті підходів до визначення часу виникнення націй (а отже, й започаткування використання цього терміна) можна переконатися також, якщо виходити з того, що появи націй передувало виникнення такого явища, як націоналізм. Л. Грінфелд визнає Англію місцем народження націоналізму в XVI ст. Так само з XVI ст. пов'язувала появу націоналізму І. Марку, але посилаючись при цьому на приклад Італії. Г. Кон та Л. Снайдер вказують на виникнення націоналізму в XVII ст. в Англії та Голландії. На думку Г. Кона, націоналізм як ідеологія поширився в Європі та Америці в останній чверті XVIII ст. Б. Шейфер вважає місцем виникнення націоналізму Америку, а роком його народження — 1776 р. І. Кедорі відносить народження націоналізму як ідеології до 1806 р. — дати оприлюднення «Звернень до німецької нації» Й.-Г. Фіхте⁴.

О. Бауер зазначає, що «особи однакового походження, але не зв'язані культурною спільністю, не складають нації, бо не існують нації без взаємодії одноплемінників, можливої лише за допомогою спільної мови й передачі одних і тих же культурних цінностей. Природна спільнота, котра не складає в той же час і культурної спільноти, може як раса цікавити антрополога, та вона не утворює нації. Умови боротьби людини за існування можуть створити націю двома шляхами — і природною, і куль-

¹ Див.: *Андерсен Б.* Уявлені спільноти. Міркування щодо походження й поширення націоналізму. — К., 2001. — С. 28.

² *Нации и национализм.* — С. 44.

³ Див.: Там само.

⁴ Див.: *Касьянов Г. В.* Вказ. праця. — С. 209–210.

турною спільнотою; та коли вони передають свій вплив лише одним струменем, шляхом лише одного фактора, то це — обов'язково фактор культурної спільноти»¹. Так само визначальним вважає зв'язок нації та націоналізму з культурою Б. Андерсен, який пропонує «спробувати збагнути націоналізм, зіставляючи його не з усвідомленими політичними ідеологіями, а з масштабними культурними системами, які йому передували, і з яких — та всупереч яким — він і народився»².

Переважна більшість дослідників звертає увагу на нерозривний зв'язок між поняттями «нація», «національність», «націоналізм». Б. Андерсен зазначає, що «нація, національність, націоналізм — всі ці поняття завжди важко піддавалися визначенню, не кажучи вже про аналіз. Порівняно з величезним впливом, який націоналізм справив на сучасний світ, теоретично він немічний»³. Ентоні Д. Сміт стверджує, що «нація стоїть у центрі одного з найпопулярніших і найпоширеніших міфів сучасності: міфу націоналізму»⁴.

Більш зважено та переконливо визначає роль націоналізму А. Міллер, який не зводить націоналізм до міфу (тобто до майже неіснуючої примари), а фактично визнає його певним теоретичним підґрунтям: «Націоналізм не є ідеологічним виразом, політичною і історичною свідомістю нації, а передує їй і відіграє вирішальну роль у процесі формування нації», а згодом підкреслює: «Як би ми не оцінювали роль націоналізму (точніше — націоналізмів) у різних ситуаціях, очевидно, що націоналістичні дискурси домінують у сучасному світі, тобто створюють його. Без націоналізму соціальний вигляд (обрис) світу був би радикально іншим, при цьому завідомо неможливо вгадати, був би він кращим сьогоdnішнього чи ще гіршим... Спроба ж уявити світ, в якому панує не націоналістичний, а, скажімо, класовий дискурс, завідомо не обіцяє нічого хорошого»⁵.

М. Бердяєв дійшов висновку, що є «неможливим і безглуздим протиставлення національності і людства, національної множини і вселюдської єдності», що «національність є індиві-

¹ Нации и национализм. — С. 82.

² Андерсен Б. Вказ. праця. — С. 28–29.

³ Там само. — С. 19.

⁴ Ентоні Д. Сміт. Вказ. праця. — С. 28.

⁵ Нация и национализм. — М., 1999. — С. 6, 8.

дуальне буття, поза яким неможливим є існування людства, вона закладена в самих глибинах життя»¹.

На думку Г. Касьянова, «націоналізм стає надзвичайно впливовим політичним феноменом у середині ХІХ ст., і перетворюється на глобальну силу з другої половини ХІХ ст., з приходом ери «масової політики»².

Характерним є також те, що майже в усіх наукових розробках, присвячених проблемам націй та міжнаціональних відносин, національні аспекти розглядаються в нерозривному зв'язку з власне етнічними. Саме тому останнім часом з'являється подвійна, узагальнена термінологія, коли для позначення одночасно феномена «національного» та «етнічного», демонстрації їх органічного поєднання використовуються терміни, в основу яких покладено два корені: «етно» і «націо». Так, Ю. Римаренко вживає термін «етнонаціональна політика»³. В іншій науковій праці він зазначає: «Національно-етнічне стосується родової сутності людини, в якій міцно поєднані генетичні моменти її соціального та людського буття»⁴. П. Рабінович неодноразово використовує словосполучення «національно-етнічний аспект», «національно-етнічні потреби» і разом з тим «етнічно-національні спільноти»⁵. М. Степико пише про «етнонаціональні спільноти», «етнонаціональну ідентифікацію людини», «етнонаціональне буття України»⁶. Урс Альтерматт досліджує «етнонаціоналізм»⁷. В. Нікітюк розглядає статус етнонаціональних меншин⁸. Ю. Бромлей ще раніше наполягав на введенні неологізму «етнонаціональний». Підкреслюючи, що «йдеться про «національне» в етнічному, а не в етатистському значенні слова, цей неологізм одночасно дозво-

¹ Бердяев Н. А. Вказ. праця. — С. 93–94.

² Касьянов Г. В. Вказ. праця. — С. 210.

³ Див.: Римаренко Ю. І. Національний розвиток України: проблеми і перспективи.

⁴ Римаренко Ю. Права людини та громадянина, права народів, права етнічних меншин // Український часопис прав людини. — 1996. — № 3–4. — С. 27.

⁵ Див.: Рабінович П. М. Соціальна сутність держави: національно-етнічний та національно-політичний аспекти // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали ІІ регіональної наукової конференції, — Львів, 1996. — С. 6–7.

⁶ Див.: Степико М. Т. Вказ. праця.

⁷ Див.: Альтерматт У. Вказ. праця.

⁸ Див.: Нікітюк В. О. Статус етнонаціональних меншин (порівняльно-правовий аспект). — К., 1996.

ляє перекинути «міст» між національною і етнічною термінологіями, сприяючи запровадженню «видової» (національної) системи понять в «родову» (етнічну)»¹.

Разом з тим деякі автори використовують терміни «національний» і «етнічний» як синоніми. Зокрема, Ю. Римаренко зазначає: «Ми забуваємо, що національне (етнічне), передусім, своєрідна форма солідарності людей для здійснення певних соціальних та культурних завдань. Зрештою, родові корені етносу дають нам нитки безкінечно спадкового, духовного зв'язку, вони спираються на занурений у минуле історичний підтекст. Етнічність — не лише міф, але, водночас, і віра, бо базується на соціальному, біосоціальному, культурно-мовному, духовному, навіть ідеологічному, політичному підмурку взаємодії людей в процесі історико-територіального, історико-культурного розвитку етносів, їх перетворення на стійкий національний організм»².

На нашу думку, найбільш вдалим, доцільним і прийнятним у наукових дослідженнях є використання терміна «національно-етнічний».

По-перше, такий підхід дозволить чітко відмежувати цей феномен від власне «державного» чи «загальнодержавного». Адже такі словосполучення, як «національний університет», «національна опера», «національний парк», «національний заповідник», «національний музей», свідчать не про національно-етнічну спрямованість діяльності того чи іншого закладу (установи, організації), а лише про їх загальнодержавне значення та провідну роль у системі однотипних, однопрофільних закладів. Це дозволить уникнути в деяких випадках термінологічної плутанини. Так, словосполучення «національні інтереси» досить часто означає не інтереси нації як національно-етнічної спільноти, а лише інтереси відповідної держави.

По-друге, термін «національно-етнічний» є узагальнюючим і тому дозволяє враховувати специфіку не лише націй (як значних та усталених спільнот), національних меншин, а й тих спільнот, які формально не охоплюються попередніми двома поняттями (корінні народи, мовні меншини, етнічні меншини,

¹ Див.: Бромлей Ю. В. Национальные процессы в СССР: в поисках новых подходов. — М.; 1988. — С. 42–43.

² Римаренко Ю. Права людини та громадянина, права народів, права етнічних меншин. — С. 27.

етнічні групи тощо). Поєднання «національного» та «етнічного» чинників є продуктивним ще й з огляду на те, що терміни «нація» та «етнос» фактично є відображенням різних аспектів одного складного явища. Між ними безперечно є відмінність, якою тимчасово можна знехтувати. Хоча при дослідженні окремих питань така відмінність потребує чіткого визначення.

По-третє, термін «національно-етнічний» дозволяє розмежувати поняття нації у власному (початковому) розумінні та в її політичному значенні. Пропозиції розглядати сучасну націю виключно як сукупність усіх громадян певної держави (так звана політична нація) та зроблений на підставі такого підходу висновок про те, що в межах однієї держави ніяких «міжнаціональних відносин» начебто бути не може (при цьому пропонується замінити словосполучення «міжнаціональні відносини» на «міжетнічні»), видаються не досить продуктивними і слухними. Адже навіть відмовившись від поняття «нація» у його первісному значенні та від близьких до нього понять, навіряд чи вдасться це зробити стосовно «націоналізму» як феномена, поняття, політичного напрямку тощо. Штучне розмежування, дистанціювання та розведення понять нації та націоналізму не лише обмежить можливості для всебічного дослідження цих явищ, а й позбавить змоги досягнути їх сутність та тенденції подальшого розвитку, глибинні причини міжнаціональної напруженості та міжнаціональних конфліктів.

Термін «національно-етнічний» є значною мірою нейтральним і дає можливість позбавитися упередженого та підозрілого ставлення до поняття «національний», яке викликає у багатьох не лише пересічних громадян, але й науковців та політиків несприйняття (або навіть відторгнення, відразу) через асоціацію з поняттям «націоналістичний» у виключно негативному аспекті. Такі упередженість, заангажованість та стереотипізація мислення перешкоджають переосмисленню ролі національно-етнічного чинника в суспільних відносинах, сучасному світі взагалі, політиці та правовому регулюванню, а також проведенню глибоких, всебічних і об'єктивних досліджень. Як справедливо зазначає А. Міллер, «в радянській науці ця тема була табу йована. Саме лексичне поле, в якому могла б проходити дискусія про націоналізм, було окуповано й деформовано ідеологією настільки, що на російську важко було навіть перекладати західні

тексти з національної проблематики. Механізм такої окупації описав свого часу Михайло Епштейн. Він показав, як створюються парні поняття, що описують одні й ті ж явища, але мають незмінно антонімічний оціночний відтінок, наприклад, «миролюбність — примиренство». У сфері, що нас цікавить, в результаті ідеологічної інтоксикації мови була створена усталена конструкція, котра жорстко нав'язувала оціночний елемент саме за рахунок фіксації такого роду опозиції: патріотизм — націоналізм, інтернаціоналізм — космополітизм. Як наслідок тексти з національної проблематики рясніли найрізноманітнішими евфемізмами, котрі, однак, навіть на початку 90-х не завжди дозволяли авторам уникати звинувачень, наприклад, в «науковому обґрунтуванні націоналізму» (!) з боку особливо пильних прихильників ідейної чистоти»¹. Така ж проблема досить гостро стоїть і в Україні, адже до цього часу звинувачення в націоналізмі для багатьох не лише не потребує якихось доказів чи підтвердження, але й само по собі залишається одним з головних аргументів у політичній чи навіть науковій дискусії. Якщо до цього додати, що націоналізм як виключно негативне та огидне явище, так само як і багато років тому, продовжує вживатися багатьом повсюди. Як справедливо зазначає Ю. Огульчанський, «ще більша амплітуда значень терміна націоналізм: від безперечної ідеальної оцінки (патріотизм) до різко негативної (фашизм)»². За таких умов дослідження природи, особливостей та сутності процесів, пов'язаних із формуванням і розвитком національних (або ж національно-етнічних спільнот), неймовірно ускладнюється чи навіть унеможлиблюється.

Надійшла до редколегії 15.06.02

В. Яворський, доцент НЮА України

Принципи сучасного виборчого права України

Виборчі права українських громадян виступають як єдиний легітимний засіб, котрий забезпечує відтворення електоральних

¹ *Нация и национализм.* — С. 5.

² *Огульчанський Ю.* Права людини в Україні на тлі міжетнічних взаємин // *Права людини в Україні.* — 1994. — С. 49.

основ державної влади і потребує відповідної правової регламентації, що знаходить своє вираження у нормах виборчого права України. У розробці теоретичної концепції сучасного українського виборчого права однією з найважливіших проблем є дослідження системи основних засад і принципів виборів, висвітлення їх змісту, а також формування теоретичних положень і конкретних рекомендацій, що мають прикладне значення для вдосконалення виборчого законодавства України та практики його застосування.

Виступаючи серцевиною виборчого права, система його принципів розглядається як вихідні параметри, в рамках яких складається механізм правового регулювання електоральних відносин. Значення цих принципів полягає також у тому, що вони одночасно виступають своєрідним вектором, який визначає спрямованість подальшого розвитку і вдосконалення виборчого права. Вивчення і аналіз системи принципів сучасного українського виборчого права мають не тільки теоретичне, а й велике практичне значення, бо без урахування основних засад, на яких формується правова регламентація виборчих відносин, важко уявити адекватне сприйняття всього комплексу цього права, оцінити їх зміст, усунути суперечності між окремими приписами виборчого законодавства.

Принципи сучасного виборчого права України будуються на підставі загальних принципів. Їх основне призначення полягає у здійсненні узагальненого закріплення засад виборів, забезпеченні однотипного формулювання норм виборчого права. Цілісне сприйняття всього комплексу виборчого права можливе лише за умови урахування вихідних засад, підвалин, на яких формується правова регламентація виборчих відносин. Підкреслюючи важливість принципів організації і проведення виборів, Ю. Веденєєв і В. Лисенко справедливо відмічають, що розвиток сучасного виборчого права в умовах поглиблення і розширення демократичних засад в організації та проведенні виборів робить актуальним завдання формування універсального стандарту (критеріїв) системи (переліку) політико-правових і організаційно-технологічних принципів ротації та передачі публічної влади за підсумками виборчих кампаній¹.

¹ Див.: Избирательное право и избирательный процесс в Российской Федерации / Отв. ред. А. В. Иванченко. – М., 1999. – С. 16.

Принципи виборчого права мають низку властивих їм ознак і виступають своєрідними критеріями їх якісної характеристики.

1. Переважна більшість принципів за своїм змістом безпосередньо закріплена в нормах виборчого права і виражає внутрішній зміст цих норм. У теорії права вони називаються установчими нормами або нормами-принципами, в яких сформульовано не-заперечні вимоги загального характеру, що стосуються всіх або більшості норм, регулюючих електоральні відносини.

2. Низка принципів виборчого права не обов'язково прямо закріплюється у виборчих законах; вони можуть виводитися із загального змісту права, впливати з розуміння інших правових норм, наукових положень, закріплених у праві.

3. Деякі принципи можуть одночасно виступати як гарантії здійснення інших принципів виборчої системи.

4. Принципи виборчого права у своїй системі взаємозалежні, змістовно доповнюють і збагачують один одного.

5. Принципи виступають стрижнем усіх норм виборчого права, додають його системі логічності, послідовності та збалансованості.

6. Порівняно з нормами виборчого права його принципи відрізняються більшою стійкістю, залишаються незмінними протягом тривалого часу.

7. Зміст принципів виборчого права об'єктивно зумовлений характером суспільних відносин. Кожен етап розвитку цих принципів залежить від соціально-економічних умов, рівня демократичних процесів, структури та змісту державної влади, принципів функціонування політичної системи суспільства тощо.

8. Принципи виборчого права порівняно з його нормами мають вищий рівень абстрагованості, вони звільнені від конкретики і подробиць.

9. За змістом принципи виступають загальним мірилом поведінки учасників виборчого процесу без вказівки на їх конкретні права і обов'язки.

10. Принципи виборчого права, визначаючи ціннісну орієнтацію та спрямованість, є позитивним зобов'язанням чи набувають якостей особливого рівня права, що постає над рівнем норм.

11. При загальній оцінці ступеня демократичності виборів, а також вирішенні конкретних юридичних справ, що виникають у разі порушення норм виборчого законодавства, розглядувані принципи виступають однією з головних оціночних кате-

горій, основним критерієм визначення виборів легітимними та відповідними міжнародним виборчим стандартам.

Процес докорінного реформування виборчого права України започатковано з 1996 р., найважливішою юридичною подією якого було прийняття Конституції України. Конституція не тільки заклала передумови для створення виборчого законодавства на основі міжнародно-правових критеріїв забезпечення виборчих прав громадян та інших суб'єктів виборчого процесу, а й визначила логіку внутрішнього розвитку виборчого законодавства і права України. З прийняттям Основного Закону держави головними новелами реформи виборчого законодавства стали утвердження загальноприйнятих демократичних принципів виборчого права і запровадження низки нових.

Основною метою реформи українського виборчого права є не тільки забезпечення і гарантованість демократичного і легітимного процесу вільного, рівноправного волевиявлення громадян при формуванні органів державної влади і органів місцевого самоврядування, а й сприяння побудові єдиної, внутрішньо погодженої і збалансованої виборчої системи, яка гарантувала б їх стабільність та ефективність функціонування. З цієї причини питання про принципи виборчого права не може бути обмежено рамками суб'єктивного права громадян на участь у виборах і гарантіями його реалізації.

Одним із важливих теоретичних питань у сфері виборчого права є формування дефініції його принципів, яке б оптимально відповідало системному сприйняттю механізму правового забезпечення виборчих відносин, дозволило диференціювати відповідні засади на окремі види та інтегрувати їх.

Принципи виборчого права можна визначати, з одного боку, як відправні ідеї, незаперечні вимоги, на підставі яких воно побудовано і втілюється в життя, а з другого — як закономірності чи взаємозв'язки його елементів, що проявляються у відповідних наукових положеннях, закріплених у праві та застосованих у теоретичній і практичній діяльності. Дослідження принципів виборчого права може бути проведено принаймні у двох аспектах. Одним з них є диференційне вивчення кожного принципу окремо, мета якого полягає у всебічному, ретельному описі тих специфічних ознак, які й дозволяють говорити про окремий напрямок їх впливу на здійснення виборчого процесу.

Інший аспект — це інтегрований напрямок питань, що передбачають вирішення на підставі певного абстрагування від процесів функціонування окремих принципів виборчого права загальних закономірностей останнього як єдиної цілісної системи комплексної політико-правової взаємодії. Саме з цієї позиції доцільно аналізувати систему принципів виборчого права, покладених в основу його існування, а також формувати їх визначення.

У літературі з проблем виборчої тематики немає єдиного погляду на поняття принципів виборчого права. В радянський період розвитку виборчої системи було характерним явищем розглядати їх виключно з умовами реалізації громадянами суб'єктивного права обирати і бути обраними в органи державної влади. Система принципів розглядалася лише як участь громадян у виборах на підставі загального, рівного і прямого виборчого права при таємному голосуванні¹. Така точка зору має місце і в сучасній юридичній літературі, коли принципи виборчого права досліджуються тільки з позиції суб'єктивного виборчого права та умов його реалізації². М. Цвік виділяє головні принципи виборчого права України (вільний характер виборів, загальність, рівність, пряме виборче право при таємному голосуванні) як основні засади здійснення політичних прав громадян у виборчій сфері³. Сьогоднішній етап розвитку виборчого права заслуговує на більшу увагу, глибокий підхід до розуміння принципів виборчого права, включення в їх систему не тільки концептуальних умов участі громадян у виборах, а й фундаментальних засад виборчого процесу, що відображають демократичну природу виборів як політичного інституту народовладдя і забезпечують вільну та відкриту участь громадян у формуванні представницьких основ публічної влади.

Серед визначень принципів виборчого права найбільш обґрунтованою є дефініція, виведена С. Князевим, який розглядає їх як основоположні засади (ідеї), що відображають демократичну природу виборів, як конституційні підвалини наро-

¹ Див.: Ким А. И. Советское избирательное право: Вопросы теории избирательного законодательства и практики его применения. — М., 1965. — С. 30.

² Див.: Постников А. Е. Избирательное право России. — М., 1996. — С. 28–31.

³ Див.: Конституційне право України / За ред. В. Я. Тація, В. Ф. Погорілка, Ю. М. Тодики. — К., 1999. — С. 152.

довладдя, як фундамент правового регулювання виборчих прав, гарантій, процедур і технологій, що забезпечують імперативне, внутрішньо збалансоване й нефальсифіковане проведення різних видів виборів у Російській Федерації, як реалізацію і захист електоральних прав російських громадян¹. В. Маклаков пропонує більш просте тлумачення принципів виборчого права, розглядаючи їх як умови його визнання і реалізації, додержання яких на виборах робить їх дійсно народним волевиявленням².

У вітчизняній науковій літературі основні принципи формулюються як засади, на підставі яких здійснюються вибори і відповідно до змісту яких останні можна вважати реальним волевиявленням народу, формою прямого народовладдя³.

При визначенні принципів виборчого права слід перш за все спиратися на зміст виборчих законів. При цьому закон не проводить чіткого розмежування між основними засадами і принципами виборів. Під основними засадами слід розуміти фундаментальні ідеї, покладені в основу правового регулювання виборчого процесу⁴. Реалізація основних принципів і засад відбувається на всіх стадіях виборчого процесу і регламентується Конституцією України та нормами виборчих законів. Конституційний Суд України в Рішенні у справі про вибори народних депутатів України (від 26 лютого 1998 р. № 1-рп/98) називає основоположні принципи загального, рівного і прямого виборчого права, вільне і таємне волевиявлення громадян України на виборах народних депутатів України як конституційну основу правового регулювання виборчого процесу⁵.

Зміст тлумачення принципів виборчого права доцільно наповнити такими елементами, як відображення в ньому конституційних основ, предмета правового регулювання, а також найсуттєвіших завдань, які вони вирішують в електоральному правовому механізмі.

¹ Див.: Князев С. Д. Принципы российского избирательного права // Правоведение. – 1998. – № 2 – С. 21–22.

² Див.: Конституционное (государственное) право зарубежных стран. – Т. 2 / Отв. ред. Б. А. Страшун. – М., 1995. – С. 23–24.

³ Див.: Конституційне право України / За ред. В. Ф. Погорілка. – К., – 2000 – С. 301.

⁴ Див.: Коментар Закону України «Про вибори народних депутатів України» / За ред. М. І. Ставніччук, М. І. Мельника. – К., 2002. – С. 5.

⁵ Див.: Вісник Конституційного Суду України. – 1998. – № 2. – С. 8.

Отже, виходячи із системного сприйняття механізму правового забезпечення виборчих відносин, диференціації відправних засад їх юридичної регламентації на окремі види, які мають на меті формування єдиного правового механізму організації та проведення виборів, здійснення і захист виборчих прав громадян, слід дати наукове визначення принципів виборчого права України. *Принципи українського виборчого права — це фундаментальні ідеї, положення, настанова та незаперечні умови, на підставі яких здійснюються вибори, відображаються їх демократична природа як конституційного інституту народовладдя, а також закономірності та взаємозв'язки його елементів, що проявляються у правовому регулюванні електоральних прав, гарантій, процедур, виборчих дій і технологій по ефективному забезпеченню, реалізації та захисту виборчих прав громадян.*

Заслугує на окрему увагу питання кількісної сторони та класифікації принципів виборчого права. В науковій літературі з виборчої тематики вони є дискусійними. Це пояснюється достатньо широким обсягом, багатосторонністю та різноаспектністю їх змісту. Значна кількість принципів електоральних відносин знайшла закріплення у нормах Конституції України, міжнародно-правових документах, а також чинних виборчих законах, які складають саму матерію виборчого права, проникаючи у внутрішній зміст правових норм. Однак серед принципів виборчого права є такі, що не лежать на поверхні, а виводяться з аналізу загального змісту права, випливають із розуміння правових норм. Тому система принципів повинна розглядатися з урахуванням як єдності, так і особливостей двох сторін цього явища. Розширене розуміння виборчого права України з включенням у їх систему не тільки основних умов участі громадян у виборах, а й фундаментальних засад виборчого процесу виступає важливою правовою гарантією забезпечення вільної та відкритої участі громадян у формуванні органів публічної влади.

На підставі комплексного аналізу чинного виборчого законодавства необхідно виробити обґрунтований критерій систематизації принципів виборчого права. Розглядаючи інститут виборів у системі державної влади, Ю. Веденєєв і В. Лисенко стосовно російського законодавства зазначають, що до політико-правових та адміністративних основ виборчого процесу можна віднести дуже обмежену кількість власне нормативних прин-

ципів його організації, а саме: обов'язковість, періодичність, відкритість, гласність, вільність та альтернативність виборів¹. На наш погляд, це досить вузький підхід до якісної характеристики принципів, який не дозволяє глибоко проникнути в їх сутність. Більш докладно принципи виборчого права Російської Федерації викладено М. Матейковичем, який пропонує систематизувати їх на три види: а) принцип вільності виборів, який впливає з основ конституційного устрою; б) політичні принципи виборчого права: загальне, рівне, пряме виборче право, таємне голосування, добровільність участі громадян у виборах, гласність, відкритість і доступність виборів, змагальність кандидатів, періодичність та обов'язковість виборів; в) організаційні принципи виборчого права: підготовка і проведення виборів виборчими комісіями, територіальний принцип їх організації². Така позиція дослідження системи принципів є досить привабливою; вона спрямована на збагачення уявлення щодо вихідних засад правового регулювання виборчих відносин. Однак при такому підході досить важко помітити чіткі критерії поділу принципів виборчого права на окремі групи. М. Ставнійчук досліджує основні принципи виборів шляхом систематизації їх на загальні (загальне, рівне і пряме виборче право при таємному голосуванні, вільні вибори) та додаткові засади виборчого процесу (вільне і рівноправне висування кандидатів, гласність і відкритість, рівні можливості для всіх кандидатів у проведенні виборчої кампанії; неупередженість до кандидатів з боку державних органів, установ та організацій, органів місцевого самоврядування; свобода агітації)³. Така позиція значно спрощує сприйняття складного масиву проблеми висвітлення принципів виборчого права.

Найбільш оптимальною і науково обґрунтованою є систематизація принципів виборчого права за їх цільовим призначенням у механізмі електоральних відносин, запропонована С. Князевим. Він вирізняє дві групи принципів: а) концептуальні засади право-

¹ Див.: Избирательное право и избирательный процесс в Российской Федерации. — С. 15–20.

² Див.: Матейкович М. С. Проблемы правового регулирования выборов в органы государственной власти субъектов Российской Федерации: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — Тюмень, 1998. — С. 11.

³ Див.: Конституційне право України / За ред. проф. В. Ф. Погорілка. — К., 2000. — С. 301–302.

вого забезпечення виборчих відносин, пов'язаних з обов'язковістю, періодичністю, вільністю, альтернативністю виборів, допустимістю різних виборчих систем та незалежністю органів, що забезпечують організацію та проведення виборів; б) безпосередньо принципи участі громадян у виборах: загальне, рівне, пряме виборче право, добровільність реалізації суб'єктивних виборчих прав на основі особистого і таємного голосування¹. Однак поза увагою цієї концепції з єдиної системи принципів виборчого права залишається низка принципів виборчого процесу як важливого елемента регулювання електоральних відносин. Разом з тим критерій цільового призначення принципів виборчого права у механізмі правового регулювання виборів слід вважати найбільш оптимальним і доцільним при їх систематизації.

З метою більш глибокого теоретичного дослідження порушеної проблеми та комплексного підходу до неї систему принципів сучасного виборчого права України доцільно поділити на окремі групи. В основу поділу пропонується покласти критерій цільового призначення принципів виборчого права у механізмі електоральних відносин з урахуванням того положення, що кожна група принципів є відносно самостійною частиною системи у плані однорідності, єдиної якості, внутрішньої структури, що дозволяє узагальнити їх у відокремлену сукупність.

Водночас усі принципи виборчого права науково організовані в єдину систему взаємозалежних елементів, логічно поділених на групи. Систему принципів виборчого права характеризують органічна цілісність, взаємоузгодженість і цілеспрямованість. Взявши за основу вказані ознаки, принципи виборчого права слід класифікувати у трьох напрямках.

Загальне, рівне, пряме виборче право, таємність голосування, а також вільність виборів притаманні першій групі принципів виборчого права, які розглядаються як форми участі громадян України у виборах. Об'єднуючою засадою цих принципів є їх закріплення в Конституції України (ст. 71), що робить їх обов'язковими для виборів будь-якого виду. Лише за таких безперечних умов вибори можуть виступати як форма безпосередньої демократії, її складова частина.

Другу групу принципів виборчого права становлять принципи організації та проведення виборів, тісно пов'язані з обо-

¹ Див.: Князев С. Д. Вказ. праця. – С. 22–29.

в'язковим, справедливим, справжнім, періодичним, чесним, альтернативним характером останніх, що проводяться на змагальній основі, а також незалежністю органів, які їх забезпечують. Ця група характеризується такими притаманними їм властивостями, як відсутність їх безпосереднього закріплення в Конституції України та виборчих законах. Їх суттєвість виводиться з аналізу змісту права, впливає з розуміння інших правових норм і наукових положень. Принципи організації та проведення виборів не слід ототожнювати з засадами виборчого процесу, які є підґрунтям для здійснення виборчих процедур.

На сучасному етапі розвитку виборчого права вчені розглядають вибори через виборчий процес. Так, Ю. Веденеєв зазначає, що в сучасних умовах в демократично організованих державах вибори — це інститут, процес прийняття політико-правових рішень, суб'єктом якого є суспільство в особі його дієздатних громадян, а об'єктом — політико-державна влада¹. Цю ідею досить обґрунтовано розвиває М. Ставнічук². Невипадково розуміння виборів як виборчого процесу знайшло відображення у виборчих законах України. У ст. 10 Закону України «Про вибори народних депутатів України» дається загальна характеристика виборчого процесу виборів народних депутатів України і визначаються його принципи, стадії, а також зміст. Закон тлумачить виборчий процес як здійснення суб'єктами виборчих процедур. Оскільки цей Закон виступає модельним законодавчим актом у галузі виборчого законодавства України в цілому, його положення стосуються й інших видів виборів. Отже, як окрему, третю групу принципів виборчого права України слід розглядати засади виборчого процесу: законність і заборону незаконного втручання будь-кого у цей процес; політичний плюралізм (багатопартійність); гласність і відкритість; рівність прав партій (блоків) — суб'єктів процесу; рівність усіх кандидатів у депутати; свободу передвиборчої агітації, рівні можливості доступу до засобів масової інформації; неупередженість до партій (блоків), кандидатів у депутати з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, керівників підприємств, установ та організацій.

¹ Див.: Представительная демократия и электорально-правовая культура / Под общ. ред. Ю. А. Веденева и В. В. Смирнова. — М., 1997. — С. 25.

² Див.: Ставнічук М. І. Законодавство про вибори народних депутатів України: актуальні проблеми теорії і практики. — К., 2001. — С. 14–15.

Запропонована система принципів сучасного виборчого права України та її теоретичний аналіз спрямовані на подальше вдосконалення вітчизняного виборчого законодавства, поглиблення його демократичного змісту.

Надійшла до редколегії 20.06.02

А. Фомін, професор
Східноукраїнського національного
університету

Інститут державної мови в Російській Федерації: критичний погляд з боку

Питання державної мови та її правового статусу внаслідок відомих причин не були предметом радянського законодавства і юридичної науки. До числа актуальних вони потрапили в переддень розвалу СРСР і вирішувати їх довелося вже країнам, що виникли на пострадянському просторі.

У Російській Федерації, так само як і в інших колишніх радянських республіках, законодавець змушений був вирішувати ці питання, не маючи достатніх наукових рекомендацій. Інакше кажучи, у розробці питань, пов'язаних із державною мовою, законодавча практика випередила правову теорію. Ця обставина багато в чому обумовила постскриптумний характер деяких публікацій, присвячених даній проблемі. Автори таких публікацій прагнуть підвести теоретичну базу під те, що знайшло своє закріплення в законодавстві, підігнати теорію під законодавчу практику.

У сучасному конституціоналізмі чітко простежуються два підходи до вирішення мовного питання і визначення статусу державної мови — позитивістський і природно-правовий. У першому випадку встановлюється мовний диктат держави шляхом конституювання тієї чи іншої мови як державної. В другому випадку пріоритет мовного вибору належить народу, завдяки чому державна мова ідентифікується з мовою народу.

Принципове розходження названих підходів виключає можливість їх одночасного використання на компромісній ос-

нові. Будь-яка спроба їхнього поєднання неминуче веде до торжества позитивістського підходу. Ось чому демократичні країни здебільшого при вирішенні мовного питання обходяться без інституту державної мови. Лише деякі з них удаються до його використання, залишаючись при цьому в рамках природно-правового підходу. Інакше ідуть справи в тих країнах, які, ставши на шлях демократичного розвитку, ще остаточно не звільнилися від властивих їм у недалекому минулому традицій етатизму. Тут при вирішенні мовного питання намагаються сконструювати деякий правовий симбіоз із елементів позитивістського і природно-правового підходів.

Законодавство цих країн і практика його реалізації свідчать, що подібна правова конструкція є завуальованим варіантом суто позитивістського вирішення мовного питання з відповідним тлумаченням статусу державної мови. До таких країн належать фактично всі держави, що виникли на пострадянському просторі.

Дуже показовий щодо цього приклад Російської Федерації, Конституція якої несе в собі можливість як позитивістського, так і природно-правового підходів до вирішення мовного питання. Проголошуючи право громадян на вільний вибір мови спілкування, навчання і творчості, закріплюючи за ними право на користування рідною мовою, забороняючи пропаганду мовної переваги, Основний Закон РФ орієнтує на природно-правове вирішення мовного питання. Разом з тим, затверджуючи інститут державної мови, офіційно визначаючи політико-правовий статус російської мови як державної мови Російської Федерації на всій її території, Конституція РФ легітиміє державний диктат у мовній сфері (ч. 2 ст. 26; ч. 1 ст. 29; ст. 68)¹.

Як і можна було очікувати, подібне роздвоєння обернулося позитивістським вирішенням мовного питання і позитивістським тлумаченням статусу державної мови. Це підтверджують і законодавство РФ, що регулює мовні відносини, і спроба його теоретичного обґрунтування, яку розпочали Т. Губаєва і В. Малков у статті, присвяченій державній мові та її правовому статусу².

¹ Див.: Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. / Новые конституции стран СНГ и Балтии: Сборник документов. Вып. 2. — М., 1998.

² Див.: Губаева Т. В., Малков В. П. Государственный язык и его правовой статус // Государство и право. — 1999. — № 7. — С. 6.

Погоджуючись з концепцією державної мови, що знайшла відображення в законодавстві РФ, автори статті проаналізували низку федеральних і республіканських нормативно-правових актів, а також конкретні факти, що супроводжують їх реалізацію. Перед нами парадоксальний випадок, коли аналіз, здійснений дослідниками, не тільки не підкріплює їх точку зору, а й свідчить про її необґрунтованість.

Виклавши своє розуміння державної мови як мови, якій офіційно наданий статус обов'язкового засобу у певних сферах мовного спілкування¹, Т. Губаєва і В. Малков пояснюють, для чого Російській Федерації необхідні державна мова і чому нею повинна бути саме російська мова.

На їх думку, державна мова необхідна: для запобігання мовному сепаратизму в суб'єктах РФ; для того, щоб підкреслити державоутворюючу роль російської нації; для забезпечення консолідації, єдності і культурного розвитку народів Росії; для ефективного функціонування центральних державних інститутів².

Відповідаючи на питання, чому державною мовою повинна бути російська мова, Т. Губаєва і В. Малков пишуть: по-перше, тому що вона належить до найбільш поширених мов світу і є однією із шести робочих мов Організації Об'єднаних Націй; по-друге, внаслідок того, що російською мовою, за даними перепису населення 1989 р., володіє 97,8 % жителів Росії; по-третє, на користь російської мови говорить і те, що її сприйняття іншомовними етносами Росії обумовлено історико-культурними традиціями³.

Що можна сказати щодо наведених аргументів, переконливість яких видається досить сумнівною? Справді, не прояви мовного сепаратизму в республіках РФ, як гадають автори статті, викликали необхідність позитивістського вторгнення в сферу мовних відносин, а мовне законодавство РФ спровокувало в деяких суб'єктах федерації прояви мовного місництва. У Татарстані, наприклад, мовне питання набуло виключної злободенності після прийняття закону «Про мови народів РРФСР» (1991 р.) і Конституції РФ (1993 р.). Відповідно до соціологічного опитування, проведеного тут у 1996 р., серед найбільш актуальних

¹ Див.: Губаєва Т. В., Малков В. П. Вказ праця. – С. 6.

² Див.: Там само. – С. 5–7.

³ Див.: Там само. – С. 5, 6.

проблем сучасності з 14 позицій першу зайняла татарська мова. У цей же час у республіці активізувалася пропаганда ворожого ставлення до російської нації і переваги татарської мови¹.

Важко також погодитися з твердженням Т. Губаєвої і В. Малкова про те, що державна мова необхідна для підкреслення державоутворюючої ролі російської нації, для фіксації того, що цю роль вона відіграє «як більш впливова в економічному, політичному і соціокультурному відношеннях»².

Здається, що російська нація, на відміну від деяких своїх представників, далека від національного чванства і володіє в достатній мірі шляхетністю і тактом, щоб не нагадувати своїм іншомовним співгромадянам про ту роль, що їй відвела історія. До того ж державоутворюючою спільністю Російської Федерації є не окремо взята нація, а її народ, що складається з різних етносів, у тому числі й російській нації. У цьому зв'язку не можна не послатися на преамбулу Конституції РФ, що проголосила як суб'єкта, котрий відроджує суверенну державність Росії, багатонаціональний її народ. Про це ж свідчить ст. 3, яка стверджує, що носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Російській Федерації є її багатонаціональний народ.

Що ж стосується необхідності державної мови для консолідації і культурного розвитку народів Росії, для забезпечення ефективності роботи державної машини, то ці функції російська мова виконувала протягом багатьох століть, не маючи статусу державної. До речі, самі автори розглядуваної статті побічно визнають це, справедливо вважаючи, що сформовані в Росії мовні відносини є природною першоосновою соціальних контактів та інформаційних процесів³.

Прихильники надання російській мові статусу державної гадають, що в такий спосіб вони сприяють підвищенню її статусу. Це явно помилкова думка. Російська мова має куди більш високий статус порівняно з тим, яким наділив її законодавець. Російська мова, якою володіє майже все населення Росії, за своїм більш високим, природним статусом, є мовою російського народу, тобто народною мовою.

У світлі сказаного виникає питання про доцільність конституювання російської мови як державної мови Російської

¹ Див.: Губаєва Т. В., Малков В. П. Вказ праця. — С. 5, 9.

² Там само. — С. 12.

³ Див.: Там само. — С. 5.

Федерації. На це питання можна було б відповісти позитивно, якби законодавець виходив із природно-правового розуміння статусу державної мови, якби цим статусом не перекреслювався принцип формальної рівності мов і не обмежувалися мовні права громадян. Однак у Російській Федерації справи стоять інакше. До регулювання мовних відносин законодавство РФ підходить з яскраво вираженим позитивістським акцентом. Ним встановлена своєрідна ієрархія мов, суворо визначені сфери їх функціонування. Так, законами «Про мови народів РРФСР» (1991 р.), «Про судову систему Російської Федерації» (1996 р.), «Про оборону» та іншими визначені такі сфери офіційного мовного спілкування: 1) сфера обов'язкового використання як державної російської мови; 2) сфера, де дозволяється використання одночасно з російською мовою державних мов суб'єктів РФ; 3) сфера, де допускається використання поряд з російською і державними мовами суб'єктів федерації й інших мов народів Росії; 4) сфера, де ці та інші мови можуть використовуватися як офіційні поряд з державними мовами¹.

Ієрархія мов і визначення сфер мовного спілкування дуже нагадують систему мовного апартеїду. При такій системі говорити не тільки про фактичну, а й навіть про формальну рівність мов дуже проблематично. Наслідком порушення принципу мовної рівності є обмеження законодавством РФ мовних прав громадян, незважаючи на їх закріплення у федеральній Конституції. Цей факт не заперечують і прихильники надання російській мові статусу державної. Так, Т. Губаєва і В. Малков пишуть: «Видається, що в багатонаціональній федеративній державі з метою ефективного функціонування федеральних державних інститутів, безумовно, необхідно визначити сфери обов'язкового використання російської мови як державної. Певною мірою це обмежує права громадян на свободу мовного вибору, ніби примушуючи до використання російської мови в зазначених сферах»². Це соромливе «ніби» зовсім недоречно, тому що законодавець дійсно примушує іншомовних громадян використовувати російську мову. Однак в ім'я того, щоб федеральна державна машина ефективно функціонувала, виявляється, можна вдатися і до мовного примусу, пожертвувати консти-

¹ Див.: Губаєва Т. В., Малков В. П. Вказ праця. – С. 7.

² Там само.

туційним правом громадян на вільний вибір мови спілкування. При цьому прихильники ефективного функціонування державних інститутів рекомендують державі «проявити особливу обережність при визначенні таких сфер, по можливості обмежуючи їх випадками крайньої необхідності»¹. У даній рекомендації, що відповідає духу відомого прислів'я про ситих вовків і цілих овець, більше лукавства, ніж наївності.

Лояльне ставлення правознавців до законодавства, що обмежує мовні права громадян, суперечить ідеологічній домінанті сучасного конституціоналізму, який стверджує пріоритет людини, її прав і свобод. Воно ігнорує закріплені Конституцією РФ принципи: невідчуження основних прав і свобод, що належать людині від народження; недопустимості використання громадянами прав і свобод у випадках, якщо при цьому порушуються права і свободи інших осіб; гарантованої рівності громадян у правах і свободах незалежно від їх національної і мовної належності (ст. ст. 17, 19).

Справедливості заради зауважимо, що Конституцією РФ встановлено можливість обмеження федеральним законом прав і свобод людини і громадянина, але лише з метою захисту основ конституційного ладу, моральності, здоров'я, прав і законних інтересів інших осіб, забезпечення оборони країни і безпеки держави (ч. 3 ст. 50). Як бачимо, обмеження прав і свобод людини і громадянина з метою підкреслення державоутворюючої ролі російської нації, підвищення ефективності діяльності державних інститутів Конституцією РФ не передбачено.

Той факт, що громадяни Росії навіть на формальному рівні примушуються і обмежуються у своїх мовних правах, підтверджує, що спроба одночасного використання природно-правового і позитивістського підходів до визначення статусу державної мови неминуче обернеться торжеством останнього. Механізм такої трансформації досить простий. Він полягає в диспозитивному сприйнятті законодавцем, Президентом та іншими органами державної влади РФ норм Конституції і закону про мови, в яких знайшли своє відображення принципи рівності мов і вільного вибору мови спілкування. Проілюструємо це на прикладі, який наводять у своїй статті Т. Губаєва і В. Малков. Відповідно до ст. 12 закону про мови публікація федеральних законів

¹ Губаєва Т. В., Малков В. П. Вказ праця. – С. 7.

і актів Президента РФ повинна здійснюватися як російською мовою, так і державними мовами республік, що входять до складу Російської Федерації. Однак у Федеральному законі «Про порядок опублікування і вступу в силу федеральних конституційних законів, федеральних законів, актів палат Федеральних Зборів» (1994 р.) переклад зазначених нормативних актів на державні мови республік у складі РФ законодавець забув віднести до необхідних атрибутів їхнього опублікування і вступу в силу¹. Аналогічну безпам'ятність виявив і Президент РФ, який у своєму указі «Про порядок опублікування і вступу в силу актів Президента Російської Федерації, уряду Російської Федерації і нормативних правових актів федеральних органів влади» (1996 р.) проігнорував розпорядження ст. 12 закону про мови².

У законодавчій практиці Російської Федерації зустрічається й інший спосіб ствердження диктату в мовній сфері. Сутність його полягає в тому, що в нормативно-правових актах норми, які утискають права громадян на підставі мовної ознаки, прикрашаються згадуванням конституційних норм діаметрально протилежного змісту. Причому останнім приділяється роль ні до чого не зобов'язуючих декларацій. Прикладом тому може служити ст. 21 Федерального закону «Про основи державної служби Російської Федерації» (1995 р.)³. У вказаній статті законодавець, з одного боку, встановив як обов'язковий для тих, хто поступає на державну службу, ценз володіння державною мовою, а з іншого — «підкріпив» цю норму положенням про те, що при вступі на державну службу недопустимо встановлення яких би то не було прямих чи непрямих обмежень або переваг залежно від статі, раси, національності, мови і т. д. Безперечно, що дана стаття прийнята законодавцем аж ніяк не в розвиток ст. 32 Конституції РФ, що проголошує принцип рівного доступу громадян до державної служби. Безперечно так само і те, що чиновник, який вирішує питання прийому на державну службу, сприйме ту частину статті, в якій йдеться про обов'язковий ценз до неухильного виконання, а все інше в крашому випадку — до відома.

¹ Див.: Собрание законодательства Российской Федерации. — 1994. — № 8. — Ст. 801

² Див.: Там само — 1996. — № 22. — Ст. 2663.

³ Див.: Собрание законодательства Российской Федерации. — 1995. — № 31. — Ст. 2990.

Названа стаття потрапила в поле зору Т. Губаєвої і В. Малкова, які вважали її невдалою, але не по суті, а тільки лише в редакційному плані. Невдала редакція статті, пишуть вони, «дає підстави для розсуду суперечливості в її формулюваннях, не погодженості з положеннями ст. 32 Конституції РФ про рівний доступ до державної служби»¹.

Виправдовуючи встановлення володіння державною мовою як обов'язковий ценз для тих, хто вступили на державну службу, вони виходять з того, що мовні кваліфікаційні вимоги не можуть розглядатися як дискримінаційні. Спроба обґрунтувати це посиланням на Титул 8 Зводу законів США «Про іноземних громадян і громадянство», в якому говориться, що жодна особа не може набути громадянства США без визначеного рівня знання англійської мови, коректною не назвеш. У згаданому Титулі йдеться про осіб, що не є громадянами США, а Федеральний закон «Про основи державної служби Російської Федерації» адресований громадянам Росії, рівність у правах і свободах яких гарантовано Конституцією РФ.

Т. Губаєва і В. Малков не тільки згодні з законодавцем, а й пропонують посилити вимоги до мовної кваліфікації претендентів на посаду державного службовця, визначати за допомогою спеціальних тестів ступінь володіння ними державною мовою². Щоб не говорили автори цієї пропозиції, перед нами відверто дискримінаційний захід, спрямований проти вихідців з національної глибинки. Останні, володіючи всіма необхідними діловими якостями, навряд чи зможуть скласти конкуренцію в частині рівня володіння державною мовою російським претендентам на ту ж посаду.

Законодавче закріплення володіння державною мовою як обов'язковий ценз, що дозволяє громадянам реалізувати свої конституційні права, несе в собі елементи провокуючого шовінізму. Воно спонукало законодавців національних республік, що входять до складу Російської Федерації, до встановлення власних мовних цензів. Так, відповідно до Конституції Республіки Башкортостан її Президентом може бути обраний громадянин, який володіє державною мовою республіки. Аналогічну норму містить у собі Конституція Республіки Татарстан.

¹ Губаєва Т. В., Малков В. П. Вказ. праця. – С. 10.

² Див.: Там само. – С. 10.

Однак те, що дозволено Юпітерові, не дозволено бикові. Саме в цьому дусі прореагувала Державна Дума РФ на вільності своїх молодших колег по законодавчому корпусу. 9 квітня 1997 р. нею було прийнято постанову про звернення до Конституційного Суду РФ про визнання названих вище норм не відповідними Конституції РФ і не належними в застосуванні.

Оскільки республіканський законодавець діяв винятково за прикладом свого федерального колеги, остільки природною виглядає негативна реакція Державної Ради Республіки Татарстан на згадану постанову Державної Думи.

У світлі об'єктивного аналізу мовного законодавства РФ і тих суперечностей, що виникли на мовному ґрунті між федеральним центром і деякими суб'єктами федерації, важко розглядати інститут державної мови Російської Федерації «як юридично закріплений результат соціального компромісу, вироблений у ході розвитку багатонаціональної держави з урахуванням етнічного складу та інтересів населення»¹. Швидше за все можна говорити про втручання держави в сформовані природним шляхом мовні відносини Росії, що аж ніяк не сприяє збереженню і зміцненню соціального компромісу.

Інститут державної мови РФ у тому вигляді, в якому він закріплений законодавством, дає ще менше підстав для критики поглядів В. Леніна, який негативно ставився до спроб надати російській мові статусу державної. І проте Т. Губаєва і В. Малков виступили в ролі його сучасних опонентів. За їх твердженням, помилка В. Леніна полягала в тому, що категорію «державна мова» він розглядав «винятково в примусовому змісті, в тому числі і стосовно мови, яку всі будуть вивчати «з-під ціпка»². Навіть це, досить поверхове уявлення про погляди В. Леніна на мовне питання, неможливо заперечити, спираючись на приклад інституту державної мови РФ, із властивими йому обмеженням мовних прав громадян та їх, хоча і «ніби», але все-таки примусом до використання російської мови. Невипадково його нинішні опоненти вважали за благо послатися на досвід зарубіжних країн. Однак і цей досвід більшою мірою підтверджує правоту ленінського погляду на державну мову, а не його опонентів. Явно невдалим є посилання Т. Губаєвої і В. Малкова на досвід

¹ Губаєва Т. В., Малков В. П. Вказ праця. – С. 11.

² Там само. – С. 12.

Бельгії, де мовне питання вирішено, якщо можна так сказати, по-ленінському. Конституція Бельгії взагалі не передбачає інституту державної мови і вживання прийнятих у ній мов має необов'язковий характер¹.

Що ж стосується інших європейських країн, у конституціях яких знайшов своє закріплення інститут державної мови, то, по-перше, таких країн не так вже і багато, а по-друге — інститут державної мови в них не зв'язаний ні з обмеженнями мовних прав громадян, ні з їх примусом використовувати ту чи іншу мову.

Підбиваючи підсумки наведеному, мимоволі задаєшся питанням: навіщо, наприклад, буряту, якуту та іншим російським громадянам, які не володіють належним чином державною мовою, законодавчо забороняти претендувати на ту чи іншу державну посаду? Адже очевидно, що вони і самі, керуючись власним здоровим глуздом, не будуть робити цього. Якими б благими намірами не керувався законодавець, але в даному випадку він своїми актами ніби підкреслює неповноцінність тих, хто не володіє державною мовою, принижує їх людську, а заодно і національну гідність.

Є такі сфери суспільних відносин, яким надмірне державне вторгнення протипоказане. Розглядаючи загальнолюдські цінності в контексті сучасних реалій, відомий російський правознавець В. Чіркин робить цілком обґрунтований висновок про те, що «надмірне втручання держави стискає природний розвиток суспільства, веде до його стагнації і краху»². Забуваючи про це, держава порушує природний хід подій, породжує важко розв'язувані проблеми. До числа таких сфер В. Ленін відносив мовні відносини, і був цілком правий. Джерелом, яке надає нормативного характеру такого роду відносинам, за справедливим зауваженням М. Цвіка, «є, здебільшого, не зовнішній вплив, не державне втручання, а їх постійна повторюваність»³.

Вибір мови спілкування є природним правом людини і роль держави, якщо, звичайно, вона є правовою, полягає не в його дозуванні і регламентації, а в забезпеченні і захисті. У протилежному випадку перекреслюється один з найважливіших по-

¹ Див.: Конституции государств Европейского Союза. — М., 1997. — С. 112.

² Чиркин В. Е. Общечеловеческие ценности и современное государство // Государство и право. — 2002. — №2. — С. 11.

³ Цвік М. Про сучасне праворозуміння // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 4 (27). — С. 3.

студатів сучасної цивілізації, відповідно до якого не людина існує для держави, а держава для людини.

Яким же повинно бути вирішення мовного питання в умовах багатомовної Російської Федерації, яке б відповідало інтересам усіх етномовних спільнот, що населяють її? Очевидно, що мовне законодавство Росії не дає оптимальної відповіді на поставлене питання. У зв'язку з цим звертає на себе увагу ленінський підхід до вирішення мовного питання.

Виступаючи проти надання російській мові статусу державної, В. Ленін разом з тим не заперечував ні її універсального значення, ні ролі держави в регулюванні мовних відносин. В одній зі своїх останніх робіт «До питання про національності чи про «автономізацію» він пропонував «ввести найсуворіше правило щодо вживання національної мови у інонаціональних республіках, що входять у наш союз, і перевірити ці правила особливо ретельно»¹. Необхідність цих правил В. Ленін пояснював тим, «що під приводом єдності залізничної служби, під приводом єдності фіскального і т.п. у нас, при сучасному нашому апараті, буде маса зловживань істинно російського змісту. Для боротьби з цими зловживаннями необхідна особлива винахідливість і щирість. Отут буде потрібний детальний кодекс, який можуть скласти більш-менш успішно тільки націонали, що живуть у даній республіці»². З огляду на згубність національної несправедливості, хворобливу чутливість націоналів до почуття рівності і до порушення цієї рівності В. Ленін вважав, що «краще пересолити убік поступливості і м'якості до національних меншостей, ніж не досолити»³.

У світлі цих ленінських положень ідеологію сучасного мовного законодавства Російської Федерації повинні визначати принципи формальної рівності всіх мов та їх ефективного захисту від проявів великоросійського шовінізму. Мовні відносини між федеральним центром і суб'єктами федерації необхідно будувати на взаємоприйнятній для обох сторін основі. У правовій державі мовне законодавство має нести в собі природно-правовий зміст і характеризуватися перевагою прав над обов'язками.

Надійшла до редколегії 15.06.02

¹ *Ленін В. І.* Полн. собр. соч. – Т. 45. – С. 361.

² Там само.

³ Там само. – С. 360.

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Є. Харитонов, професор Одеської
національної юридичної академії

Перші кодифікації цивільного законодавства в Україні ХХ і ХХІ століть: збереження старого чи початок нового права

У 2001 та 2002 роках химерно переплітаються декілька дат в історії цивільного права, що стосуються нашої держави: у 2002 р. виповнюється 80 років першому Цивільному кодексу УРСР, у 2001 р. виповнилося 40 років першим союзним Основам цивільного законодавства і 20 років — останнім. Нарешті у цьому ж 2001 р. прийнято новий Цивільний кодекс України, адаптація якого до тих правових стереотипів, що сформувалися в нашій державі, має відбутися протягом 2002 р.

Отже, цікаво прослідкувати тенденцію, що існувала та існує у цій галузі.

Після перемоги радянської влади на початку 20-х років остання активно приступила до руйнування правової системи, що існувала на той час. Однак після вимушеного переходу до НЕПу виникла необхідність урегулювання майнових відносин, хоча і тоді, і пізніше навіть сама доцільність створення «нового цивільного права» заперечувалася деякими знаними правознавцями, котрі характеризували право як «ще більш отруйний опіум» для народу, ніж релігія¹.

26 липня 1922 р. було видано Декрет «Про основні приватні майнові права громадян, які визнаються УРСР, охороняються її законами та захищаються судами УРСР», де містилася низка практично важливих рішень, регулювалися деякі договори.

¹ Див.: *Гойхбарг А. Г.* Основы частного имущественного права. — М., 1924. — С. 8. Цікаво однак, що А. Гойхбаргу такий правовий нігілізм не завадив бути одним з двох авторів проекту ЦК РРФСР.

Однак він не міг дати відповіді на всі запитання, що поставали у зв'язку з активізацією торгового обігу. Все більш очевидною стала необхідність створення Цивільного кодексу.

Підготовка проекту Цивільного кодексу УРСР відбувалась в умовах і на засадах, які є загальними для більшості колишніх радянських республік. Тому цілком природно, що вказівки та зауваження В. Леніна стосовно Цивільного кодексу РРФСР, робота над яким почалася раніше¹, слугували орієнтиром і для тих, хто готував проект ЦК УРСР², як став орієнтиром і сам ЦК РРФСР, прийнятий 31 жовтня 1922 р. і введений в дію з 1 січня 1923 р.

Цей кодекс, що загалом може бути оцінений як закон передідного періоду, викликаний НЕПом і спрямований на регулювання відносин, пов'язаних саме з НЕПом³, слугував зразком для цивільних кодексів усіх союзних республік⁴, у тому числі і для Цивільного кодексу УРСР, котрий було прийнято із запізненням приблизно на місяць — затверджено 16 грудня 1922 р., введено в дію 1 лютого 1923 р.

Вже наприкінці листопада — на початку грудня 1922 р. Президія ВУЦВК прийняла кілька постанов, в яких підкреслювалась необхідність найшвидшого розроблення і прийняття в УРСР Цивільного кодексу. Згідно з дорученням Президії ВУЦВК колегія НКЮ УРСР одразу після одержання тексту ЦК РРФСР на своєму засіданні 2 грудня вирішила прийняти його за основу при розробці українського законопроекту. 4 грудня 1922 р. перший проект ЦК УРСР був підготований і надісланий для погод-

¹ Формально розробку проекту ЦК РРФСР почато у середині 1922 р. (див.: Раевич С. И. Гражданский кодекс РСФСР (история) // Энциклопедия государства и права. — М., 1925. — Т. I. — Вып. I). Однак видається слушною точка зору, згідно з якою цьому передував значний підготовчий період (див.: Новицкая Т. Е. В. И. Ленин и первые шаги кодификации гражданского права в Советской России // Сов. государство и право. — 1990. — № 1. — С. 113—119).

² Для засвоєння таких орієнтирів і прискорення роботи над проектом ЦК УРСР у роботі «Межведомственного совещания при НКЮ РСФСР по разработке Кодекса гражданских законов» брав участь представник України Т. Єфименко (див.: Новицкая Т. Е. Неизвестные страницы создания Гражданского кодекса РСФСР 1922 г. // Сов. государство и право. — 1990. — № 10. — С. 113).

³ Див.: Братусь С. Н. Становление гражданско-правовой концепции регулирования имущественных отношений между социалистическими предприятиями в период НЕПа // Сов. государство и право. — 1987. — № 11. — С. 51.

⁴ Див.: Бахчисарайцев Х. З. К истории гражданских кодексов советских социалистических республик: Очерки. — М., 1948. — С. 5.

ження зацікавленим відомствам. У зв'язку з терміновістю зазначеної роботи проект не виносився на розгляд Раднаркому УРСР, як належало, а безпосередньо був поданий Президії ВУЦВК. 16 грудня 1922 р. вона прийняла ЦК УРСР у редакції, запропонованій НКЮ УРСР. Остаточна редакція ЦК згідно з рішенням ВУЦВК була обговорена колегією НКЮ УРСР 20 грудня 1922 р., в січні 1923 р. його текст було опубліковано в офіційних виданнях, а з 1 лютого 1923 р. він набрав чинності¹.

Оскільки ідеологічні та методологічні засади розробки проектів були однаковими, цивільні кодекси РРФСР та УРСР були подібними за структурою і змістом. Вони склалися з однакових розділів: загальна частина, речеве право, зобов'язальне право, спадкове право. Кількість статей теж практично збігалася: 435 статей ЦК УРСР проти 436 ЦК РРФСР. Не було також різниці у побудові розділів і назвах глав.

Серед засадничих норм ЦК УРСР слід згадати ст. 1, згідно з якою цивільні права охоронялись законом, за винятком тих випадків, коли вони здійснюються всупереч їхньому соціально-господарському призначенню. Цю норму недаремно характеризували як «жупел для буржуазного світу», «дамоклів меч над НЕПом — буржуазією»². Нею зумовлювалася в кінцевому результаті суть радянського цивільного законодавства, яке в будь-якому разі допускало втручання держави у майнові відносини.

На перший погляд, дивними видаються сподівання деяких юристів-білоемігрантів на буржуазне переродження радянського права, погляд на основний зміст ЦК як доказ переходу на позиції буржуазного права³. Але, здається, емігрантську юриспруденцію вводила в оману помітна зовнішня схожість багатьох інститутів радянських цивільних кодексів та Німецького цивільного кодексу (далі — BGB), зокрема за структурою, деякими підходами, правовими рішеннями в межах окремих інститутів тощо.

Розглянемо деякі характерні риси ЦК УСРР⁴ 1922 р.

¹ Див.: *Усенко І.* Перший Цивільний кодекс УРСР// Рад. право. — 1987. — № 12. — С. 54. Див.: ЗП УРСР. — 1922. — № 55. — Ст. 780.

² Див.: *Стучка П. И.* Курс советского гражданского права. — М., 1929. — Ч. II. — С. 11, 249 та наст.

³ Див.: *Иоффе О. С.* Развитие цивилистической мысли в СССР. —Л., 1975. — Ч. I. — С. 43.

⁴ Саме так виглядала тоді ця аббревіатура, замість якої далі вживається більш звична — УРСР.

Він складався з чотирьох розділів: загальна частина, речеве право, зобов'язальне право, спадкове право¹.

Загальна частина містила норми, присвячені суб'єктам, об'єктам права, угодам як основному засобу встановлення, зміни або скасування цивільних правовідносин, позовній давності.

Суб'єктами цивільного права визнавались як громадяни, так і юридичні особи (організації). Цивільну правоздатність мали усі громадяни, однак ст. 4 було передбачено можливість обмеження «судом у правах». Врешті це означало, що правоздатність є лише умовно наданою здатністю — вона «не є у нас природженим правом людини, а надається державою для досягнення певних, необхідних для збереження колективу цілей»². Юридичними особами визнавались об'єднання осіб, установи або організації, що могли від свого імені набувати майнові права, вступати в зобов'язання, позивати і відповідати на суді (ст. 13). Зазвичай, діяли юридичні особи на підставі статуту або положення, а в окремих, визначених законом випадках досить було товариського договору, який мав бути зареєстрований в установленому порядку (ст. 14).

Об'єктами цивільних прав могло бути лише майно, не вилучене з цивільного обігу (ст. 20). При цьому перелік вилученого з обігу майна був досить значним. До нього, зокрема, належали: земля, промислові, транспортні та інші підприємства; устаткування промислових підприємств, рухомий склад залізниць, морські та річкові судна і летальні апарати; споруди комунальні, транспорту, народного зв'язку тощо (ст. 22).

Чимало уваги приділялось у ЦК регламентації угод, котрі визначались як дії, спрямовані на встановлення, зміну чи припинення цивільних правовідносин (ст. 26).

Розділ «Речеве право» містив у собі норми, присвячені праву власності, праву забудови і застави.

У ст. 52 ЦК згадувалось про власність державну (націоналізовану та муніципалізовану), кооперативну, приватну. Відповідно до ст. 54 предметом приватної власності могло бути будь-

¹ Сімейні відносини було врегульовано спеціальним Кодексом законів про сім'ю, опіку, шлюб та акти громадянського стану УСРР, затвердженим 31 травня 1926 р.

² Стучка П. И. Курс советского гражданского права. — Ч. II. — С. 11, 35.

яке майно, не вилучене з цивільного обігу. В цілому це рішення виглядає як досить демократичне, якщо не брати до уваги обмежень, встановлених ст. ст. 22, 24 ЦК, що істотно звужували можливості підприємця реально здійснювати комерційну діяльність.

Для захисту права власності було встановлено істотний виняток із загального правила: колишні власники, чие майно було експропрійоване на підставі революційного права або перейшло у володіння трудящих до 24 серпня 1922 р., не мали права вимоги повернення цього майна (примітка до ст. 59). Отже, незалежно від наявності правових підстав позбавлення майна у перші роки радянської влади колишні власники не мали жодних шансів на одержання свого майна. На противагу цьому для захисту права державної власності застосовувалась нічим не обмежена віндикація (ст. 60). Цікавим є те, що ця «необмежена віндикація» (для обмеженого кола суб'єктів) фактично ґрунтувалась на сентенції відкинутого римського права — «де я (власник) знаходжу свою річ, там я її і віндикую».

Із засобів переходу права власності ЦК було передбачено договір, ревізицію та конфіскацію (ст.ст. 66, 69, 70). Тут цікаво зазначити, що, можливо, з того самого часу в радянському (та й пострадянському праві) сформувалася традиція розглядати ревізицію і конфіскацію як способи придбання права власності, хоча вони фактично є способами його припинення.

Як уже зазначалося, крім права власності, ЦК передбачав право забудови і заставу майна, які були за своєю суттю правом на чужі речі.

Право забудови визначалось як право зведення на державній землі будівлі і користування нею разом із земельною ділянкою протягом обумовленого терміну (ст. ст. 71–84). Фактично це німецька і російська обмежувальна інтерпретація відомого ще римському праву інституту суперфіцію. Пізніше ці статті було скасовано і замінено нормами, які закріплювали право безстрокового користування земельними ділянками з метою зведення на них будівель на праві власності житлово-будівельними кооперативами.

Застава майна була обмеженою у зв'язку із звуженням кола об'єктів права, зокрема — з обмеженням обігу приватної власності і скасуванням поділу майна на рухоме і нерухоме. Тому

можливість іпотеки не передбачалася зовсім, а щодо предмета застави було введено низку обмежень. Щоправда, існувала застава будівель, яка дещо нагадувала за зовнішніми ознаками іпотеку, але остання, як зазначалось, принципово була неможлива у радянському цивільному обігу.

Поміж речевих прав посідання (володіння) не передбачалось, однак деякі цивілісти зазначали існування самостійного інституту володіння¹. Втім це були суто теоретичні конструкції, оскільки радянське цивільне право не передбачало спеціального посесійного захисту.

Розділ «Зобов'язальне право» складався з 13 глав, однак фактично його норми було згруповано у чотири нерівноцінні за обсягом блоки: 1) загальні положення (глава I); 2) зобов'язання, що виникають з договорів (глави II–XI); 3) зобов'язання, що виникають внаслідок безпідставного збагачення (глава XII); 4) зобов'язання, що виникають внаслідок заподіяння іншому шкоди (глава XIII).

У свою чергу, розділ, присвячений договірним зобов'язанням, мав свою «загальну» та «спеціальну» частини. Слід зазначити, що структура та логіка цього розділу ЦК УРСР надзвичайно нагадували книгу II BGB. Багато спільного було і в їхньому змісті.

Значну увагу було приділено регламентації умов виконання зобов'язань, а також відповідальності за недодержання цих умов. При цьому вина як умова відповідальності не згадувалась: положення щодо неї було сформульовано «від зворотного» — ст. 118 передбачала, що боржник, оскільки інше не встановлено законом або договором, звільняється від відповідальності за невиконання, якщо доведе, що неможливість виконання викликана обставинами, які він не міг відвернути, або виникла внаслідок умислу чи необережності кредитора. Отже, для покладення на боржника обов'язку відшкодування шкоди досить було його вини у будь-якій формі, причому саме поняття вини могло бути витлумачене дуже широко.

Особливу увагу було приділено договірним зобов'язанням. Детально визначались умови, порядок та момент укладення договору, а також їхні різновиди. Як засоби забезпечення дого-

¹ Див.: *Компаніец А. К.* К вопросу о проблеме владения в советском праве // Сб. памяти В. М. Гордона. — Х., 1927. — С. 48; *Венедиктов А. В.* Государственная социалистическая собственность. — Л., 1948. — С. 563–564.

вірних зобов'язань у главі другій цього розділу ЦК були названі неустойка (ст.ст. 141–142) та завдаток (ст. 143). Звертає на себе увагу знов-таки подібність цього рішення з тим, що мало місце у BGB: норми про заставу розміщені серед речевих прав; неустойка і завдаток — поміж загальних положень про договори; за порука — серед окремих видів договорів. Аналогічним у загальному вигляді є і зміст відповідних норм.

Поміж окремих видів договорів згадувалися: майновий найом, купівля-продаж, міна, позика, підряд, за порука (порука), доручення (сюди ж було віднесено норми про довіреність), комісія (норми щодо неї було включено до ЦК спеціальним законом від 16 жовтня 1925 р.), страхування.

Досить оригінальним був підхід до регулювання договору товариства. ЦК передбачав декілька видів товариств: просте товариство, повне товариство, товариство на довірі, товариство з обмеженою відповідальністю, акціонерне товариство (ст.ст. 276–366). Просте товариство являло собою звичайний договір про спільну діяльність. Решта видів товариств були юридичними особами (господарськими товариствами). Втім незабаром необхідність для радянської держави у товариствах-юридичних особах відпала. Норми, присвячені їм, вже являли теоретичний, а скоріше — історичний інтерес. Деяке значення зберегли лише акціонерні товариства. Вони могли бути утворені лише державними організаціями, установами або підприємствами і використовувались головним чином для діяльності за кордоном.

Норми, присвячені зобов'язанням з безпідставного збагачення, були нечисленні. Загальне правило встановлювала ст. 399, згідно з якою той, хто збагатився за рахунок іншого без достатніх, встановлених законом або договором підстав, має повернути безпідставно одержане. Становить інтерес рішення про наслідки виконання зобов'язань після того, як закінчився строк позовної давності: не мав права вимагати повернення сплачених сум той, хто виконав зобов'язання, хоча б і позбавлене позовної сили, але таке, що не є недійсним силою закону. В цьому рішенні відчувається відлуння ідеї натуральних зобов'язань.

Зобов'язанням внаслідок заподіяння шкоди було відведено загалом небагато статей ЦК (403–415), але регламентація наслідків правопорушення була досить детальною.

Стаття 403 встановлювала загальні засади цих зобов'язань: «Хто заподіяв шкоду особі або майну іншого, зобов'язаний відшкодувати заподіяну шкоду. Він звільняється від цього обов'язку, якщо доведе, що він не міг відвернути шкоди, або що він був уповноважений на заподіяння шкоди, або що шкода виникла внаслідок умислу або грубої необережності самого потерпілого». У цій нормі застосовано вже згадуваний вище прийом — «визначення від зворотного», сутність якого в тому, що правило формулюється у негативній формі. Наприклад, як у даному випадку: той, хто заподіяв шкоду, звільняється від обов'язку її відшкодування, «якщо доведе, що він не міг відвернути шкоди». Недолік і навіть небезпека таких формулювань для учасників даних відносин у тому, що вони створюють можливість неоднозначного тлумачення. Зокрема, не уникла такої долі і ст. 403 ЦК, призвівши до дискусії про те, має ґрунтуватись відповідальність на засадах вини, чи вона може мати місце на засадах «заподіяння». Прихильники першої точки зору стверджували, що йдеться лише про презумпцію вини і за допомогою складних теоретичних побудов доводили, що до відповідальності у кінцевому результаті все ж таки притягуються лише винні у правопорушеннях. Прихильники «теорії заподіяння», посилаючись на текст вказаної статті ЦК, зазначали, що тут не згадується ні про умисел, ні про необережність. Відповідальність настає у вигляді санкції за дії, об'єктивно пов'язані зі шкодою, і така її конструкція найкраще відповідає духу радянського права, яке повсюдно замінює суб'єктивні моменти об'єктивними¹.

Стосовно спадкування слід мати на увазі, що 11 березня 1919 р. його взагалі було скасовано, а потім Декретом від 21 березня того ж року поновлено², але з істотними обмеженнями

¹ Див., напр.: Гражданский кодекс советских республик: Текст и практический комментарий. — Х., 1927. — С. 576; Семенова А. Е. Обязательства, возникающие вследствие неосновательного обогащения и обязательства, возникающие из причинения вреда. — М., 1928. — С. 20.

² Див.: СУ УССР. — 1919. — № 24. — Ст. 268; № 32. — Ст. 348. Іноді помилково вказують, що стара система спадкування була скасована 27 квітня 1918 р. (див.: Васильченко В. Спадкове право Стародавнього Риму і сучасність // Юрид. вісник України. — 1996. — № 3. — С. 86). Однак згадана дата стосується Росії (див. детальніше: Новицкая Т. Отмена наследования в первый год Советской власти // Сов. юстиция. — 1989. — № 5. — С. 28–29). В Україні це сталося на рік пізніше.

розміру спадку, кола спадкоємців та обсягу прав, що могли успадковуватись (спадкове майно переходило до спадкоємців у користування, а не у власність).

ЦК більш ліберально вирішував ці питання, передбачаючи, що майно може переходити до спадкоємців на праві власності, якщо додержано двох умов: 1) сума спадку не перевищує 10 тис. крб.; 2) спадкоємцями є подружжя, діти, онуки, правнуки, всиновлені та інші особи, що є непрацевдатними, нужденними і такими, що перебували на утриманні покійного не менше одного року на день його смерті. Поступово можливості спадкувати було дещо розширено: скасовано граничну межу спадкування, розширено коло спадкоємців за законом та можливості розпорядження майном на випадок смерті шляхом заповіту.

Підсумовуючи сказане про перший ЦК УРСР, слід зазначити, що, регулюючи відносини у суспільстві, яке заперечувало існування приватного права у принципі, він разом з тим у багатьох своїх нормах відображав вплив буржуазного законодавства у галузі приватного права, головним чином BGB. Разом з тим вирішення деяких питань (наприклад, у сфері спадкового права) було за духом ближче до ідей римського права (в його візантійській інтерпретації), ніж у BGB. Цікаве з цього приводу висловлювання тодішнього Голови Верховного Суду РРФСР П. Стучки, який писав: «За суттю наш Цивільний кодекс не що інше, як ті форми буржуазного цивільного права, які повторюють загалом формули римського права, створені близько двох тисячоліть тому»¹.

Однак при всьому цьому радянська держава залишала собі можливість у будь-який момент відкоригувати застосування будь-яких норм, навіть не вдаючись до змін законодавства. Для цього існували такі «інструменти», як ст.ст. 1, 4, 30 ЦК, а також п. 5 постанови від 16 грудня 1922 р. «Про введення у дію Цивільного кодексу УРСР», що передбачав поширювальне тлумачення ЦК «у випадках, коли цього вимагає охорона інтересів робітничо-селянської держави і трудящих мас»².

Оскільки у 2002 р. маємо «круглу дату» першому ЦК УРСР і у той же час стоїмо на порозі такої визначальної для цивільного

¹ Стучка П.И. Социалистическое хозяйство и советское право // Революция права. — 1927. — № 1. — С. 10–11.

² СУ УССР. — 1922. — № 55. — Ст. 780.

права нашої держави події, як набрання чинності першим ЦК незалежної України, цікаво порівняти, що є спільного (крім назви) між цими актами. Предмет правового регулювання? Запозичення BGB? Пандектна система? Зміст окремих розділів?

Але предмет правового регулювання не збігається, оскільки новий ЦК регулює не тільки майнові, а й немайнові відносини. Запозичення із BGB, такі помітні у ЦК УРСР 1922 р., зараз мають характер використання принципів, спільних для регулювання приватних відносин у більшості розвинутих країн. Пандектна система побудови нового ЦК України є досить приблизною, оскільки він містить такі нетипові для неї розділи, як «Особисті немайнові права фізичних осіб», «Інтелектуальна власність», і разом з тим не включає характерного для цієї системи розділу «Сімейне право». Ще більше відмінностей у змісті цих актів, оскільки новий ЦК України містить багато нових договорів, невідомих раніше.

Гадаю, що схожість між ними полягає насамперед у подібності типу, який можна встановити, враховуючи ту обставину, що кодекси можуть бути за своїм характером та значенням двох видів.

Перший вид (тип) я б назвав «піонерським», або «пасіонарним», оскільки у цьому разі мають місце не стільки узагальнення, систематизація та узгодження вже нагромадженого власного законодавчого матеріалу зі змінами і доповненнями до нього, скільки створення кодифікованого акта на принципово новій або значно оновленій порівняно з тією, що існувала у державі та суспільстві, концепції права. Такі кодекси є реалізацією концепції, яка суттєво відрізняється від тієї, що існувала раніше. Вони вносять істотні зміни у рівень регулювання певного виду суспільних відносин, переводячи його у нову якість, внаслідок чого впливають на суспільні відносини, які регулюють. Нерідко вони слугують взірцем для правотворчості в інших державах, надихаючи розробників на нові рішення (а іноді на прямі запозичення). Яскравим прикладом такого кодексу з погляду оцінки втілення його концепції у правове життя може слугувати Французький цивільний кодекс 1804 р. (Кодекс Наполеона). Ним також може бути і Австрійський цивільний кодекс 1807 р., який набув меншого практичного поширення, але з точки зору концептуальної основи та законодавчої техніки заслуговує на увагу. Поміж

кодексів, прийнятих останнім часом, до такого типу належить Цивільний кодекс Нідерландів.

Другий вид кодексів являє собою завершальний акт того чи іншого етапу розвитку певної галузі права. Назвемо його «підсумковим», оскільки він ніби підбиває підсумки розвитку правової думки і законодавства країни на цьому етапі, підводить ризику під досягненнями у тій чи іншій сфері, фіксуючи останні. Кодифікації такого виду мали місце в історії права, мають вони місце і тепер. Наприклад, відомі Закони XII таблиць стали підсумком розвитку звичаєвого права архаїчного Риму. У вітчизняному праві прикладом «підсумкової кодифікації» може бути створення «Руської Правди», а у наші дні — прийнятий одночасно з ЦК Господарський кодекс України. Вказані законодавчі акти об'єднують та ознака, що вони фіксують позицію, яка сформувалася на певному ортодоксальному підґрунті або, у всякому разі, є компромісом «законсервованих» ідей і вимог суспільства, що розвивається. Як правило, такі кодекси достатньо успішно обслуговують потреби цивільного (торгового) обігу і навіть іноді можуть слугувати взірцем для наслідування (як наприклад, у випадку з BGB, котрий, втім, як на мою думку, набув поширення скоріше внаслідок авторитету німецької юриспруденції та політичних потуг держави). Але через консерватизм концептуального підґрунтя або недостатню методологічну основу «запас пасіонарності» таких кодексів незначний, внаслідок чого незабаром даються взнаки їх недоліки і їх критикують навіть колишні прихильники¹.

На мою думку, новий ЦК України можна віднести до актів «пасіонарного типу». Це пов'язано з тим, що він створювався на новій концептуальній основі як кодекс громадянського суспільства, правової держави і кодекс приватного права, з урахуванням сучасних європейських тенденцій і досвіду. Закиди противників ЦК в тому, що в ньому відчувається вплив Модельного кодексу СНД, цивільних кодексів Російської Федерації, тих чи інших європейських країн є безпідставними, оскільки має місце не запозичення окремих правничих рішень, а врахування загальних тенденцій розвитку приватного права в Європі, яких додержують і названі «зразки».

¹ Див. про це детальніше: Харитонов Є. О. Історія приватного права Європи: Західна традиція. — Одеса, 2001. — С. 239–247.

Як не парадоксально, але й «перехідний» ЦК УРСР (як і цивільні кодекси інших радянських республік того періоду) може бути віднесений до типу «пасіонарних». Хоча по своїй суті він був запозиченням багатьох ідей та інститутів BGB (навіть вторинним запозиченням, оскільки ґрунтувався на положеннях ЦК РРФСР), однак для того часу і місця, де він був прийнятий, це був прорив у правовому регулюванні відносин цивільного обігу. Цей початок міг би мати гарне продовження, якби не зміна світоглядних засад і соціально-економічних умов існування суспільства. Події, які відбувалися далі, ще раз показали, що право, а надто право приватне, є частиною культури (певної локальної цивілізації) і зміст його зазнає змін разом з останньою. До речі, цей висновок зайвий раз нагадує, що прийняття будь-якого кодексу — це не завершення, а лише початок процесу, остаточною доля якого наразі невідома.

Надійшла до редколегії 15.04.02

І. Бойко, кандидат юридичних наук
(Львівський національний університет
ім. Івана Франка)

Надання судового самоврядування вірменській громаді м. Львова (XIV–XVIII століття)

Вивчення історії судового самоврядування вірменської громади м. Львова привертає увагу правознавців і має не тільки науковий інтерес, а й практичне значення в сучасних умовах щодо врахування в українському законодавстві особливостей розвитку національних меншин, які проживають в Україні. Крім цього, дослідження цих історичних проблем полегшить вироблення нових принципів підходів до вирішення завдань, що поставлені перед судовою реформою в сучасній Україні.

Вірменська громада у Львові була найбільш чисельною серед усіх вірменських колоній у Галичині. Як свідчать давньоруські літописи, перші вірменські поселенці з'явилися у Львові

в період Галицько-Волинського князівства. Князь Данило Галицький, заснувавши місто Львів, поселив у ньому іноземців із різних країн, зокрема і вірмен, які прибули з татарських земель¹. Вірмени охоче переходили на військову службу до галицько-волинського короля Лева, оскільки їм як християнам були чужі віра, звичаї, традиції татар. Завдяки прихильному ставленню до вірмен короля Лева їм було виділено ділянку землі у північній частині міста, де з часом вони побудували монастир, декілька церков, жилі будинки. Крім цього, їх приймали на військову службу, визнавали жителями міста Львова, надавали певні права та привілеї.

У Львові вірмени активно займалися торгівлею, різними видами ремісничого виробництва. Львівські вірмени виступали посередниками в торгівлі між Польщею і Персією, Молдавією і Росією, Туреччиною тощо.

Після окупації польськими феодалами Галицько-Волинського князівства в 1349 р. майже не змінилося соціально-правове становище львівських вірмен. Вірменські купці і в умовах польського володарювання зберігали свої провідні позиції в торгівлі зі Сходом. Польський уряд сприятливо ставився до вірменського населення, зокрема до львівських купців, і надавав вірменській громаді Львова різні привілеї. Польський король Казимир III грамотою від 17 червня 1356 р. надав вірменській громаді Львова право судового самоврядування. Грамота проголошувала, що місту Львову надається магдебурзьке (німецьке) право, «а для інших народів, що живуть у цьому місті, а саме: вірменам, євреям, сарацинам, русинам та іншим будь-якого стану чи становища з особливої нашої ласки дозволяємо користуватися відповідно до їх звичаїв, зберігати необмеженими їхні права, надаючи одночасно їм можливості, щоб будь-які кримінальні справи, які виникнуть між ними і іншими, вирішувати за магдебурзьким правом і при вїтті відповідно до їхніх прохань. А якщо відмовлятимуться за магдебурзьким правом, яким вищезгадане місто повинно користуватися, тоді вказані нації — вірмени, євреї, сарацини, татари, русини і всі інші нації, які є в цьому місті, мають можливість поставити і вирішувати будь-яке питання на суді своєї нації, але під головуванням міського вїтга»².

¹ Див.: Дашкевич Я. Р. Давній Львів у вірменських та вірменсько-кипчакських джерелах // Україна в минулому. — Київ; Львів, 1992. — Вип. 1. — С. 9.

² Привілеї міста Львова (XIV—XVIII ст.) / Упорядник М. Карпаль, наукові редактори Я. Дашкевич, Р. Шуст. — Львів, 1998. — С. 29.

Виходячи з цього національні громади, які проживали у межах міста Львова, в судових справах все ж залежали від міської управи, тобто судилися або на підставі магдебурзького, або на підставі національного права у відокремлених змішаних судах, де суддями були представники їхніх громад, а головою представник міста — вїйт.

Львівські вірмени відповідно до витягу із згаданої грамоти Казимира III мали свою відокремлену юридичну громаду, на чолі якої стояли вїйт і рада старійшин. Деякі історичні джерела свідчать про те, що у 1368 р. вірмени мали свого вїйта Абрагама, з 1368 р. — вїйта Богдана, упродовж 1434–1441 рр. — вїйта Якуба та ін.¹ 29 вересня 1388 р. Владислав II видав привілей, згідно з яким вірменській громаді Львова надавалося право вибирати свого вїйта та здійснювати правосуддя під його головуванням². Повноваження вірменського вїйта поширювались винятково на львівських вірмен та вірмен, що проживали в передмісті. Юрисдикція вїйта не поширювалася на вірмен, які прийняли католицьку віру, а також на тих вірмен, які за власною волею судилися за магдебурзьким правом у міських судах Львова. Львівські вірмени мали також свою церковну організацію, очолювану вірменським єпископом.

Судове самоврядування вірменської громади не завжди задовольняло львівську міську громаду. Міська громада Львова стверджувала, що в місті повинен бути один вїйт і його суду мають підпорядковуватися всі міщани, незалежно від національності, а також прагнула скасувати посаду вірменського вїйта. Вирішуючи ці спори, польські королі були змушені підтримувати одну із сторін або займати нейтральну позицію, щоб шляхом компромісу примирити конфліктуючі сторони.

Вірменська громада Львова мала свій суд, головою якого був вїйт. До складу вірменського суду входили від 5 до 13 осіб: вїйт і 4–6 або 12 засідателів, які мали знати вірменське право і відзначатися честю. Крім вїйта, обиралися його заступник, а також нотаріус (секретар суду), в обов'язки якого входили також тлумачення і роз'яснення правових норм. Вірменський суд вирішував справи колегіально, причому засідателі виконували

¹ Див.: Akta Grodzkie i Ziemskie. — Lwow, 1878. — Т. XIV. — S. 253.

² Див.: Центральний державний історичний архів України у Львові. — Ф. 52. — Оп. 2. — Спр. 613. — Арк. 287.

свої обов'язки довічно. Засідання суду, як правило, відбувалися кожного місяця шовівторка, за винятком святкових днів. Строки розгляду справ не регулювались законом, за винятком справ, які стосувались приїжджих осіб (для них був встановлений строк — 4 дні). Духовні вірменські суди збиралися за необхідності по понеділках, четвергах і суботах щотижня, за винятком релігійних свят, днів виїзду вірменського єпископа, дня народження і коронації польського короля.

Розгляд цивільних справ розпочинався за позовною заявою. Деякі цивільні правовідносини, які виникали між вірменами, вирішувалися на основі норм вірменського звичаєвого права. Так, при вилученні будинку в боржника новий господар на кухні запалював вогонь, що було підтвердженням переходу до нього права власності. Боржник повинен був сплатити борг протягом трьох тижнів. Борг сплачувався як в грошовій, так і в натуральній формі. У разі, коли особа не змогла сплатити борг у зазначений строк, вона підлягала арешту до погашення боргу. Крім цього, було передбачено право сплатити борг і іншим особам¹.

Кримінальні справи порушувалися за заявою потерпілого. Відповідальність наставала з п'ятнадцятирічного віку. За вбивство передбачалась головщина у розмірі 365 злотих. Розмір головщини при вбивстві багатого вірменина збільшувався, а при вбивстві бідняка — зменшувався на одну третину, що свідчило про існування соціальної несправедливості. До вбивства прирівнювалось і неналежне лікування лікарем хворого, внаслідок чого хворий помирав. Лікар звільнявся від головщини у тому випадку, коли було доведено, що хворий не виконував його вказівок щодо лікування хвороби. Вірменське право передбачало відповідальність як за умисне, так і за неумисне вбивство.

Особливістю вірменського судочинства було поєднання цивільних і кримінальних справ в одному судовому процесі. Про початок суду сторони та жителів вірменського кварталу повідомляли усно (голосно) судові службовці — «підвійськові». Перед початком судового розгляду ввійт та два засідателі повинні були бути присутніми у вірменській церкві, де сторони процесу склали присягу. В разі, коли було знайдено вбиту людину, суддя з власної ініціативи мав сам проводити розслідування.

¹ Див.: *Balzer O. Porzadek sadow i spraw prawa ormianskiego r. z 1604.* — Lwow, 1912. — S. 12.

Нез'явлення в суд тягнуло за собою відповідальність у вигляді грошового штрафу: перший раз — 3 гроші, другий — 6. Справу розглядали у присутності обох сторін або їх уповноважених. Дружину на суді мали право представляти тільки її чоловік або найближчі родичі чоловічої статі, батько міг представляти інтереси своїх дітей, брат — брата. У разі, якщо вони визнавалися винними, їх представники несли повну юридичну відповідальність.

Вірменський суд був зобов'язаний уважно вислухати обидві сторони, а також свідків у справі, з'ясувати всі обставини справи і постановити об'єктивне та справедливе рішення. Якщо не було свідків у справі, допускалась присяга, яку складали в церкві у присутності вйта, засідателів і нотаріуса (секретаря суду). Показання одного свідка до уваги не брали, свідків мало бути 2—3 і обов'язково вірменської національності. За порушення порядку в суді сторін та свідків суддя міг покарати їх ув'язненням або штрафом.

Рішення суду з цивільних справ та вироки з кримінальних справ не розмежовувались і називались декретами, їх ухвалювали більшістю голосів та скріплювали печаткою із зображенням з прапором і бакалом барана і відповідним написом вірменською мовою. Незадоволені рішенням суду мали право апелювати до польського короля. Виконання декрету входило до компетенції суду. Покараннями могли бути штрафи, тюремне ув'язнення та ін.¹

Під час здійснення правосуддя у вірменській громаді Львова керувалися старовірменським правом, тобто Судебником Мхітара Гоша (1130—1213), який складений у 1184 р. і перевезений з Вірменії на українські землі. Судебник складався зі вступу (11 глав), церковних канонів (124 статті) і світських законів (130 статей)². Джерелами Судебника послужили старовірменське звичаєве право, назване Гошем «природним законом»; закони інших народів (зокрема Грузії), що або діяли, або були відомі у Вірменії до Гоша, Старий і Новий завіти, канонічне право та ін. Головним же джерелом було вірменське звичаєве право.

У процесі здійснення правосуддя іноді виникали суперечності щодо правильності тлумачення норм вірменського права,

¹ Див.: *Кульчицкий В. С.* Осуществление правосудия в армянских поселениях в Прикарпатье // Исторические связи и дружба украинского и армянского народов. — Ереван, 1971. — С. 274.

² Див.: *Армянский судебник Мхитара Гоша* / Пер. с древнеармянского А. А. Паповяна. — Ереван, 1954.

які були складені малозрозумілими для королівської і міської влади Львова вірменською та вірмено-кипчацькою мовами (так називалася мова львівських вірмен. — *Г. Б.*). Крім того, виникали нові економічні відносини, які потребували правового регулювання. У результаті проведеної відповідної роботи 5 березня 1519 р. Сигізмунд I Август затвердив Статут львівських вірмен (*Statuta Juris Armenici*)¹. В історико-правовій літературі деякі вчені називають його скорочено — Вірменський статут або Статут польських вірмен. Статут складався з двох частин: до першої входило 10 статей, до другої — 124². Головним джерелом Статуту був Судебник Мхітара Гоша. Вірменський статут 1519 р. містив норми матеріального права, які регулювали правові відносини вірменської громади Львова та інших вірменських поселень Галичини. Деякі статті Вірменського статуту текстуально збігаються з відповідними статтями Судебника Мхітара Гоша. Так, використання феодалами праці своїх залежних людей Гош вважав необхідністю, оскільки земля і води захоплені багатими і сильними³. Аналогічна постановка цього питання має місце у статті 2 Вірменського статуту. Обидві пам'ятки вірменського права однаково регламентували правила кваліфікації умисного і неумисного вбивства, оголошували звільнення від відповідальності за вбивство нічних злодіїв, передбачали смертну кару за пограбування трупів, встановлювали порядок складання присяги тощо. Разом з тим у Вірменському статуті було ряд статей, яких не було у Судебнику Мхітара Гоша. Так, стаття 118 Вірменського статуту передбачала право вірменина, незадоволеного рішенням вірменського суду, апелювати до польського короля, а стаття 120 визначала склад вірменського суду тощо⁴.

Процесуальні питання регулював складений у першій половині XVI ст. «Порядок судів і справ вірменського права», який складався з передмови, 11 розділів та 132 статей і регулював такі питання: складення присяги, порядок подання апеляції, поря-

¹ Див.: Центральний державний історичний архів України у Львові. — Ф. 131. — Спр. 315. — Арк. 347.

² Див.: *Balzer O.* Statut ormianski w zatwierdzeniu Zygmunta I z r. 1519. — Lwow, 1910.

³ Див.: *Армянский судебник Мхитара Гоша.* — С. 150.

⁴ Див.: *Кульчицкий В. С.* Армянский Судебник Гоша и его применение во Львове // *Исторические связи и дружба украинского и армянского народов.* — К., 1965. — С. 148.

док складення поручительства, заповітів, укладення договорів тощо. Вперше «Порядок...» був опублікований О. Бальцером у 1912 р. в редакції 1604 р., який вважав, що його оригінальний вірменський текст був складений у 1523, 1563 і 1572 рр.¹ На відміну від Вірменського статуту, «Порядок...» не одержав державного затвердження, проте застосовувався у вірменській колонії Львова та інших місцевостях Галичини, де проживали вірмени. Деякі джерела свідчать, що цей своєрідний вірменський процесуальний кодекс не був навіть представлений на затвердження польському королю, і не має жодних доказів про те, що львівські вірмени у будь-який спосіб подавали його на затвердження. Тому можна погодитися з думкою В. Кульчицького, згідно з якою «Порядок...» можна вважати свого роду юридичним посібником, який давав необхідні знання суддям у галузі судочинства².

На початку XVI ст. міська влада Львова поступово почала обмежувати вірменську громаду щодо судового самоврядування. Особливо це проявлялося під час здійснення правосуддя, коли виникали спори щодо розмежування компетенції між міським в'їтівським та вірменським судами. Це призводило до конфліктів між міською владою та вірменською громадою, які вирішувались на користь міської влади декретом короля Казимира Ягелончика у 1469 р. Він ліквідував посаду вірменського в'їта, повноваження якого були передані міському в'їту Львова.

Вірменську старшину очолив ереспохан, тобто керівник церковної громади вірменської міської церкви. Справи у вірменському суді і далі розглядалися на основі вірменського права. Королівський декрет від 25 жовтня 1476 р. визначив порядок судочинства у вірменському суді, зокрема вірменам надавалося право на власний розсуд судитись у в'їтівсько-лавничому суді Львова. Спір між вірменським судом і міською владою мав розглядатися у королівському суді³.

¹ Див.: *Balzer O. Porzadek sadow i spraw prawa ormianskiego r. z 1604.* – Lwow, 1912. – S. 4.

² Див.: *Кульчицкий В. С. Осуществление правосудия в армянских поселениях в Прикарпатье.* – С. 272.

³ Див.: *Привілеї національних громад міста Львова (XIV–XVIII ст.) / Упорядник М. Капраль, наукові редактори Я. Дашкевич, Р. Шуст.* – Львів, 2000. – С. 147–149.

Однак спори між вірменською громадою Львова та міською владою щодо судового самоврядування тривали і далі. Королівськими декретами Сигізмунда I Августа від 2 березня 1510 та 1518 рр. було проведено розподіл кримінальних та цивільних справ між вйтівсько-лавничими судами та вірменським судом. До повноважень міських судів належали найважливіші справи за участю вірмен, зокрема про вбивство, згвалтування, крадіжки, повторне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, спадкові справи¹. Цей перелік був доповнений декретом короля Сигізмунда I Августа у 1523 р. справами про розбої, покарання за які передбачали смертну кару або позбавлення честі, та цивільними справами, що стосувалися нерухомості вірмен².

18 січня 1563 р. Сигізмунд II розглянув скаргу львівських вірмен на бургомістра і райців Львова, які всупереч королівським привілеям, наданим львівським вірменам, втручалися в їх юрисдикцію, припускаючись різних несправедливих вчинків: без відома старшини вірмен ув'язнювали вірмен у міських в'язницях; не давали старшинам слуг для схоплення винних; безпідставно ув'язнювали вірменського присяжного Хому Стецьковича; забороняли суди в справах нерухомого майна та кривавих ран; забороняли купівлю нерухомого майна в місті та передмісті, а також забороняли збори вірмен, додаткове обрання шести старших, крім тих шести, які засідають на суді разом з міським вйтом, і навіть виїзд в інші місця для продажу чи купівлі товарів. Вислухавши обидві сторони та ознайомившись із відповідними привілеями і бажаючи покласти край цим спорам, король разом з радниками вирішив, щоб усі судові справи щодо нерухомого майна вірмен (як у місті Львові, так і поза ним), що були під міською юрисдикцією, розглядалися не старшиною вірмен, а бургомістром, райцями, вйтом та лавниками таким чином: справу нерухомого майна вірмен, яку порушувала особа римського чи будь-якого іншого обряду, розглядали бургомістр, райці, вйт і лавники згідно з магдебурзьким правом. У разі, якщо ця справа порушувалася між самими вірменами, тоді розглядати її повинні ці ж бургомістри і райці згідно з

¹ Див.: Центральний державний історичний архів України у Львові. — Ф. 131. — Спр. 229. — Арк. 331.

² Див.: Привілеї національних громад міста Львова (XIV—XVIII ст.). — С. 169—173, 179—183.

вірменським правом, тому що спадщина вірмен відрізнялася від спадщини за магдебурзьким правом. Поділ спадкового нерухомого майна вірмени здійснювали між собою згідно з своїми правилами. Введення в нерухоме майно проводилося міським війтом і двома вірменськими лавниками, які повинні присягнути перед міським урядом. Всі справи про вбивства, покарання, грабежі як у місті Львові, так і поза містом повинні розглядатися не старшиною вірмен, а бургомістром, райцями, війтом та лавниками на підставі магдебурзького права. Перш ніж ув'язнювати кого-небудь, бургомістр і райці зобов'язані були докладніше вивчити дану справу. Вірмени згідно зі своїм правом повинні обирати 12 старшин; однак на міському суді засідатимуть не більше шести старших з війтом. Вірменам дозволялося також збиратися на наради¹.

Львівські вірмени користувалися судовим самоврядуванням упродовж тривалого часу і після захоплення Галичини Австрією у 1772 р. 24 березня 1784 р. імператор Йосиф II (1780–1790) провів реорганізацію львівського магістрату і передав йому всі справи, які розглядав до того вірменський суд. На вірмен, які проживали у Галичині, зокрема у Львові, було поширено чинність австрійського права. Однак львівські вірмени в процесі введення нової правової системи ще до 1790 р. продовжували здійснювати правосуддя за своїм правом.

Надійшла до редколегії 15.06.02

¹ Див.: Каталог пергаментних документів Центрального державного історичного архіву УРСР у Львові (1233–1799) / Упорядники О. А. Купчинський, Е. Й. Ружицький. – К., 1972. – С. 296–297.

ПИТАННЯ ЮРИДИЧНОЇ ЛОГІКИ

В. Титов, професор НЮА України

Розвиток американської юридичної логіки наприкінці 1950-х — на початку 1960-х років*

Формування юридичної логіки на Заході наприкінці 1950-х — на початку 1960-х років визначалося експансією ідейних установок логічного позитивізму на всю сферу гуманітарних і соціальних наук — від філософії і права до соціології і мистецтвознавства. Хоча «батьківщиною» логічного позитивізму були Австрія, Німеччина і Польща, внаслідок вимушеної еміграції з країн Центральної та Східної Європи його лідерів (Р. Карнап, К. Поппер, Я. Лукасевич, А. Тарський, Г. Кельзен та ін.), центр його розвитку перемістився до англомовних країн, зокрема у США. Тут він знайшов сильну підтримку з боку впливових учених, насамперед філософа Морріса Р. Коена і його сина-юриста, Фелікса Коена.

Зростанню впливу логічного позитивізму сприяли колосальні успіхи в математиці, теоретичній фізиці, обчислювальній техніці, кібернетиці, математичній теорії ймовірностей та ігровій теорії економічної поведінки, яких просто не могло б бути без спроб реалізації запропонованої представниками цього філософського напрямку фундаментальної ревізії самої логіки наукового дослідження. Нагадаємо, що остання припускала виявлення основних понять і постулатів, способів опису і пояснення реальності, нарешті, побудови наукових теорій та їх перевірки¹.

* Матеріали для цієї статті зібрано під час стажування автора в США в 1997 р. за підтримки Міжнародної Ради обмінів і наукових досліджень (IREX).

¹ Див., напр.: *Carnap R. Meaning and Necessity*, Chicago, 1947 (рос. переклад: *Карнап Р. Значение и необходимость. Исследования по семантике и модальной логике.* — М., 1959).

У США ідеї логічного позитивізму і його своєрідного продовження у критичному реалізмі¹ в поєднанні з загальним інструментально-прагматичним настроєм і власною традицією дослідження некласичних (індуктивних, багатозначних і модальних) логік, що йшла ще від Ч. С. Пірса, Е. Поста та особливо К. І. Льюїса², привели Л. Льовінджера до формування концепції нової міждисциплінарної галузі знання — так званої «юриметрії» (jurimetrics)³. У ній йшлося про встановлення формальних параметрів юридичного міркування в найбільш широкому спектрі — від кількісного узагальнення гігантського масиву⁴ і структурного аналізу процесу прийняття судових рішень до законопроекування⁵. Міждисциплінарний підхід на той час уже досить добре зарекомендував себе при реалізації Манхеттенського проекту з розробки атомної зброї в 1942–1945 р.р., Гарвардського проекту з уніфікації законодавства в 1950-і роки, нарешті, при дослідженні соціально-групового ефекту нормативного регулювання, здійсненого на замовлення Військово-морського флоту США⁶.

Спочатку ця галузь знання фокусувалася на юридичній логіці і машинній обробці судових даних. Л. Льовінджер характеризував її таким чином: «Соціальному використанню свідомого методу розуму (або сучасної логіки) властиве припущен-

¹ Див.: *Popper K. R. The Logic of Scientific Discovery.* — NY, 1959 (рос. переклад: *Поппер К. Логика научного исследования.* — М., 1987).

² Див.: *Lewis C. I. A Survey of Symbolic Logic.* Berkeley (Calif.), 1918; *Lewis C. I. Mind and the World Order.* — NY., 1929; *Lewis C. I. Logic and Pragmatism // Contemporary American Philosophy*, ed. by G. P. Adams and W. P. Montague. — N. Y., 1930; *Lewis C. I. and Langford C. H. Symbolic Logic.* — N. Y., 1932; *Lewis C. I. Experience and Meaning // Philosophical Review.* — 1934. — Vol. 3. — P. 125–146.

³ Див.: *Loevinger L. Jurimetrics // Minnesota Law Review.* — 1949. — Vol. 33. — P. 455–488.

⁴ На той час понад 30 млн судових прецедентів англійського та американського права, близько 2 млн федеральних і місцевих статутів, до того ж кожен рік додавалося приблизно 25 тис. опублікованих рішень судів, а також 2 тис. нових статутів (Див.: *Jurimetrics Journal.* — 1966. — Vol. 8. — № 1. — P. 36).

⁵ Див.: *Baad H. Foreword to «Jurimetrics Symposium» // Law and Contemporary Problems.* — 1963. — Vol. 27. — P. 1; *Kayton C. Can Jurimetrics be of Value to Jurisprudence? // The Georgetown Law Review.* — 1964. — Vol. 33. — P. 288.

⁶ Див.: *Anderson A. R. The Formal Analysis of Normative Systems. Technical Report No.2, Contract No 2, SAR nonr-609/16. Office of Naval Research: Group: Psychology Branch. New Haven, Conn., 1956. Reprinted in: The Logic of Decision and Action (ed. N. Rescher), Pittsburgh, 1967. — P. 147–213.*

ня, що дослідження, обговорення і переконання можна здійснити з достатньою точністю і знанням предмета, щоб досягти суспільної згоди принаймні в деякій галузі. У цьому полягають теорія і метод демократії. Це також теорія і метод юриметрії. Застосування сучасної логіки на практичному рівні не вимагає прийняття всіх її теоретичних результатів. З іншого боку, юриметрія, як й інші сучасні варіанти «експериментальної юриспруденції», обов'язково вимагає юридичної логіки...»¹

Льовінджер явно полемізував з «ультрареалістами», які висловлювали протилежний погляд, що спроби логічного і кількісного аналізу процесу публічного дослідження доказів, судової дискусії і переконання є неефективними, тому що всі параметрично-суттєві значення фактично розуміються кожним суддею не тільки і не стільки в логічний, скільки в соціально-доцільний і навіть психологічно-інтуїтивний спосіб. Оскільки логіка не надає раціональних засобів оперування з індивідуальними розходженнями інтуїтивних сприйнять, остільки виникаючі конфлікти можуть бути вирішені лише за допомогою відсилання до більш авторитетної інтуїції суду вищої інстанції.

Подібні міркування знаходили співчутливий і широкий відгук у 30–40 роки, але з настанням комп'ютерної ери і сполученим з нею поширенням логічної методології в 50–60-ті роки вони морально застаріли. Завдяки ініціативі Л. Льовінджера з 1959 р. почав видаватися журнал *Сучасні застосування логіки в праві* — *Modern Uses of Logic in Law (MULL)*, що з 1966 р. і по теперішній час виходить під назвою *Jurimetrics Journal*.

Цей журнал не тільки зібрав навколо себе колектив авторів, які представляють різні дисципліни — логіку, правознавство, математику, кібернетику, системотехніку, лінгвістику тощо. Є підстави вважати, що публікації та переговори, які передували його появі, стимулювали сплеск інтересу до юридичної логіки як у самих США, так і в Західній Європі². Втім, у Європі на той

¹ *Loevinger L. An Introduction to Legal Logic // Indiana Law Journal. Summer, 1952. — Vol. 27. — No 4. — P. 519–520.*

² Див.: *Ross A. On Law and Justice. — London, 1958; Moritz M. Uber Hiohfelds System der juridischen Grundbegriffe. — Lund, 1960; Kalinowski J. Introduction a la logique juridique. — Paris, 1965; Klug U. Juristische Logik. — 2 te Aufl. — Berlin, 1963; Schreiber R. Logik des Rechts. — Berlin, 1962; Etudes de logique juridique. — Vol. II: Droit et Logique. Les lacunes en Droit, Bruxelles: Travaux du Centre Nationale de Recherches de Logique, 1967; La Logique et le Droit // Logi-*

час під впливом правових теорій О. Ерліха, Е. Маллі, І. Раї, Г. Кельзена, Н. Боббіо, Х. Перельмана і особливо Г.-Х. фон Врігта вже склалася власна традиція дослідження юридичної логіки, зосереджена на аналізі норм, дій і аргументів¹. Однак юриметричне пов'язування логіки норм (чи деонтичної логіки) з комплексними дослідженнями базових правових цінностей² і широкого законодавчого, політичного і соціально-філософського контексту стали ще одним додатковим стимулом для розвитку юридичної логіки³.

Слід зазначити, що в Західній Європі розвиток юридичної логіки в різних країнах набув відчутної специфіки: у Франції взяв гору структуралістський напрямок аналізу системи і галузей права⁴; у Бельгії і почасти в Нідерландах (амстердамська школа) зосереджена на неформальній судовій аргументації «нова риторика» Хаїма Перельмана; у Німеччині, Австрії та Італії — напрямок, що тяжіє до змістовної герменевтичної традиції, а в Британії та скандинавських країнах — до поглибленого аналітичного дослідження

que et Analyse. — April 1967. — № 37; *Tammelo I.* Outline of Modern Legal Logic. — Wiesbaden, 1969; *Weinberger O.* Rechtslogik. — Wien, 1970; *Porn I.* The Logic of Power. — Oxford, 1970 etc.

¹ Див.: *Ray L.* Essai sur la structure logique du Code civil francais. — Paris, 1926; *von Wright G. H.* Deontic Logic // *Mind*, n. s. 1951. — Vol. 60. — P. 1—15; *von Wright G. H.* An Essay in Modal Logic. — Amsterdam, 1951; *Hintsikka J.* Quantifiers in Deontic Logic // *Societas Scientiarum Fennica, commentationes humanarum litterarum* 23: 4. — Helsinki, 1957; *von Wright G. H.* A New System of Deontic Logic // *Danish Yearbook of Philosophy*. — 1964. — Vol. 1. — P. 173—182; *von Wright G. H.* The Logic of Practical Discourse // *Contemporary Philosophy: Logic and Foundations of Mathematics* (ed. R. Klibansky). — Florence, 1968. — P. 141—167; *Maillet J.* Formalisme et formes juridiques // *Annuaire de la Justice de la République algérienne*, 1966—1967. — P. 177—202; *Granger G.-G.* Pensée formelle et sciences de l'homme. — 2 e éd. — Paris, 1967 etc.

² Див.: *Davitt Thomas E.* The Basic Values in Law A Study of the Ethico-Legal Implications of Psychology and Anthropology // *Transactions of the American Philosophical Society Held in Philadelphia for Promoting Useful Knowledge*, 1968 (New Series). — Vol. 58. — Pt. 1—144 p.

³ Див.: *Anderson A. R.* Logic, Norms and Roles // *Ratio*. — 1962. — Vol. 4. — P. 36—49; *Kenny A.* Action, Emotion, and Will. — London, 1963; *Cartwright D.* Influence, Leadership, and Control // *Handbook of Organization* (ed. J. G. March). — Chicago, 1965. — P. 1—47; *Kanger S.* and *Kanger H.* Rights and parliamentarism // *Theoria*. — 1967. — Vol. 37. — P. 85—115 etc.

⁴ Див.: *Arnaud A.-J.* Structuralisme et Droit. Notes de lecture et directions de recherche. — Paris, 1968.

нормативно-деонтичного компонента права, зокрема, співвідношення імперативів і дій¹, судових рішень і переваг².

У наші дні цікаво порівняти сплеск захоплення в ті роки юридичною логікою і юриметрією на Заході з його оцінкою найбільш відомим і визнаним на той період у СРСР представником юридичної логіки проф. А. Старченком³. Привертаючи увагу до юриметрії (він називав її «правометрією»), А. Старченко вбачав «серйозну суперечність між філософією права як теоретичною основою правової ідеології США і результатами ... так званих право-метричних досліджень»⁴. Зокрема, визнаючи технологічне значення залучення методів сучасної математичної статистики і символічної логіки для оброблення юридично значущої інформації, А. Старченко вважав, що саме застосування сучасних інтелектуальних технологій сприяло «самовикриттю традиційного міфу» про об'єктивність американського правосуддя. Адже статистичне оброблення однотипних судових справ, що при теоретичних припущеннях як рутинного підве-

¹ Див.: *Chellas B.* 1969. *The Logical Form of Imperatives.* – Stanford, 1969; *Davidson D.* *The Logical Form of Action Sentences // The Logic of Decision and Action* (ed. N. Reicher). – Pittsburgh, 1967. – P. 81–95; *von Wright G. H.* *Norm and Action*, London, 1963; *von Wright G. H.* *Logic of Action // The Logic of Decision and Action* (ed. N. Reicher). – Pittsburgh, 1967. – P. 121–136.

² Див.: *Wasserstrom Richard A.* *The Judicial Decision. Toward A Theory Of Legal Justification.* – Stanford, 1961; *Arrow K. J.* *Social Choice and Individual Values.* – 2nd ed. – N. Y., 1963; *Danielsson S.* *Preference and Obligation.* – Uppsala, 1968; *Hilpinen S.* *On the Logic of «Better».* – Lund, 1957; *Hansson B.* *Fundamental Axioms for Preference Relations // Synthese.* – 1968. – Vol. 18. – P. 423–442; *Hansson B.* *Choice structures and preference relations // Synthese.* – 1968. – Vol. 18. – P. 443–458; *Hansson B.* *Group Preferences // Econometrica.* – 1969. – Vol. 37. – P. 50–54; *Hansson B.* *Voting and Group Decision Functions // Synthese.* – 1969. – Vol. 20. – P. 443–458; *Kanger S.* *Präferenzlogik // Nio filosofiska studier tillagnade Konrad Marc-Wogau* (ed. Hj. Wermerberg). – Uppsala, 1968; *Luce R. D.* and *Raiffa H.* *Games and Decisions.* – 1957; *Luce D., Suppes P.* *Preference, Utility and Subjective Probability // Handbook in Mathematical Psychology.* – Vol. 3 (Eds. R.D.Luce, R.R.Bush and E. Galanter), 1965; *Reicher N.* *Semantic Foundations for Logic of Preference // The Logic of Decision and Action* (ed. N. Reicher). – Pittsburgh, 1967 etc.

³ Див.: *Старченко А. А.* *Логика в судебном исследовании.* – М., 1957; *його ж:* *Философия права и принципы правосудия в США.* – М., 1969; *Кирилов В. И., Старченко А. А.* *Логика.* – 5-е изд. – М., 1999.

⁴ *Старченко А. А.* *Философия права и принципы правосудия в США.* – С. 78.

дення часткового випадку під загальну норму (юридичний силогізм), так і при зовнішнім дотриманні принципу *stare decisiis* (прецедентна аналогія) знайшло величезний розкид у фактичних судових рішеннях, що відбулися. Але задовго до появи юриметрії про це багато говорили і писали Холмс, Паунд, Дьюї і Кардозо, а також усі правові реалісти, які більш-менш незалежно один від одного дійшли однакового розуміння неможливості повного усунення зовнішнього соціально-політичного впливу і суб'єктивно-особистісного моменту в процесі ухвалення судового рішення і визнання необхідності їх обліку і мінімізації. Йшлося, по суті, про зміну правової теоретико-пізнавальної парадигми з орієнтації на *об'єктивну істину* (повна і безособистісна відповідність судового рішення фактам і аргументації), що обов'язково повинна бути виявленою в ході судового розгляду, на *інтерсуб'єктивність цієї істини* — як вона *тут і тепер* бачиться суддям і присяжним у світлі наявних у них доказових даних. Саме за цю зміну і критикував А. Старченко американську філософію права і систему правосуддя: «...категорія об'єктивності тлумачиться в буржуазній юридичній літературі, як правило, не в плані гносеологічному, при якому об'єктивність виступає синонімом достовірного пізнання, чи об'єктивної істини, а у вузькоєтичному плані як суддівська неупередженість, коли в процесі ухвалення рішення зводяться до мінімуму персональні схильності і суб'єктивні особливості судді як особистості»¹.

На відміну від багатьох аналогічних екскурсів у американську філософію того часу це не було декларативно-огульною критикою. А. Старченко з глибоким знанням матеріалу дуже повно і сумлінно виклав висунуті провідними американськими авторами (Б. Кардозо, Дж. Френк, Г. Ласвелл та ін.) найбільш значущі аргументи «за» і «проти» як домінуючої в американській юриспруденції концепції судового розсуду, так і власне юриметрії, переваги і перспективи якої були далеко не ясні в ранній період комп'ютерної революції. Більше того, А. Старченко у своїй критиці загально-гносеологічних, філософсько-правових і навіть класово-політичних аспектів американської правової системи часто був навіть менш різким, ніж цитовані ним американські автори.

Однак при всій особистій повазі до автора цієї критичної оцінки і повному розумінні ідеологічної складності тих історич-

¹ Див.: Старченко А. А. Філософія права и принципы правосудия в США. — С. 80–81.

них умов, у яких вона була зроблена, дозволимо з її приводу висловити кілька контр-розумінь, тим більше, що вона типова не тільки для літератури радянського, а й сучасного періоду розвитку української та російської філософії права і теорії судового дослідження доказів. Йдеться саме про проблему істини, в інтерсуб'єктивному і соціально-детермінованому і релятивному трактуванні якої позиція цитованих А. Старченком американських авторів видається більш переконливою.

Так, радянському досліднику здавалося невірним розуміння об'єктивності одним із широко визнаних у США корифеїв, членом Верховного Суду Бенджаміном Кардозо. Адже, вказуючи на позаособистісні чинники, що впливають на прийняття конкретного судового рішення (прецедент, логіку, звичай та соціальний добробут), Кардозо вважав, що саме посилення на них найбільшою мірою дозволяє проявитися суб'єктивним відхиленням. На його думку, в судовому процесі можна уникнути суб'єктивності тільки шляхом контролю судді присяжними, що врівноважують «ексцентричності» суддів¹.

Менш оптимістично оцінювали перспективу порятунку від суб'єктивних флуктуацій у суддівських рішеннях правові реалісти (Дж. Френк, М. Лассвелл, К. Левеллін та ін.), наполягаючи на неминучості їх появи². Так, Дж. Френк писав: «Численні індивідуальні риси судді, його характер і звички часто впливають на його рішення не тільки при оцінці встановлених фактів з погляду їх правомірності і справедливості, а й на сам пізнавальний процес, за допомогою якого він переконується, що ці факти дійсно існують»³. До цих індивідуальних параметрів американські автори відносили темперамент, освіту, середовище та особистісні особливості судді, його етнічну, конфесійну і навіть партійну належність тощо⁴. Як ми вже показували рані-

¹ Див.: Там само. — С. 81. А. Старченко посилався на класичну працю *Cardozo B. The Nature of Judicial Process.* — P. 18, 44.

² Див.: *Frank J. Courts on Trial.* — P. 328; *Lasswell H. Power and Personality.* — N. Y., 1948. — P. 64.

³ *Frank J. Law and the Modern Mind.* — New Haven, 1930. — P. 119.

⁴ Див.: *Everson H. The Human Element in Justice.* // *Journal of Criminology.* — 1958. — Vol. 10. — P. 90; *Nagel S. Political Party Affiliation and Judges Decisions* // *American Political Science Review.* — 1961. — Vol. 55. — P. 843; *Nagel S. Ethnic Affiliations and Judicial Propensities* // *Journal of Politics.* — 1962. — Vol. 24. — P. 92–110.

ше, Фелікс Коен навіть спробував дати теоретичне пояснення істотно різних судових рішень у однотипних справах, обумовлених суб'єктивними особливостями суддівських підходів, а не об'єктивними обставинами справи в дусі популярної тоді у фізиці ідеї побудови єдиної теорії поля¹.

Звичайно, для А. Старченка, вихованого у філософській традиції діалектичного матеріалізму з її офіційною установкою на об'єктивність істини, встановлюваної в судочинстві, був принципово неприйнятний реалістичний висновок С. Улмера: «При будь-якому обговоренні наукового методу в правовому дослідженні із самого початку слід визнати, що метою судового процесу не завжди є знання. Фактично судовий процес різними способами активно стримує пошук «істини». ... Юристи шукають перемогу, а не істину... Судовий процес виконує іншу функцію, ніж «пошук істини», а саме соціальну функцію організації дебатів, коли інші методи примирення зазнали невдачі»². Улмер наполягав на тому, що при ухваленні рішення суддя виходить з того, що справа так чи інакше повинна бути вирішена, незважаючи на те, чи є докази достатніми для «наукового» висновку. Насправді «дослідники фактів» у суді не зв'язані правилами логічної послідовності, а самі факти в судовому процесі можуть бути перекручені, щоб забезпечити досягнення прихованої мети. Суб'єктивізм судового розсуду може бути обмежений тільки завдяки наполегливому вдосконаленню процесуальної регламентації, а не загальними закликами до пошуку істини і до логічної коректності³. З погляду іншого дослідника, В. Зелермайера, судові спори можна порівняти з процесом природного відбору, в якому перемагають не логічно-правильні, а найбільш вагомі і соціально привабливі аргументи⁴.

А. Старченко цілком справедливо критикував американську систему правосуддя за подібний суб'єктивізм, що задовго до

¹ Див.: *Cohen F. Field Theory and Judicial Logic // Yale Law Journal. – 1950. – Vol. 59. – P. 238*; Титов В. Судова логіка в контексті гіпотези правового поля у Фелікса Коена // Вісник Академії правових наук України. – 2002. – № 2(29). – С. 133–144.

² *Ulmer S. Scientific Method and the Judicial Process // The American Behavioral Scientist. – 1963. – Vol. VII. – № 4. – P. 21* (цит. за *Старченко А. А. Філософія права і принципи правосуддя в США. – С. 82*).

³ Див.: Там само.

⁴ Див.: *Zelermeyer W. Legal Reasoning. The Evolutionary Process of Law. – N. Y., 1960* (наводиться за: *Старченко А. А. Філософія права і принципи правосуддя в США. – С. 84*).

нього був і донині залишається предметом жорсткої критики з боку філософів права і навіть суддів у самій Америці. Але не слід, на наш погляд, забувати головну обставину: суддівський суб'єктивізм є та ціна, яку доводиться платити всьому суспільству за справжній, а не декларативний (якщо навіть не сказати *декоративний*) поділ законодавчої, виконавчої та судової влади, зокрема за незалежність і верховенство останньої. Якщо вже протиставляти об'єктивізм суб'єктивізму, то слід нагадати історію радянського правосуддя, в якій було куди більше прикладів саме суб'єктивізму, мотивованого «об'єктивними» ідеологічними установками.

Наївно думати, що практичні американці з їх ледве чи не релігійним культом свободи та особистих прав стали б миритися із судовим суб'єктивізмом і його неминучими наслідками — необхідністю апеляцій, матеріальними витратами, витратою часу, моральним збитком і т. ін., якби бачили гідну альтернативу вільному суддівському розсуду. Саме свобода і влада судді дозволяють виносити рішення в кожному окремому випадку, що найчастіше прямо не передбачений, та й не міг бути передбачений законом, керуючись не стільки літерою закону, скільки духом конституції. Тому, не вимагаючи скасувати свободу суддівського розсуду, представники юриметрії прагнули (і прагнуть) розібратися у внутрішніх причинах появи небажаних для суспільства «ексцентричностей» суддівських рішень.

Першим і цілком природним кроком на цьому шляху була кількісна оцінка суб'єктивних чинників та їх розподілу в судових рішеннях¹. Як визнав сам А. Старченко, «представники правометрії ставлять своїм завданням виявлення за допомогою кількісно-статистичних методів зазначених чинників, щоб використовувати одержані результати на практиці. На їх думку, емпіричні узагальнення можуть використовуватися, з одного боку, самими судьями з метою самовдосконалення і вироблення типових для даного суду стандартів поведінки, а з іншого боку, адвокатами з метою передбачення і пророкування клієнтурі практично можливих наслідків судового розгляду»². Але поста-

¹ Див.: *Schubert G. Quantitative Analysis of Judicial Behavior.* — Glencoe, 1959; *Schwartz R. Judicial Objectivity and Quantitative Analysis // Modern Uses of Logic in Law* (далі — MULL). — Sept. 1963. — P. 141.

² *Старченко А. А. Философия права и принципы правосудия в США.* — С. 85.

новка цього завдання не тільки витримана в стилі «позитивно-прагматичної методології», вона цікава та практично важлива для будь-якого професійного юриста.

Яке ж відношення має логіка до цих специфічних проблем? Безпосереднє, причому не слід вважати, що єдино придатним логічним методом судового дослідження є дедукція (юридичний силізм, як у континентальній системі права) або навіть аналогія (для прецедентної системи)¹. Слід враховувати евристичне значення індуктивно-статистичних узагальнень значущих ознак (параметрів), що дозволяють робити науково (тобто *об'єктивно*) обґрунтовані прогнози. Логіка тут, зрозуміло, не претендує на чільну роль — її справа забезпечити максимальну надійність індуктивного висновку, тоді як самі параметри відбираються професійними експертами-юристами.

Знов-таки, у доборі найбільш значущих змістовних параметрів юристи також можуть скористатися заснованим на тій же індукції методом контент-аналізу, що добре зарекомендував себе в лінгвістиці і соціології і дозволяє здійснити частотне ранжирування цих параметрів відповідно до їх реального розподілу в юридичних документах².

Так, адвокат Р. Лоулор³ запропонував формалізувати рішення судді шляхом булевої функції, аргументами якої є об'єктивні і суб'єктивні чинники справи. Але вже відносно прості індуктивно-статистичні узагальнення рішень, постановлених конкретними суддями, дозволили досить надійно прогнозувати їх майбутні рішення⁴, тим самим допомагаючи юристам-практикам розробляти стратегію судових процесів. Практичне значення подібних розробок було по достоїнству оцінено Американською асоціацією адвокатів (American Bar Association), яка підтримала юриметричні дослідження⁵.

¹ Цієї точки зору додержувався професор Едвард Х. Леві (див.: *Levi E. The Nature of Judicial Reasoning // The University of Chicago Law Review.* — 1963. — Vol. 32. — No. 3 б. — P. 395–409).

² Див.: *Kort F. Content Analysis of Judicial Opinions and Rules of Law // Judicial Decision-Making*, ed. by G. Schubert. — N. Y., 1963. — P. 37.

³ Див.: *Lawlor R. C. Foundations of Logical Legal Decision Making // MULL.* — June 1963. — P. 98.

⁴ Див.: *Nagel S. Statistical Prediction of Verdicts and Awards // MULL.* — Sept. 1963. — P. 5–15.

⁵ Див.: *Eldridge W. B. The American Bar Foundation Project // MULL.* — Sept. 1965. — P. 129.

Інший напрямок у юриметрії був пов'язаний з формалізацією правових текстів, що дозволяє здійснювати аналіз уже ухвалених судових рішень і, зокрема, виявляти помилки в судовій інтерпретації як одержаних у ході розгляду справи даних, так і нормативних актів і прецедентів. Наприклад, адвокат Д. Делагрейв¹, використовуючи запропонований логіком В. Куайном² символіко-логічний апарат і дипломатично уникаючи невдоволення сучасників, проаналізував деякі хрестоматійні рішення, винесені такими авторитетними суддями, як Дж. Мур (1830) і Б. Кардозо (1930). Зокрема, він виявив, що Мур і Кардозо (які навряд чи знали про існування символічної логіки і можливості її застосування до права) не розрізнявали слабкої (із сполучником «або») і точної («або — або») диз'юнкції, плуталися в запереченнях антецедентів і консеквентів при формулюванні висновків за схемами *Modus Ponens* і *Modus Tollens* умовних силогізмів. Зрозуміло, що ці помилки потім вплинули на ухвалення позитивного або негативного рішення у розглянутих справах. Аналогічні помилки Делагрейв знайшов і у творах сучасних йому теоретиків. Закінчуючи свою статтю, він мав підстави стверджувати: «Те, що багато коментаторів високого рангу роблять логічні помилки, обумовлено низьким статусом цієї дисципліни в підготовці професіоналів»³. Поділяючи цей висновок, багато інших авторів з початку 1960 р. також стали обговорювати питання про поліпшення сучасної логічної підготовки юристів. Результати цієї дискусії заслуговують на окремий розгляд, тим більше що висловлені в її ході точки зору і методологічні підходи відтворюються у наші дні вже на вітчизняному ґрунті.

Надійшла до редколегії 15.05.02

¹ Див.: *Delagrave D. J. Can the Formulas of Modern Logic Help Solve. Legal Problems? // MULL. — Sept. — 1964. — P. 50–60.*

² Див.: *Quine W. V. O. Methods of Logic. — N. Y., 1955.*

³ *Delagrave D. J. Can the Formulas of Modern Logic Help Solve. Legal Problems? — P. 60.*

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

І. Спасибо-Фатєєва, професор
НЮА України

Сучасні проблеми корпоративного управління в Україні

Корпоративне управління нині стало однією з «модних» тематик, яка привертає увагу теоретиків і практиків. Коло проблем, що охоплюються поняттям «корпоративне управління», є настільки значущим, що для їх вирішення потрібно багато зусиль фахівців і науковців. До складу цих проблем входять не тільки безпосередньо питання корпоративного управління у вузькому розумінні, а й їх поєднання з суміжними інституціями, без яких корпоративне управління як таке існувати не може. Це організація діяльності фондового ринку, залучення і використання фінансових ресурсів у вигляді інвестування, становлення ринку корпоративного контролю, вдосконалення процесів банкрутства, податкової системи, конкурентного законодавства тощо.

Зарубіжні експерти і правники відмічають повну відсутність будь-яких систем корпоративного управління в країнах Центральної та Східної Європи на момент перетворень в їх економіці. Це вони виводять із того, що особливості корпоративного управління і стан економіки є взаємно впливаючими, що чітко спостерігається в перехідній економіці зазначених держав¹.

Цей висновок впливає із дійсного економічного середовища, в якому, зокрема, знаходилася Україна з 20-х років майже по кінець минулого сторіччя. Так, за радянських часів панувала

¹ Див.: *Колін Мейер*. Корпоративное управление в условиях рыночной экономики и экономики переходного периода // Корпоративное управление: владельцы, директора и наемные работники акционерного общества / Под ред. М. Хесселя. – М., 1996. – С. 40.

жорстка структура економічних стосунків, яка в подальшому набула назви «адміністративно-командної системи», що і зумовило такі ж жорсткі методи управління з повною відсутністю їх побудови на тих принципах, які відтепер ми мусимо застосовувати заново. Одержавлення економіки позначилося на одержавленні управління, яке не розумілося порізно з державним управлінням взагалі і стосувалося виключно адміністративно-державних способів регулювання і впливу на економіко-правові відносини в господарській сфері (або, як говорили раніше, в народному господарстві).

Наприкінці 80-х років ХХ ст. державне управління в цій сфері майже не зазнало змін, але з'явилися паростки, що поступово створили умови для формування корпоративного управління. Це було породжено започаткуванням кооперативного руху. Кооперативи тоді створювалися при державних підприємствах, керівникам яких доводилося брати участь в управлінні не тільки своїм підприємством, а й кооперативом. Звідси — змішування підвалин управління в державно-кооперативних юридичних осіб, які стали виникати пізніше.

Продовженням поширення навичок корпоративного управління стали орендні відносини і діяльність так званих «малих підприємств», які розгорнулися слідом за кооперативним рухом. Орендні відносини мали в той час свою специфіку порівняно з сучасними відносинами з оренди і були своєрідною формою господарювання. Вони, а також малі підприємства поряд із кооперативами закладали підґрунтя для виникнення ринкових відносин і нових засобів управління.

Такі три напрямки розгортання нових видів відносин у свою чергу позначилися й на управлінських засадах державних підприємств, на яких стало значно більше приділятися уваги ролі трудового колективу (часто лише декларативно), обранню ним керівника з практичною відсутністю контролю за його діями, бо передбачений Законом України «Про підприємства в Україні» механізм створення правління або ради підприємства (ст. 14) і органів трудового колективу (ст. 15) не був ефективним засобом контролю.

Всі попередні «зачаткові» форми корпоративних відносин набули свого розвитку з прийняттям Закону України «Про господарські товариства», значення якого на той час важко було

переоцінити, оскільки ним запроваджувалися не диковинні мутанти, якими були пострадянські економіко-правові форми юридичних осіб, а суб'єкти ринкових відносин, відомі у світі. З їх виникненням стали поступово складатися ті відносини, які надалі вже можна охарактеризувати як корпоративні, а управління в них — як корпоративне.

Новий поштовх корпоративні відносини одержали з поширенням приватизаційних процесів і перетворенням державних підприємств на акціонерні товариства. Проте це скорегувало становлення форм корпоративного управління і несло не тільки позитивні, а й певною мірою негативні засади, які проявилися в такому.

Керівником акціонерного товариства (далі — АТ), створеного при приватизації, призначався керівник державного підприємства. Поряд із тривалістю процесу приватизації кожного державного підприємства це свідчило про усталений намір якнайдовше затягнути не тільки процес переходу права власності (на майно і акції), а й права на управління в АТ до нових осіб, не контрольованих державою. Вже за ці часи стало зрозумілим, що управління і власність різняться. Власність на майно держава передала створеному АТ, залишивши за собою управління і отримавши кошти за своє майно. Внаслідок цього держава одержала кошти до бюджету, нічого не втративши в управлінні тим майном, яке вже їй не належало. Тобто зміни власності і форми юридичної особи фактично не позначилися на відносинах управління. Придбання ж акцій у процесі приватизації призвело до розуміння того, що вони фактично не надають їх власникам тих прав і можливостей, які в них втілені. Це сталося тому, що:

— акції (за загальним правилом) неможливо продати і одержати за них кошти в зв'язку з відсутністю на них попиту та й фактично непрацюючим ринком цінних паперів (за винятком ліквідних акцій або акцій тих АТ, в управлінні яких є зацікавленість у конкретних осіб). Особливого ажіотажу серед акціонерів це не викликало, оскільки, як правило, придбавалися акції не за власні кошти, а за приватизаційні майнові сертифікати;

— дивіденди на акції практично не одержувалися внаслідок неприбуткової діяльності АТ. Це також було зрозуміло спочатку, бо навряд чи можлива ситуація, коли при такому ж стані управління (справами, майном, підприємницькою діяльністю,

капіталом), що і на державному підприємстві, раптом все зміниться і АТ, не одержавши грошей від продажу його акцій, розпочне прибутково працювати. Зрозуміло, це неможливо, оскільки ніяких новел в управлінських рішеннях очікувати в цьому становищі не доводиться;

— дрібні акціонери зневірилися і в реалізації ними своїх немайнових прав (участі в загальних зборах), які повсюдно порушуються. Їх не допускають до участі в загальних зборах через всілякі виверти. Та й інтересу у дрібних акціонерів брати в них участь фактично не існує, оскільки їх голос не має ніякого значення і до того ж у них відсутній істотний стимул — занепокоєність за кошти, які в більшості такі акціонери не платили за акції і тому за великим рахунком їм байдуже, що буде з їх акціями.

Наведене свідчить про наявність в Україні специфіки корпоративного управління, яке увібрало в себе негативні аспекти приватизації, зокрема:

— тривалість приватизаційних процесів і тому — перебільшеність корпоративного управління на цих етапах;

— залишення певних пакетів акцій у держави, управління якими здійснюватиметься або державним службовцем, або уповноваженою особою на підставі укладеного з органом приватизації договору;

— намагання одержати доступ до корпоративного управління шляхом зосередження в одних руках якомога більше голосів за довіреностями від дрібних акціонерів та деякі інші.

Очевидні сьогодні й очікувані в майбутньому труднощі в становленні належних рівнів корпоративного управління в Україні обумовлені багатьма чинниками. Це, зокрема:

— пов'язаність із тенденціями на міжнародних фондових ринках, до яких Україна все більш отримуватиме доступ;

— поступове пристосування до світового ринку капіталу, який зазнає все більшої глобалізації, і через це — участь у відповідних системах для його обслуговування (фінансового, технологічного, інформаційного та інших порядків);

— інтернаціоналізація та регіоналізація регулювання фондових ринків і корпоративного управління з набуттям значущості додержання єдиних принципів щодо цих питань.

Зазначені чинники мають загальнопринципове значення для розбудови національних економіко-правових механізмів

корпоративного управління, які в свою чергу повинні врахувати:

— універсалізацію діяльності з корпоративного управління, яка будується за загальними правилами і мало чим відрізняється в національному забарвленні. Цьому не суперечить висловлення про окрему специфіку становлення корпоративного управління в Україні, яка тим більше підлягає знівелюванню при застосуванні загальних підходів у цій сфері. Чим більше ми будемо замислюватися над «урахуванням національних особливостей» (або під цією маркою псувати усталені підходи в регулюванні корпоративного управління, які зарекомендували себе позитивно у різних державах з різним рівнем економіки і станом ринкових відносин), тим довше триватиме нісенітниця в цих сферах, використання недосконалості чинного законодавства для вдосконалення варіантів порушень прав і акціонерів, і очікувань держави в кінцевому рахунку. І тим довше ми будемо залишатися викинутими зі світових правових і економічних конструкцій на фондовому і товарних ринках;

— виникнення утворень і становлення фінансових інститутів, які спроможні надавати своїм клієнтам повний спектр фінансових і посередницьких послуг, включаючи послуги на ринках цінних паперів, на управління пакетами акцій тощо. Такі конструкції і відповідні ринки послуг, по-перше, сприяють якнайефективнішому використанню власниками своїх прав: акціонерів — на акції, акціонерних товариств — на капітал; по-друге, істотно зміщують акценти із традиційного для нашого праворозуміння і законодавства права власності на цивільно-правове управління з його найбільшим проявом у корпоративному управлінні;

— поєднаність корпоративного управління з інвестуванням, а тому — відповідних механізмів правового регулювання. На тлі намагання залучення іноземних інвестицій, зростання ролі інституційних інвесторів (інститутів спільного інвестування, недержавних пенсійних фондів, страхових компаній) у здійсненні інвестицій слід враховувати механізми, вироблені відповідним законодавством, у тому числі знов-таки міжнародними принципами і діловими звичаями.

Отже, завдання створення ліквідного, надійного та прозорого фондового ринку не мислиться без одночасного створен-

ня належних основ корпоративного управління, які разом мають забезпечити:

- надходження інвестицій в економіку України;
- ефективність системи захисту прав та інтересів інвесторів, як вітчизняних, так і іноземних;
- сприятливі умови для розвитку інститутів спільного інвестування;
- розбудову системи торгівлі цінними паперами та обліку права власності на цінні папери;
- належну реалізацію прав, що надаються цінними паперами;
- конкурентоспроможність фондового ринку України взагалі з подальшою його інтеграцією в міжнародні ринки капіталу і конкурентоспроможність українських цінних паперів зокрема.

Отже, вище доведено складність проблематики корпоративного управління і взаємопов'язаність її з суміжними інституціями, які вкупі і покликані вирішити більш значний пласт економічних і правових проблем. На їх розв'язання спрямовано прийняття численних нормативно-правових актів як концептуального, так і вузькоприкладного значення. Серед них: Основні напрями розвитку фондового ринку України на 2001–2005 роки, схвалені Указом Президента України від 26 березня 2001 р. № 198, Указ Президента України від 21 березня 2002 р. № 280/2002 «Про заходи щодо розвитку корпоративного управління в акціонерних товариствах», Розпорядження Президента України від 27 серпня 2000 р. № 271/2000-рп «Про деякі заходи щодо створення системи підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації фахівців з питань фондового ринку та корпоративного управління в Україні» та ін. Їх аналіз свідчить про намагання становлення корпоративного управління за такими напрямками:

- прийняття нового законодавства в сфері створення та діяльності АТ, фондового ринку, цінних паперів. Ці питання будуть врегульовані в новому ЦК, законах про АТ, цінні папери тощо;
- вплив ДКЦПФР на становлення фондового ринку і додержання засад корпоративного управління, підвищення ролі самоврядних організацій на фондовому ринку;

— підготовка фахівців з корпоративного управління у вищих навчальних закладах;

— проведення наукових досліджень і заходів (наукових, науково-практичних конференцій, навчально-практичних семінарів) з актуальних проблем фондового ринку та корпоративного управління тощо.

Не припиняючи значення запланованих заходів для зростання рівня корпоративного управління в Україні, все ж таки слід вказати на їх фрагментарність і майже відсутність системного підходу для його дійсного становлення на належному рівні. Ті заходи, спрямовані на застосування принципів ОЕСР та міжнародних і національних стандартів з корпоративного управління¹, що сьогодні здійснюються в цій сфері, поодиночки не спроможні вирішити цілу низку проблем, яких зазнає сьогодні Україна в галузі корпоративного управління.

Навряд чи у будь-кого, навіть і неспеціаліста з корпоративного управління, викличе сумнів той факт, що ніхто не буде вкладати кошти, доки не впевниться в тому, що їх використають належним чином і в інтересах інвестора, що таке вкладення принесе доход і при відсутності зацікавленості в подальшому триманні акцій їх можна продати на фондовому ринку. Зрозуміло також і те, що ефективне і прибуткове використання залучених через інвестування (придбання акцій) коштів можливе лише внаслідок професійного управління ними через належну організацію виробництва, проведення подальших вкладень, налагодження стосунків з іншими учасниками фондового і товарних ринків по реалізації продукції (товарів, послуг), ефективний і обґрунтований розподіл прибутку та ін.

Отже, стає зрозумілим, що виникає замкнуте коло: для належного рівня корпоративного управління необхідні такі управлінці (менеджери), які здатні підняти прибутковість АТ і доходи його акціонерів. Однак прояв для менеджерів своїх можливостей пов'язаний із усталеністю інфраструктури ринку, на якому вони працюють. Недосконалість ринкових механізмів часто унеможливорює досягнення належного рівня корпоративного управління. І навпаки — ці ринкові механізми та їх удос-

¹ Такі акції провадилися Міжнародною фінансовою корпорацією в рамках проекту «Корпоративний розвиток в Україні» в травні-червні 2002 р. у декількох містах України.

коналення формують ті ж самі управлінці, і чим вище їх професійний рівень, тим скорішим буде становлення цивілізованих ринкових відносин в Україні.

Для розв'язання проблем корпоративного управління потрібний комплекс заходів, який складається з:

а) *опрацювання норм корпоративного права*. Рівнями цих норм є:

– *закон про АТ*, проект якого вже розроблено і який відповідає вимогам сучасності і принципам ОЕСР;

– *внутрішньокорпоративні норми*, які приймаються в кожному конкретному АТ. Їх прийняття і значущість обумовлюються диспозитивністю норм корпоративного законодавства, яке дозволяє передбачати в статутах і внутрішніх положеннях специфічні засоби реалізації прав акціонерів, способи дій органів управління щодо цього та ін.;

– *кодекси корпоративного управління*, приписи яких добровільно виконуються учасниками корпоративних відносин. Україна, як й інші держави з перехідною економікою, має певний дефіцит корпоративної культури і правової культури взагалі. Тому сьогодні активно обговорюється механізм впровадження кодексу корпоративного управління, який не є обов'язковим, а його положення ґрунтуються на принципах корпоративного управління, якими слід керуватися при вирішенні проблем і спорів з цих відносин. Різне ставлення до такого кодексу демонструє початок формування в нашій країні сучасного мислення побудови цивілізованих стосунків у підприємницькій діяльності. Достатньо поширена думка, що нічого добровільно не буде виконуватися, доки примусово ці норми не будуть запроваджуватися, свідчить про закореніле ставлення до закону як до примусово-зобов'язуючого акта держави, виключно з яким пов'язані наслідки для осіб, які повинні їх використовувати. Всі інші заходи сьогодні порівняно із законом практично «слабкоконкурентні». Проте при відсутності законодавства про АТ, яке б адекватно регулювало корпоративні відносини, практика застосування нині чинного законодавства показала ефективність використання при цьому коментарів до законів, що надаються як в практичних, так і наукових аспектах і заповнюють прогалини чинного законодавства. Авторитетність їх авторів, доцільність запропонованих заходів і засобів вирішен-

ня спірних питань при сприйнятті і застосуванні норм, врахування ними напрацювань теорії і практики, в тому числі судової, допомагають налагодженню «містка» між законом з його механізмами і необов'язковими, але прийнятними положеннями. Тому видається, що кодекс корпоративного управління, який знаходиться в стадії розробки і громадського обговорення, потрібний і способами використання його положень будуть як безпосереднє їх сприйняття, так і врахування їх у статуті та внутрішніх нормативно-правових актах АТ, що вже зробить ці положення обов'язковими для застосування;

б) створення контрольних механізмів вирішення проблем корпоративного управління, серед яких можна вказати на такі:

– передбачення нормами корпоративного права *повноважень і відповідальності посадових осіб АТ* з відповідними змінами норм трудового законодавства щодо цього. Правління повинно мати чітко окреслені повноваження і механізми їх реалізації, а також визначення відповідальності за неналежне здійснення своїх повноважень з повним відшкодуванням збитків, яких зазнало АТ внаслідок дій управлінців не в інтересах АТ;

– *ефективність діяльності контрольних органів АТ — наглядових рад*, які покликані наглядати за діяльністю правління, адекватно реагувати на це і діяти в інтересах у першу чергу акціонерів. Однак слід усвідомлювати, що само по собі створення наглядових рад ще не є гарантією здійснення її членами ефективного нагляду в рамках корпоративного управління. Щоб не замикатися на безуспішній відповіді на питання: «Хто стереже сторожа?», потрібно не тільки застосування відповідної структури корпоративного управління, а й вписування її в більш загальну систему інститутів, які б у сукупності дозволяли здійснювати всебічний контроль за діяльністю правління;

– *налагодження діяльності товарних ринків*, контролюючі механізми яких полягають у стимулюванні належного менеджменту в АТ через ринкові засоби впливу на підприємницьку діяльність АТ і зокрема загрозу банкрутства;

– *вдосконалення процедур відновлення платоспроможності боржників і банкрутства*, основними цілями яких є не припинення діяльності боржника, а поновлення його платоспроможності, збереження існування юридичної особи, що відповідає інтересам як його акціонерів, так і кредиторів, і держави в цілому;

— становлення фондового ринку, який надає можливості акціонеру, що втратив інтерес до компанії, акції якої йому належать, продати їх, внаслідок чого виникає загроза відтоку капіталу від АТ;

— формування ринку корпоративного контролю, який оперує процедурами поглинання однієї компанії іншою. Зокрема при неналежному управлінні АТ може перейти до осіб, які розуміють його потенціал і можуть його реалізувати;

— активізація фінансових ринків взагалі як засобів одержання додаткових коштів у вигляді інвестування, кредитування та залучення інвестицій іншими способами. Це стає можливим також за умови впевненості інвесторів в доходності своїх інвестицій, що можливо в разі розумного і професійного їх використання менеджерами компанії, куди вони спрямовуються¹.

Взагалі ж немає якоїсь абсолютної або універсальної форми корпоративного управління, яка б застосовувалась у всі часи в усіх країнах. Зміни в розвитку економіки тієї чи іншої країни тягнуть за собою зміну інститутів корпоративного управління². З останньою тезою не можна не погодитися із застереженням про ті інститути корпоративного управління в широкому розумінні, про які йшлося вище (контролюючі механізми товарного, фондового, фінансового ринків, ринку корпоративного контролю, банкрутства тощо).

Що ж стосується корпоративного управління у вузькому розумінні як побудови, повноваження і діяльності органів АТ, то тут слід відмітити й відповідну звуженість варіацій управлінської структури, які тяжіють або до англо-американської (з її унітарними радами директорів), або до німецької (з розмежуванням наглядової ради і правління) моделей управління. Це обумовлено глибинними процесами формування капіталу в таких компаніях; його розпиленості або концентрування, діяльності в інтересах компанії та акціонерів та іншими чинниками.

Проте ще більше звуження проблематики корпоративного управління дає можливість стверджувати про наявність єдиних принципів, на яких воно ґрунтується при будь-яких його моделях.

¹ З цього питання див.: *Марек Хессель*. Введение // Корпоративное управление: владельцы, директора и наемные работники акционерного общества. — С. 9—21.

² Див.: *Колін Мейер*. Вказ. праця. — С. 23.

Отже, в такому разі можна спостерігати дійовість сполучення єдності і множинності підходів у корпоративному управлінні, що не суперечить одне одному, а гармонійно доповнює їх.

Ураховуючи сказане про загальні принципи та проблеми корпоративного управління і його специфічні риси в Україні як пострадянській державі з наявністю власної проблематики в економіці та правових конструкціях, що пояснюється перехідним етапом розвитку її ринкового середовища, слід наголосити на необхідності додержання в нашій країні принципів ОЕСР як універсальних засад корпоративного управління. Конкретні ж заходи, які на сьогодні є важливими в цьому напрямку, — це прийняття побудованого на відповідних принципах закону про АТ і втілення вже сьогодні існуючими засобами:

- вдосконалення системи розкриття інформації стосовно всіх аспектів прав, що надаються акціями, в тому числі щодо об'єктів інвестування, інвесторів, які придбають великі і контрольні пакети акцій у першу чергу тих АТ, що мають стратегічне значення для економіки та безпеки держави, монополістів, банків і страхових компаній;

- запровадження нових фінансових інструментів для поліпшення умов інвестування, розвиток застосування фондових деривативів, що дозволить поєднати й вирішення проблем на товарних ринках;

- встановлення ефективних механізмів захисту прав акціонерів, у тому числі запровадження права на незгоду, вимоги викупу акцій, колективного позову;

- системне введення правил для мінімізації можливості здійснення управління діяльністю не в інтересах акціонерів і АТ — про порядок укладення значних угод; заборон щодо укладення угод з особами, з якими управлінці перебувають у родинних стосунках або в яких є їх особиста зацікавленість; щодо ефективності роботи наглядових рад і зокрема вже на стадії їх створення — шляхом введення кумулятивного голосування; про повну солідарну відповідальність членів правління за заподіяні АТ порушення приписів і прихованим інтересом збитки, а також відповідальності членів наглядової ради за неналежне здійснення своїх повноважень по контролю за діяльністю правління, внаслідок чого АТ зазнало збитків, та ін.

Такі заходи поряд із підготовкою фахівців з питань фондового ринку та корпоративного управління на належному професійному рівні із створенням ринку таких послуг допоможуть вирішенню проблем функціонування та розвитку фондового ринку в Україні, залучення інвестиційних ресурсів для направлення їх на відновлення та забезпечення подальшого зростання виробництва, поступового поліпшення інвестиційного клімату і підвищення економічних показників в цілому по Україні.

Надійшла до редколегії 05.07.02

А. Селіванов, професор, член Вищої ради юстиції

Кому належить право на фірмове найменування (фірму)?

Судова практика при розв'язанні спорів між суб'єктами, які застосовують адміністративне або комерційне право, все частіше стикається з визначенням, кому належить право на фірмове найменування. З першого погляду питання це досить просте, але воно має багато невирішених законодавством проблем. Чинне цивільне законодавство поки що не знає такого інституту, він перебуває в стадії розробки. Виникає необхідність врегулювання правовідносин, пов'язаних з фірмовим найменуванням, у спеціальному законі, який забезпечив би охорону прав на фірмове найменування (фірму). Принципово важливо вирішити це питання в новому ЦК України. Насамперед має бути сформульовано поняття права на фірмове найменування (фірму). Це передусім будь-яка назва підприємства, установи чи організації, акціонерного товариства, підприємця, який має статус юридичної особи. Назва повинна бути чіткою, такою, що легко сприймається і має оригінальний вираз.

Але які проблеми практичного і теоретичного характеру виникають при цьому? Оскільки популярність фірмового найменування свідчить про визнання діяльності, фахівців, товарів і послуг, які виробляються чи надаються суспільству, то кожна

юридична особа бажає зробити назву своєї фірми відомою якомога більшому колу учасників підприємницької діяльності (споживачів). Найменування фірми завжди пов'язується з якістю товару, послуг, свідчить про гарантії одержаного продукту, і це обумовлює їх конкурентоспроможність, нагадує про особливе джерело походження товару (послуг).

У проєкті нового ЦК передбачено захищеність права на фірмове найменування, що дасть можливість власнику відстоювати його виключне використання і фактичне становище юридичного монополізму при реалізації законних інтересів юридичної особи. Виходячи з цього власники повинні вживати всіх дозволених законом заходів для попередження перетворення назв фірм на модифіковані найменування внаслідок їх авторитету серед зацікавлених осіб.

Однією з необхідних умов такого фірмового найменування має бути відповідність назви характеру діяльності певної фірми. Ця вимога в законодавстві зарубіжних країн дістала назву «принцип істинності фірми». Правовою ознакою фірмового найменування має бути вимога щодо його оригінальності. Не може отримати правову охорону найменування, яке повторює вже використане або настільки схоже з ним, що їх легко сплутати. Найменування фірми має відрізнитись від інших подібних. Нині в сфері підприємництва спостерігається ситуація, коли різні господарюючі структури з різними напрямками діяльності мають однакові або дуже схожі між собою найменування. Багато підприємців не знають про те, що фірмове найменування повинно бути захищене чинним законодавством, але за умови його державної реєстрації. Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» передбачає надання заявки на видачу свідоцтва на знак для товарів і послуг. При цьому Державний департамент інтелектуальної власності (Укрпатент) на підставі експертизи та висновку про встановлення дати подання заявки на видачу свідоцтва на знак приймає рішення, яке за статусом визначає види та обсяг переліку товарів або послуг, які є власністю суб'єкта, з установленим найменуванням. Тобто фактично чинний Закон регулює скоріше відносини, пов'язані з товарним законом, ніж з найменуванням підприємства, організації, господарського товариства.

Користування одним і тим самим найменуванням різними підприємствами, організаціями, установами та іншими підприє-

мницькими структурами може завдати значних матеріальних і моральних збитків окремим користувачам одного і того самого найменування.

Фірмове найменування має своїм призначенням індивідуалізацію певного підприємства чи організації, передусім виокремлення її діяльності. Така індивідуалізація потрібна для акцентування, пропаганди якісних ознак діяльності, збереження, розвитку та правової охорони фірмового найменування. Але йдеться про правову охорону фірмового найменування не як про самоціль, а як про захист ділової репутації фірми, її престижу, авторитету. Ділова репутація здобувається зусиллями всього (великого чи малого) колективу, його розумінням потреб ринку, передусім споживачів, умінням організовувати підприємницьку діяльність. При цьому прагнення оберігати престиж фірми має два шляхи. Перший — це заборона використовувати таке саме найменування іншим особам, тобто протидія неправомірному посяганням на престиж, ділову репутацію фірми. Другий шлях полягає в тому, що фірма для підтримання і розвитку своєї ділової репутації повинна постійно піклуватися про свій авторитет — розвивати виробництво товарів чи послуг, і таким чином набувати право пріоритету як учасник ринкових відносин. Йдеться насамперед про утримання власником запатентованого найменування виключних прав на його використання при демонстрації товару на виставках, ярмарках, що проводяться на території України. За міжнародною практикою фірмове найменування може також використовуватись власником у товарних знаках, які йому належать. Проте власник фірмового найменування за тією ж практикою не може відчужувати його окремо від підприємства. Але це правило не поширюється на випадки реорганізації юридичної особи чи відчуження підприємства в цілому.

Проблема ускладнюється тим, що, як правило, такі найменування підприємства чи фірми застосовуються відносно тих, хто одержав свідоцтво на знак товарів і послуг, але можуть бути випадки, коли було вжите найменування із загально вживаних словосполучень. Використання зареєстрованого на ім'я певної юридичної особи фірмового найменування іншими юридичними особами без дозволу власника не повинно допускатися. Здобута власником фірмового найменування ділова репутація в

умовах ринкової економіки має досить високу ціну. За нею криється наполеглива праця колективу, в результаті якої досягнуті висока якість товару, надання послуг, інші економічні показники. Тому саме спеціальним законом про фірмове найменування мають регулюватися відносини пріоритету його використання. Зокрема, на ринку юридичних послуг багато практикуючих юристів використовують назви «Юридичне бюро», «Юр-консалтинг», «Адвокатська контора», «Юридична фірма», і це не свідчить про оригінальність найменування, яке має бути захищене правом. Але у тому разі, коли до загальноновживаних (родових) назв надаються ознаки, які кваліфікують і обумовлюють змістовну діяльність підприємств, фірм, організацій, це має бути обумовлено правозахисним механізмом гарантованого права власника найменування. Наприклад, після створення в Києві Асоціацією юристів «Юридичного бюро судових фінансово-банківських експертиз», яке відповідно до Закону України «Про судову експертизу» набуло статусу недержавної експертної установи, до якої ввійшли судові експерти з питань правового аудиту, з'явилися різні фірми, консультативно-експертні бюро з аналогічною назвою. Не маючи свідоцтва на знак для товарів і послуг, вони скористалися авторитетом і першим досвідом практичної діяльності судових експертів, які занесені до державного реєстру і мають високий рівень забезпечення судових процесів наданими висновками. Великий попит на юридичну експертизу підприємства під певним фірмовим найменуванням одразу знайшов плагіат серед деяких практикуючих підприємств. Саме тому закон має надавати власнику фірмового найменування можливість розпоряджатися виключним правом на фірму на власний розсуд. Він, безумовно, повинен мати право передавати своє виключне право на використання фірмового найменування іншим особам за певну винагороду. Фірмове найменування має давати своєму власнику прибуток шляхом здачі його у своєрідний найом. Так, наприклад, вартість знака фірми «Холдінг-центр» на 1 січня 1993 р. становила 2 млн 300 тис. доларів, Російської товарно-сировинної біржі — 769 тис. російських рублів, Всеросійського банку — 114 млн російських рублів. На жаль, даних про вартість знаків українських власників поки що немає.

Важливо звернути увагу на деякі правові обставини, що обумовлюють необхідність прийняття закону про фірмове най-

менування. Право суб'єкта у такому разі включає складові право на оригінальну ідею назви фірми, право на проведену реєстрацію, право на матеріальні витрати, право на використання найменування фірми і т. ін.

Зокрема, у законі слід вирішити питання про строк чинності права на фірмове найменування. Виключне право на використання фірмового найменування не повинно обмежуватися певним строком. Такою є міжнародна практика. Проте в законі мають бути докладно визначені підстави припинення чинності виключного права на фірмове найменування. Передусім чинність права на фірмове найменування має припинитись у зв'язку з ліквідацією юридичної особи, відмовою від певного фірмового найменування.

За аналогією підходів до врегулювання цих питань можна навести норму, яка міститься у Міжнародній конвенції з охорони селекційних досягнень 1961 р., де у ст. 13 зазначено, що будь-який новий сорт рослин повинен бути позначений селекційним найменуванням. Воно має служити його родовою назвою і повинно залишитись у вільному використанні у зв'язку з даним сортом навіть по закінченню строку, на який визначено його охорону.

Якщо звернутися до судової практики іноземних країн, то ми не побачимо єдиного підходу до вирішення спорів, які пов'язані з наданням правової охорони необхідним найменуванням нового виду підприємств, фірм і т. ін. У Франції органи правосуддя виходять з того, що власник фірмового найменування може позбутися цього права виключно у разі неможливості відобразити у ньому зміст (обсяг класифікаційних ознак) своєї діяльності, але видове відображення назви забороняється. Тобто у всіх західних країнах та США судами розглядаються всі спори про право, якщо буде доведено, що найменування є підтвердженням у встановленому порядку і це завдало шкоди іміджу фірми, банку, підприємству, оскільки виявлено недобросовісного конкурента. На думку судів, ніхто не використає найменування збанкрутілої фірми, акціонерного товариства, комерційного банку, але назву відомого і успішного підприємства можна й використати.

Слід також передбачити, щоб у законі були підстави припинення чинності фірмового найменування. У законі має бути встановлено цивільно-правову відповідальність за порушення виключного права на використання фірмового найменування.

Юридична особа, яка неправомірно використала чуже фірмове найменування (фірму), має бути зобов'язана припинити його використання і відшкодувати потерпілому заподіяні збитки у повному обсязі.

Тобто у всіх випадках важливо, щоб закон давав можливість власнику фірмового найменування приймати відповідні захисні заходи, спрямовані на попередження та припинення порушення його права власності на назву юридичної особи.

Такими заходами має бути визнання суб'єкта відповідальною особою, яка здійснює недобросовісну конкуренцію у підприємницькій діяльності, що передбачено статтями 1 і 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». За змістом п. 3 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» наявність свідоцтва на знак надає його власнику право забороняти іншим особам використовувати зареєстрований знак без його дозволу, за винятком випадків, коли використання знака не визнається порушенням прав власника свідоцтва.

При цьому судова практика в Україні виходить з того, що свідоцтво про реєстрацію знака, тотожного або схожого настільки, що його можна сплутати з охоронюваним законом фірмовим найменуванням іншої юридичної особи, підлягає визнанню недійсним з огляду на невідповідність такого знака визначеним законом умовам надання правової охорони.

Задовольняючи позовні вимоги, господарські суди виходять з того, що навіть зареєстрований знак не відповідає умовам надання правової охорони, а тому підлягає визнанню недійсним на підставі пп. «а» п. 1 статті 19 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» (несплата збору, дата подання заявки і дата повідомлення експертизи і т. ін.). При цьому не має правового наслідку будь-яка інша експертиза, зокрема проведена Торгово-промисловою палатою України, яка неправомірно ототожнює акт контрольної закупки товарів з юридичними ознаками висновків патентного повіреного.

Таким чином, на наш погляд, наявності чинного законодавства щодо охорони товарних знаків сьогодні вкрай недостатньо для правового захисту фірмового найменування, і тому не можна підтримати позицію фахівців Вищого господарського суду України щодо цього, оскільки національне законодавство не відповідає повною мірою вимогам Паризької конвенції про

охорону промислової власності від 20 березня 1883 р. (в Україні вона набрала чинності з 25 грудня 1991 р.), коли актом недобросовісної конкуренції вважається будь-який акт конкуренції, що суперечить чесним звичаям у торговельних справах.

Використання фірмового найменування покладає на його користувача низку важливих обов'язків щодо свого іміджу. Індивідуалізація підприємства, організації чи установи засобом фірмового найменування зумовлює необхідність надання правової охорони такому найменуванню. Без правової охорони користування фірмовим найменуванням втрачає будь-який сенс, практичний смисл. Але правова охорона фірмового найменування з боку держави може мати місце лише за наявності певних умов.

Передусім у майбутньому законі, який повинен з'явитися у парламенті, має бути докладно визначено, хто має право бути власником фірмового найменування (фірма). Сам об'єкт правової охорони — фірмове найменування (фірма) — вже передбачає, що суб'єктом може бути будь-яка юридична особа, яка має постійне місцезнаходження на території України. Уявляється, що фірму може створити і фізична особа. Але носієм права на фірмове найменування все ж буде не фізична особа, а фірма, створена нею. При цьому кількість членів колективу цієї фірми має бути визначено правилами реєстрації. Він може складатися лише з однієї особи — підприємця-засновника. У такому разі суб'єктом права на фірмове найменування буде підприємець — юридична особа.

Право на фірмове найменування (фірму) виникає з дати державної реєстрації найменування в Україні. Без такої реєстрації право на фірмове найменування не виникає. У законі про фірмове найменування важливо передбачити право попереднього користування. Це означає, що фірма, яка користувалася найменуванням до його реєстрації іншою фірмою, зберігає право на його подальше використання. Право попереднього користування стосується всіх об'єктів промислової власності, а також фірмового найменування. Це право полягає в тому, що юридична особа, яка користується фірмовим найменуванням і зареєструвала його в Держпатенті, має виключне право на його використання. Особливо важливо, щоб власник фірмового найменування мав право забороняти іншим особам використовувати це саме фірмове найменування. Проте слід надати власнику фірмового найменування право передавати виключне право на його використання іншим

особам шляхом надання виключної або обмеженої ліцензії. Йдеться про утворення філій, і тоді в ліцензійному договорі має бути обов'язкове застереження про те, що використання фірмового найменування ліцензіатом ніяким чином не впливає на споживача стосовно гарантій діяльності філій. Власник фірмового найменування має бути наділений правом використовувати його в будь-який спосіб, що не суперечить закону.

Отже, фірмове найменування може бути використано на товарах, їх упаковці, в рекламах, проспектах, рахунках, друкованих виданнях, офіційних бланках та іншій документації.

Проведений аналіз правових проблем, які гостро ставлять питання про необхідність прийняття закону про право на фірмове найменування, ніяк не збігається з поглядами окремих фахівців, зокрема В. Данішевської — директора Центру комерційного права, яка стверджує, що сьогодні для українського права пріоритетним є розвиток механізмів державного регулювання економіки, які забезпечують регуляцію ринку¹.

Комерційне право передбачає насамперед створення умов правового захисту суб'єктів підприємництва, гарантування їх надійними механізмами економічного розвитку і стимулювання надання товарів і послуг на ринку добросовісної конкуренції. Які б рецепти не повторювалися у поверхових, позбавлених аналізу практики дослідженнях, національне законодавство має орієнтуватися на власні потреби суспільства, яке ніяк не хоче миритися з «перехідним періодом» занепаду в реаліях життя.

Надійшла до редколегії 20.06.02

Р. Шитка, професор кафедри цивільно-правових дисциплін
Національного університету внутрішніх справ

Немайнові права автора

Автору належать немайнові права, які за своїм змістом мають ніби два рівні: загальний та спеціальний, що зумовлено

¹ Див.: Вісник Центру комерційного права. — 2002. — № 6. — С. 2.

об'єктом авторського права. Так, відповідно до ст. 14 Закону України від 11 липня 2001 р. «Про внесення змін до Закону України «Про авторське право і суміжні права» до особистих немайнових прав автора віднесено:

1) вимагати визнання свого авторства шляхом зазначення належним чином імені автора на творі і його примірниках і за будь-якого публічного використання твору, якщо це практично можливо;

2) забороняти під час публічного використання твору згадування свого імені, якщо він як автор бажає залишитися анонімом;

3) вибирати псевдонім, зазначати і вимагати зазначення псевдоніма замість справжнього імені автора на творі в його примірниках і під час будь-якого його публічного використання;

4) вимагати збереження цілісності твору і протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору або будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі і репутації автора.

Вважаємо, що до особистих немайнових прав автора належить і право найменувати свій витвір. Інша справа, що вибір найменування у деяких випадках має свої правила. Але в їх межах все одно можливі варіанти. Таке право заслуговує на те, щоб бути закріпленим в законі.

Спеціальний рівень прав авторів може бути визначений загальним чи локальним законодавством з присвоєнням спеціальних звань: заслужений артист, заслужений художник, почесний професор університету. Такі почесні звання є оцінкою заслуги автора перед суспільством і по суті правовою оцінкою його особистості. Вони відображають титули автора, але пов'язуються зі створенням не одичного твору, до якого в законодавстві здійснюється прив'язка майнових та особистих немайнових прав, а за сукупністю робіт та внеском автора у відповідну скарбницю: науки, мистецтва, культури, літератури тощо.

Особисті немайнові права відображаються на індивідуальному правовому статусі автора. Тому їх закріплення в законодавстві і реальне забезпечення мають важливе значення для охорони прав автора в цілому. Це повною мірою стосується такого права, як право на оприлюднення. Зауважимо, що на відміну від первісної редакції Закону «Про авторське право і суміжні пра-

ва» серед особистих немайнових прав відсутнє право на оприлюднення. Тим часом ст. 447 проекту ЦК України до особистих немайнових прав автора відносить: право авторства; право на авторське ім'я; право протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню або іншій зміні твору чи будь-якому іншому посяганням на твір, що може зашкодити честі та репутації автора (право на недоторканність твору); право на обнародування твору. Очевидно, що просте порівняння текстів обох законів, які майже одночасно розглядались у Верховній Раді України, виявляє суттєві розбіжності. Незважаючи на смислову тотожність окремих пунктів, все таки відзначимо, що вже наявність двох ідентичних за призначенням, але різних за змістом норм в авторському праві є недопустимим.

Повинно бути одне з двох: або пристати на концепцію Книги четвертої проекту ЦК України, до чого ми більше схилиємось, або врегулювати право інтелектуальної власності виключно поточним законодавством. Можливий третій шлях — міжгалузевий комплексний кодифікованих акт. Втім, перший підхід з огляду на зазначене є найбільш доцільним і дозволяє в межах основного акта цивільного законодавства всебічно врегулювати приватні відносини, що виникають при забезпеченні права на творчість, внаслідок створення результатів творчої діяльності, встановлення їх правового режиму, визначення правового становища суб'єктів, встановлення механізму реалізації майнових прав, забезпечення охорони та захисту майнових і особистих немайнових прав тощо. Згадані інститути цивільного права мають системний зв'язок з іншими інститутами цивільного права і в такому контексті утворюють одне ціле.

Перше з названих прав є визначальним для інших. Якщо воно буде оспорене, то всі інші права, в тому числі й майнові, за автором не визнаються, і навпаки, якщо особа доведе у встановленому порядку своє авторство, то за нею визнаються всі інші права. Таке положення логічно витікає із ст. 1 нової редакції зазначеного закону. Якщо автор — фізична особа, творчою працею якої створено результат, то він є першоносієм прав, що і відображене в ч. 1 ст. 11 Закону України «Про внесення змін до Закону «Про авторське право і суміжні права». В основі цих прав — творча праця. Отже, авторство вказує на ту фізичну особу, творчою працею якої створено певний охороноздатний об'єкт.

Як правильно зазначає О. Мельник, «Право авторства полягає у тому, що тільки дійсний творець того чи іншого твору науки, літератури і мистецтва вправі називати себе автором створеного ним твору. Це право абсолютне, оскільки йому кореспондують обов'язки всіх і кожного утримуватися від порушення даної правомочності автора»¹.

Авторство у свою чергу може розглядатися в декількох аспектах:

— юридичний факт — підстава виникнення цивільних прав та обов'язків (ст. 11 ЦК України, ч. 2 ст. 11 Закону «Про внесення змін до Закону України «Про авторське право і суміжні права»);

— елемент правової характеристики фізичної особи (ч. 3 ст. 11 Закону «Про внесення змін до Закону України «Про авторське право і суміжні права»);

— суб'єктивне цивільне право — юридично забезпечена можливість вимагати визнання свого авторства, посідати права автора. Одночасно це є способом визнання досягнень творчої особистості у певному виді творчої діяльності, а самого твору — об'єктом права інтелектуальної власності;

— передумова визнання за фізичною особою інших правових можливостей: участі в конкурсах, заняття певних посад, пов'язаних з творчою діяльністю, висунення на здобуття премій, лауреатства, почесних звань та нагород тощо.

В праві інтелектуальної власності є два діаметрально протилежних підходи щодо визнання авторства. В авторському праві відповідно до ч. 2 ст. 11 Закону «Про внесення змін до Закону України «Про авторське право і суміжні права» для виникнення та здійснення цього права не вимагається реєстрація твору чи будь-яке інше його оформлення, а також виконання будь-яких інших формальностей. Автору надається право на використання спеціального знака правової охорони — ©, захищати своє право, зареєструвати протягом року охорони авторського права своє авторське право у відповідних державних органах, одержати свідоцтво. При цьому якщо автор передав своє майнове право іншій особі, остання не може перешкоджати оформленню немайнового права авторства. Право авторства також не залежить від рівня результату творчої діяльності, його

¹ Мельник О. Особисті немайнові права на об'єкти інтелектуальної власності: деякі питання // Право України. — 2001. — № 7. — С. 83.

призначення, жанру, способу вираження (друкований текст чи аудіо-, відеозапис). Це має лише фахову оцінку і впливає на інше немайнове право – ділову репутацію.

Особисте немайнове право авторства не характеризується товарністю. Воно є не відчуженим і не може бути переданим іншим особам, тісно пов'язане із особою творця і в такому аспекті є вічним. Тому воно має самостійне значення і завжди повинно забезпечуватися правовою охороною. Від нього за умови дійсної належності також неможливо відмовитися¹. Останнє має принципове значення, особливо для суспільних наук, де в науці та творчості присутня певна частка суб'єктивізму. Тому критика позицій повинна вестись толерантно, а не так некоректно і різко, як ми зустрічаємо в деяких роботах сучасних дослідників. Такі критики упускають одну важливу деталь – автор у суспільних науках не повинен бути бунтарем, він лише суб'єктивно відображає дійсність – суспільне буття.

В літературі відрізняють право авторства і авторство як соціальну цінність. Перше за загальним правилом припиняється зі смертю автора, а друге існує вічно. Але це не означає, що це авторство можна порушувати, наприклад перекручувати твори, невірно вказувати ім'я автора чи приписувати твір (теоретичну платформу) іншій людині. Тим самим не тільки проявляється невігластво, а й виникають правовідносини, що знайшло своє формальне закріплення в законодавстві. Так, у ст. 30 Закону «Про внесення змін до Закону України «Про авторське право і суміжні права» встановлено обов'язок осіб, які використовують твори, що стали суспільним надбанням, додержуватися особистих немайнових прав автора, передбачених ст. 14 цього закону. Стаття 29 зазначеного Закону надає спадкоємцям право захищати авторство на твір і протидіяти перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору, а також іншому посяганням на твір, що може завдати шкоди честі та репутації автора. Аналіз цих положень дає підставу вважати, що і після смерті автора мож-

¹ В науковій діяльності таке трапляється. Так, у «Віснику Луганського інституту внутрішніх справ» 2'99 була опублікована стаття «Відповідальність за порушення податкового законодавства», авторство якої помилково було приписано автору цих рядків. На підставі листа на ім'я редколегії журналу автор від такого авторства відмовився і попросив опублікувати повідомлення про допущену помилку. До речі, в практиці останніх років такі випадки непоодинокі.

ливий певний «фантом» прав¹ — вони існують самостійно, без його суб'єкта. Цей фантом права стосується як авторства взагалі, так і репутації автора зокрема. Отже, авторство після смерті автора має свій конкретний правовий зміст. Захищати фантомні немайнові права автора може будь-яка особа². Це теоретичне положення засноване на такому:

— право (вимога), що належить кредиторів на підставі зобов'язання, може бути передане іншій особі за правочином (цесія) або перейти до іншої особи на підставі закону, зокрема при суброгації. Суброгацією визнається придбання всіх прав, що належали раніше кредиторів, внаслідок виконання третьою особою (суброгантом) обов'язків боржника щодо цього кредитора (ст. 619 проекту ЦК України);

— при порушенні зазначених прав відповідно до ст. 11 проекту ЦК України виникають цивільні права та обов'язки у вигляді деліктного зобов'язання (п. 2 ч. 2 ст. 547 ЦК України);

— якщо є боржник, а він виникає лише внаслідок порушення авторства, то повинні бути й кредитори. Тут і виникає проблема кредитора. Законодавство про авторське право, на нашу думку, істотно обмежує коло зацікавлених у збереженні недоторканності немайнових прав авторів осіб і зводить їх лише до спадкоємців. А якщо спадкоємцям байдуже до особистих немайнових прав їх великого предка? Виникає правовий вакуум. Гадаємо, що у такому разі за захистом порушених фантомних прав померлого автора може звернутися інша особа: учень, колега, творчі об'єднання тощо;

— аморфний для права суб'єкт — суспільство в авторському праві все-таки згадується. Відповідно до ст. 30 аналізованого Закону після закінчення строку авторського права (ми маємо на увазі майнового) права на твори переходять у суспільне надбання, тобто будь-якій особі;

— як відомо, невід'ємним атрибутом прав є їх кореспондування юридичними обов'язками. Відповідно кожен повинен додер-

¹ Фантом права є доволі цікавим в юриспруденції явищем. Він виникає в разі покладення законом на особу обов'язку за раніше здійснені юридичні дії (встановити зворотню дію податкового закону) або стосовно фізичної особи, яка померла. Це явище заслуговує на спеціального дослідження.

² Див.: Лукасян Р. Правовая охрана памяти умерших — предмет судебной защиты // Правоведение. — 1973. — № 1.

жуватися немайнових прав. Інші ж особи в разі їх порушення вправі звертатися за захистом, в тому числі й для інших осіб;

– відмова від здійснення свого права не є підставою для їх припинення, за винятком передбачених законом випадків (ч. 2 ст. 12 проекту ЦК України);

– логічне завершення цієї конструкції ми вбачаємо у п. 2 ст. 5 ЦПК України, згідно з яким прокурор та інші особи, що вправі у передбачених законом випадках звертатися в суд за захистом прав і свобод іншої особи, невизначеного кола осіб або державних чи громадських інтересів;

– нарешті, законодавством про охорону культурної спадщини передбачена можливість захисту прав померлих авторів від спотворення їх творів та імені.

Така правова теоретична конструкція звичайно є громіздкою і потребує спеціальних знань та тлумачень положень законодавства. У деяких випадках це сприятиме охороні немайнового права авторства, коли мертвий за себе постояти не може, а інші зацікавлені особи не можуть чи не хочуть «зв'язуватися» із судовою системою. Тому ст. 29 Закону «Про внесення змін до Закону України «Про авторське право і суміжні права» доцільно доповнити частиною третьою такого змісту: «За захистом немайнових прав автора можуть звертатися треті особи. Цими особами можуть бути колеги, учні, фахівці, громадські, більшою мірою творчі, організації». Таке уточнення сприятиме більш ефективній охороні немайнових прав автора від посягань, у тому числі від приниження його честі та репутації.

До речі, згадка Закону про те, що захист авторського права здійснюється для недопущення заподіяння шкоди честі та репутації автора, упевнює в висловленій позиції. Якщо слідувати тій же формальній логіці, то немайнове право, до якого традиційно належать честь та ділова репутація, які є невід'ємними від особистості їх носія, все-таки може існувати після смерті цього носія. Чому ж тоді не може існувати право на авторство? Тому ми не можемо погодитися з тим, що «право на авторство визнається і охороняється після смерті автора вже не як суб'єктивне право, а як суспільне явище, гідне поваги нащадків»¹. Якщо вже автор визнає право на авторство, то воно ніяким чином не може визнаватися просто як авторство. Право завжди передбачає можливість вимо-

¹ Мельник О. Вказ. праця. – С. 83.

ги до іншої особи — носія обов'язку. Закон покладає на необмежене коло осіб такий юридичний обов'язок з негативним змістом — утримуватися від порушення права авторства.

Навіть у тому разі, якщо виходити із зворотного, наділення суб'єктів юридичним обов'язком у сфері приватного права передбачає наявність інших осіб, перед якими юридичний обов'язок необхідно виконувати. Іншими словами, повинен бути відповідний носій суб'єктивного права. То ж виникає слушне питання: хто є такими носіями при порушенні фантомного права? Якщо обмежитися лише спадкоємцями автора, то ми суттєво звужуємо можливість охорони немайнових прав. Закон, до того ж, наділяє це право правовою охороною. Охороняє ж він не померлу особу, а саме право авторства.

Як вже підкреслювалось, право авторства зумовлює інші права. Той, хто є автором, може здійснювати інші немайнові права, що випливають із права авторства. До них належить і право на авторське ім'я (забороняти під час публічного використання згадувати своє ім'я, якщо він як автор бажає залишитися анонімом; проблема відповідальності за умисне розголошення цього імені). Як видно з наведеного, це право включає в себе декілька правомочностей: забороняти згадувати своє ім'я під час використання твору, можливість залишатися анонімом; вибрати псевдонім, зазначати і вимагати зазначення псевдоніма замість справжнього імені на творі і його примірниках, зазначати і вимагати зазначення псевдоніма під час будь-якого публічного використання твору. Вибір способу означення свого авторського імені є теж особистим немайновим правом автора: обнародувати свій твір під своїм власним іменем, під псевдонімом чи взагалі без згадування імені (анонімно). В останніх двох випадках авторство може бути розголошене лише компетентним органам дізнання чи суду в разі порушення автором законних прав та інтересів особи. Тому особи, які тиражують носії твору, здійснюють інше його використання, повинні на заявлені в установленому порядку вимоги розголосити справжнє ім'я автора.

Але видавці часто супроводжують літературне видання біографією автора, де вказують справжні вихідні дані. Вважаємо, що тим самим порушується волевиявлення автора на видання цього твору анонімно чи під псевдонімом. Відповідно це повинно кваліфікуватися як правопорушення з усіма наслідками при-

тягнення винних до відповідальності. Це стосується як прижиттєвих, так і посмертних видань праць автора.

На сьогодні ця проблема є досить актуальною і потребує вирішення на рівні законодавства про видавничу діяльність. Видання без вихідних даних не повинні визнаватися обігоздатними, а здійснені щодо них правочини мають визнаватися нікчемними. Відповідно і правила торгівлі повинні містити заборону щодо прийняття до продажу таких видань. У зв'язку з цим заслуговує на розробку проблема видання нормативних актів на рівні неофіційних видань. Якщо, зважаючи на право вільного відтворення, допустиме тиражування для освітянських потреб, то для правозастосовних і судових органів такими виданнями користуватися категорично не дозволено. Судові рішення повинні вноситися виключно на рівні офіційних видань.

Виникає також проблема щодо вимоги згадування імені автора при використанні його творів в засобах масової інформації, особливо на телебаченні. Справа у тому, що в ім'я автора можуть включатися титули, учені та наукові звання і ступені, лауреатство, почесні звання тощо. То ж вимога згадувати всі індивідуальні ознаки з'їдає такий дорогий ефірний час. В даному разі немайнове право по суті може зробити неможливим виплату винагороди. Гадаємо, що титули, звання не повинні включатися в ім'я автора. Це пояснюється прагматизмом і вимогою часу щодо стислості, оперативності і доступності інформації. Спеціальні звання та ступені розраховані на спеціальні відносини та спеціалістів-професіоналів.

В літературі звертається увага на можливість при тиражуванні чи використанні твору вказувати присвячення певним особам (батькам, учителям тощо) чи знаменним датам (10-й річниця незалежності України). При цьому пропонується закріпити таке право в законі. Але законодавець на такий крок не йде, і це не випадково. Слід розрізняти рівні видання та особливості видавничої справи. Право вимагати вказівки присвячення не забороняється і може бути віднесене до прав, які виникають на основі угоди з особами, що використовують майнові права. Тож ми вважаємо, що воно може бути лише субсидіарним до майнових прав і здійснюватися на основі правочину між автором і володільцем прав інтелектуальної власності.

Автор може вимагати збереження цілісності твору і протидіяти будь-якому його перекрученню, спотворенню чи іншій зміні або будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі і репутації автора. По суті це право недоторканності твору. Це пов'язується з тим, що фрагментарне використання частини твору може призвести до невірної уявлення автора про його особисту позицію. Це стосується аналітичної частини наукового твору і особливо констатуючої. Якщо хтось інший відтворить з науковою метою це положення без коментаря автора, то менш перебірливими та прискіпливими дослідниками це може бути сприйнято як теоретична платформа. Як снігова лава, це може обростати новими, не властивими автору домислами, що може зашкодити його репутації. На жаль, такі випадки в науці ще трапляються, особливо за умов обмеженого доступу до першоджерел.

Особливо постає питання про ілюстрацію творів малюнками, гравюрами, схемами, передмовами, післямовами, коментарями. Ці доповнення без згоди автора не дозволяються, за випадком, коли цей твір використовується з науковою, експертною чи навчальною метою. Наприклад, студентам-філологам спеціально даються приклади поділу твору на частини, пролог, епілог. Такі правомочності інших осіб базуються на праві вільного використання з навчальною, науковою, архівною, бібліотечною та іншою метою.

Слід ще раз зауважити, що в ст. 14 Закону «Про внесення змін до Закону України «Про авторське право і суміжні права» на відміну від попередньої редакції не вказується таке немайнове право, як право на оприлюднення твору. Але в ст. 1 все ж таки воно визначається як здійснення за згодою автора чи іншого суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав дії, яка вперше робить твір доступним для публіки шляхом опублікування, публічного виконання, публічного показу, публічної демонстрації, публічного сповіщення. Як уже зазначалось, без оприлюднення неможливо заявити своє авторство, а відповідно і реалізувати права автора. В подальшому зміст цього права відображено в ст. 15 цього Закону — майнові права автора.

Отже, право на оприлюднення перейшло в категорію майнових прав, що має під собою достатні аргументи. Оприлюднення твору є або комерційним використанням майнових прав,

або підготовкою до них. В той же час, на нашу думку, це право має і немайновий характер. Воно є сходинкою для визнання публікою, колегами, має соціальне значення для утвердження як творчої особистості. Само оприлюднення може здійснюватися через конкурси, виставки тощо. Як і в попередньому випадку оприлюднити можна як весь твір, так і його частину чи окремі фрагменти.

Досить цікаве правило містить ч. 2 Закону Російської Федерації від 9 липня 1993 р. «Про авторське право і суміжні права», яка надає автору право відмовитися від раніше прийнятого рішення про оприлюднення твору (право на відкликання) за умови відшкодування користувачу заподіяної відкликанням шкоди, включаючи втрачену вигоду. Якщо твір уже було оприлюднено, то автор зобов'язується публічно сповістити про його відкликання. Він також може вилучити за свій рахунок із обігу раніше виготовлені екземпляри творів. Гадаємо, що таке правило могло б бути відтворене в українському авторському праві. Але з цього приводу є низка зауважень. По-перше, в наведеній редакції воно належить більше до майнових прав, ніж немайнових. По-друге, воно пов'язується з комплексом майнових відносин і, більше того, з виготовленням та обігом носіїв. По-третє, надання товарної форми носіям результату творчої діяльності здійснюється на договірній основі. По-четверте, такі відносини більшою мірою є підприємницькими, де повинна бути підвищена стабільність. Нарешті, одностороння відмова від виконання зобов'язання або зміна його умов не допускаються, якщо інше не передбачено законом чи договором (ст. 551 ЦК України). З урахуванням наведеного вважаємо за доцільне передбачити в авторському праві України інститут відкликання рішення про оприлюднення твору. Це сприятиме охороні майнових прав автора і надасть йому вагомий засіб проти скуповування майнових прав за безцінь.

До речі, в патентному праві заявнику надається право на відкликання поданої заявки на видачу патенту аж до моменту прийняття рішення по суті. То чому б таке право не передбачити і в авторському праві?

Відтворення твору більшою мірою допускається у передбачених законом випадках вільно, в тому числі з навчальною ме-

тою (ст. 23 Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Без згоди автора чи іншої особи, яка має авторське право, допускається:

1) відтворення уривків з опублікованих письмових творів, аудіовізуальних творів як ілюстрацій для навчання за умови, що обсяг такого відтворення відповідає зазначеній меті;

2) репрографічне відтворення навчальними закладами для аудиторних занять опублікованих статей та інших невеликих за обсягом творів, а також уривків з письмових творів з ілюстраціями або без них за умови, коли:

а) обсяг такого відтворення відповідає зазначеній меті;

б) відтворення твору є поодиноким випадком і не має систематичного характеру;

в) немає обмежень з боку організацій колективного управління щодо умов такого відтворення.

Зазначимо, що у новому Законі цей перелік істотно скорочений порівняно з попереднім, але на практиці виникла проблема відтворення методичної літератури чи її фрагментів. Методична література провідних навчальних закладів самостійно тиражується іншими закладами. Це проводиться або через її викачування через електронну пошту, або шляхом простого копіювання. Вважаємо, що розроблена в одному закладі методична література може використовуватися в іншому лише за умови придбання в установленому порядку за згодою методичної ради. В інших випадках вона може використовуватися для створення інших навчальних посібників, і то в обсягах, що виправдані метою такого використання.

Така позиція базується на умовах акредитації вищих закладів освіти (ВЗО). Слід мати на увазі, що на рівень ВЗО впливає і можливість самостійно розробляти та використовувати методичні розробки: програми, методичні вказівки з проведення занять, підготовки курсових та контрольних робіт тощо. Якщо ВЗО 4-го рівня акредитації використовує запозичені в інших ВЗО методичні матеріали, то він не виправдовує свого рівня акредитації. Іншими словами, використання такими ВЗО запозичених розробок є недопустимим.

І. Жилінкова, професор НЮА
України

Концепція шлюбного договору за новим Сімейним кодексом України

Безперечною ознакою процесу нормотворення останніх років є розширення диспозитивних засад регулювання відносин у сімейно-правовій сфері, перш за все майнових відносин подружжя. М. Антокольська слушно відзначає, що сьогодні змінилися самі принципи регулювання цих відносин, коли правила, встановлені імперативними нормами, поступаються місцем диспозитивному регулюванню¹. Найбільш яскраво ця тенденція проявляється в правовому регулюванні договірних відносин подружжя. Донедавна можливість укладення подружжям таких угод узагалі викликала сумніви. Вважалося, що подружжя не вступають між собою в договірні відносини (за винятком договору дарування), тому немає потреби в їх законодавчому опосередкуванні. Втім, не викликає сумніву той факт, що в реальному житті подружжя укладають різноманітні правочини, серед яких безоплатні договори становлять лише частину. Тому цілком виправданими видаються законотворчі зусилля останнього часу, спрямовані на значне розширення диспозитивних засад регулювання майнових відносин подружжя, надання особам можливостей щодо самостійного визначення своїх майнових інтересів за допомогою договорів.

Першою віхою на цьому шляху було введення в правове поле України інституту шлюбного контракту. Відомо, що він виник у законодавстві після набрання чинності Закону від 23 червня 1992 р. «Про внесення змін та доповнень у Кодекс про шлюб та сім'ю Української РСР». Хоча концепцію шлюбного контракту, що його було законодавчо закріплено в КпШС України, не можна визнати досконалою, важливим видається сам факт надання особам можливості створювати для себе мікронорми, які визначають майнові взаємовідносини подружжя і найбільшим чином ураховують конкретну ситуацію, що склалася в сім'ї.

¹ Див.: Антокольская М. В. Семейное право: Учебник. – М., 1996. – С. 151.

З цього часу минуло десять років. За цей період було проведено значну роботу, спрямовану на вдосконалення правового регулювання відносин, що складаються з приводу укладення шлюбних договорів. Оновлена концепція цього інституту знайшла своє закріплення в проекті ЦК України, а також була покладена в основу нового Сімейного кодексу України (далі — СК), який було прийнято Верховною Радою України. Замість однієї статті (ст. 27¹ КпШС), яка регулювала ці відносини, СК передбачає низку статей, які спрямовані на детальне визначення найбільш істотних моментів, пов'язаних з укладенням шлюбного договору.

Хоча СК України не дає визначення шлюбного договору, його основні ознаки можна визначити, виходячи з аналізу його норм. Відповідно до цього **шлюбний договір може розглядатися як згода осіб, які беруть шлюб або перебувають у шлюбі, якою встановлюються майнові права і обов'язки подружжя в шлюбі та у разі його розірвання**. Хоча шлюбний договір має значну специфіку, він відповідає загальним ознакам, що притаманні цивільно-правовим правочинам у цілому¹. Форма цього договору, умови його дійсності, підстави визнання недійсним, процедура укладання та примусового виконання, чимало інших моментів наочно показують, що у даному випадку використовуються загальні цивільно-правові конструкції договірного права.

Втім, як і будь-який інший цивільно-правовий правочин, шлюбний договір має істотні особливості, які дають змогу розглядати його як самостійний вид правочинів. Це стосується не тільки його суб'єктного складу, а й деяких інших характеристик. У зарубіжній літературі відзначалися такі моменти, що дають підставу відмежувати шлюбний договір від звичайних комерційних правочинів: 1) предмет шлюбного договору, як правило, становить для держави значно більший інтерес, ніж предмет комерційних правочинів, тому що він стосується прав та інтересів неповнолітніх; 2) сторони, що укладають шлюбний договір, нерідко мають різний рівень добробуту, що справляє істотний

¹ Антокольская М. В. Вказ. праця. — С. 166; Жилинкова И. В. Брачный контракт. — Х. 1995. — С. 33–34; Максимович Л. Б. Брачный контракт. Комментарий. Разъяснения. — М., 1997. — С. 32; Сосипатрова Н. Е. Брачный договор: правовая природа, содержание, прекращение // Государство и право. — 1999. — № 3. — С. 76.

вплив на його зміст, оскільки той із подружжя, який є менш забезпеченим, може вимагати від іншого врахування цієї обставини; 3) шлюбний договір здійснюється в майбутньому, в контексті відносин, в яких сторони ще не перебувають і які можуть виникнути через багато років після його укладення¹.

СК значно змінює суб'єктний склад шлюбного договору (ч. 1 ст. 92). По-перше; цей договір може бути укладено не будь-якими особами, які збираються взяти в майбутньому шлюб, а лише тими, які подали заяву про реєстрацію шлюбу до органів РАГС. Це правило тягне за собою деякі наслідки процедурного характеру, які вже відзначені в літературі. Так, з набранням чинності СК нотаріусам при реєстрації шлюбного договору необхідно буде перевіряти наявність поданої сторонами до РАГС заяви². По-друге, сторонами шлюбного договору вперше названі особи, які вже зареєстрували шлюб, тобто подружжя. Поширення права на укладення шлюбного договору на подружжя є цілком необхідним і давно назрілим кроком³.

Відповідно до ст. 95 СК дія шлюбного договору, що його було укладено до реєстрації шлюбу, починається з моменту реєстрації шлюбу. Якщо шлюбний договір укладено подружжям, він набирає чинності у день його нотаріального посвідчення. Звертає на себе увагу імперативний характер даної норми. Певною мірою він є виправданим, зокрема стосовно того, що шлюбний договір, котрий укладається особами, які беруть шлюб, може мати чинність тільки після реєстрації шлюбу. Однак імперативність видається невиправданою в інших випадках. По-перше, за бажанням сторін шлюбний договір, укладений до реєстрації шлюбу, може мати чинність не з моменту реєстрації шлюбу, а пізніше, з того часу, що його встановлять для себе сторони. По-друге, немає перешкод для того, щоб шлюбний договір, укладений в період шлюбу, за бажанням сторін поширював свою дію на відносини, що виникли з моменту реєстрації шлю-

¹ *Younger J. T. Perspectives on Antenuptial Agreements // Rutgers Law Review – 1988. – Vol. 40. – P. 1061.*

² Див.: *Фурса С. Шлюбний контракт в нотаріальному процесі // Право України. – 2002. – № 5. – С. 57.*

³ Див.: *Ромовська З. В. Сімейне право – перспективи розвитку // Основні напрямки реформи цивільного права в Україні. – 2-е вид. – К., 1997. – С. 128; Снівак В. М., Голанчук В. С. Законодавство України про шлюб та сім'ю. – К., 1998. – С. 63 та ін.*

бу, тобто мав зворотну силу. Такий договір не буде суперечити закону. Якщо сторони мають право змінити правовий режим майна, придбаного ними до шлюбу, то тим паче вони мають право визначити по-своєму правовий режим майна, набутого в період шлюбу, але до початку дії шлюбного договору.

З урахуванням того, що шлюбний договір за своєю сутністю має довгостроковий характер, важливого значення набувають нові правила, закріплені в СК. Відповідно до ст. 96 СК у шлюбному договорі, по-перше, може бути встановлено загальний строк його дії, а також строки тривалості окремих прав та обов'язків подружжя; по-друге, за бажанням сторін у договорі може бути встановлена чинність договору або окремих його умов і після припинення шлюбу. Введення цих новел видається доцільним. Подружжя можуть укласти шлюбний договір лише на певний час, наприклад, на перші п'ять років після реєстрації шлюбу. Після їх закінчення вони при бажанні мають право укласти новий договір або погодитися з законним (легальним) режимом свого майна, який встановлено законодавством України. Крім того, подружжя можуть укласти шлюбний договір на певний час при настанні конкретних обставин, наприклад, при окремому проживанні. В договорі можна передбачити строк чинності окремих прав та обов'язків подружжя. Наприклад, один із подружжя бере на себе обов'язок надавати в певному розмірі утримання другому з подружжя незалежно від її (його) працездатності та потреби у матеріальній допомозі протягом одного року. Існує багато інших випадків, коли дія шлюбного договору або окремих його положень може бути за бажанням сторін визначатися певним строком.

Важливим видається також правило щодо можливості встановлення сторонами в договорі прав та обов'язків, які виникатимуть після припинення шлюбу. В цьому відображаються особливості подружніх стосунків, коли навіть після припинення сімейних відносин особи відчувають потребу добровільно взяти на себе певні обов'язки щодо колишнього подружжя. Наприклад, той із подружжя, який проживає окремо від дитини, зобов'язується після розірвання шлюбу надавати другому із подружжя кошти, спрямовані на забезпечення повноцінного відпочинку дитини та її матері (батька) до досягнення дитиною повноліття. За шлюбним договором один із подруж-

жя може зберегти за собою право на проживання протягом певного часу після розірвання шлюбу в жилому приміщенні, яке належить на праві власності іншому з подружжя, і т. под.

СК України залишає незмінною існуючу концепцію щодо предмета шлюбного договору. Відповідно до п. 2, 3 ст. 93 СК шлюбним договором регулюються лише майнові відносини подружжя, їх майнові права і обов'язки. Шлюбний договір не може регулювати особисті відносини між ними, а також особисті відносини між батьками та дітьми. Видається, що ця норма достатньо чітко окреслює межі шлюбного договору в цьому сенсі. Тому важко погодитися з висловленою в літературі думкою, що «така редакція норми закону потребує відповідного тлумачення, оскільки її неконкретність зумовлює неможливість її застосування»¹. Навпаки, зазначена норма однозначно вказує на неможливість включення до шлюбного договору будь-яких умов особистого характеру. Тому не відповідатимуть закону запропоновані в літературі умови шлюбного договору щодо встановлення права кожного із подружжя на віросповідання або на виховання в дітях прихильності до якоїсь релігії².

Збереження в СК заборони на включення в шлюбні договори умов, що стосуються особистих відносин подружжя, може бути пояснене двома основними моментами. По-перше, тим, що особисті права та обов'язки подружжя встановлені безпосередньо законом, внаслідок чого вони невіддільні від самого суб'єкта — їх носія. По-друге, шлюбний договір (як і будь-які інші цивільно-правові правочини) повинен мати можливість бути виконаним примусово, якщо в цьому виникне необхідність. У теорії права не викликає сумнівів та обставина, що юридичного характеру набувають лише ті суспільні відносини, поведінка учасників яких, по-перше, закріплена і, по-друге, у разі необхідності реально забезпечена заходами державного захисту³. Включення ж у договір положень, що носять неправовий за своєю сутністю характер, просто не має сенсу.

В СК окреслено три основні види майнових відносин, які можуть регулюватися шлюбним договором. Це відносини, які

¹ Фурса С. Вказ. праця. — С. 59.

² Див.: Там само.

³ Див.: Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. — М., 1961. — С. 186.

виникають щодо: а) спільного та роздільного майна подружжя; б) порядку користування житлом; в) надання утримання одному із подружжя (ст.ст. 97, 98, 99).

Основу правового регулювання відносин подружжя щодо їх майна за чинним КпШС України (ч. 1 ст. 27¹) становить правило, відповідно до якого умови шлюбного контракту не можуть погіршувати становища подружжя порівняно з сімейним законодавством України. Напевно, найбільш істотною зміною, яка визначає сутність нової концепції шлюбного договору, є виключення цієї норми. Необхідно відзначити, що таке рішення виявляється виправданим. Закріплення в ст. 27¹ КпШС України цієї норми зводить нанівець саму ідею шлюбного договору, оскільки штучно прив'язує його умови до чинного законодавства. Права сторін щодо вільного визначення своїх майнових прав істотно обмежуються. Перш ніж укласти шлюбний договір, необхідно провести порівняльний аналіз його умов з нормами чинного законодавства, і будь-яке відхилення від правил, закріплених у законі, можна тлумачити як погіршення становища сторін або однієї з них. Найбільше занепокоєння викликає питання щодо встановлення зміни розміру часток подружжя у разі поділу їх майна. В точному розумінні ст. 27¹ КпШС зменшення розміру часток будь-кого із подружжя є неможливим, тому що погіршує його становище порівняно із законом, який, як відомо, визначає рівність прав подружжя на майно. Тому нотаріуси в разі засвідчення шлюбних контрактів за будь-яких обставин намагаються уникати включення таких умов до змісту договору. Цікаво відзначити, що в зразку шлюбного контракту, що його було розроблено Кабінетом Міністрів України¹, одним із пунктів був запропонований саме відступ від рівності часток подружжя, що наочно є порушенням ст. 27¹ КпШС України. Втім, закріплена в законі заборона є настільки штучною, що навіть Кабінет Міністрів України обминув її і вказав на можливість поділу майна подружжя не в рівних частках.

Отже, виключення правила щодо неможливості умовами шлюбного контракту погіршувати становище будь-кого із подружжя порівняно із законодавством є правильним. Тому викликає подив включення до СК іншої норми, яка знов-таки спрямована на обмеження прав подружжя щодо самостійного ви-

¹ Див.: Право України. – 1994. – № 7–8. – С. 45.

рішення своїх майнових прав. У п. 5 ст. 93 СК передбачено, що за шлюбним договором не може передаватися у власність одному із подружжя нерухоме майно та інше майно, право на яке підлягає державній реєстрації. Чим викликана поява цієї норми, важко сказати. Видається, що законодавець знов-таки намагається «захистити» подружжя від самих себе, «порівняти» їх права, зробити неможливою ситуацію, коли майно передаватиметься у власність лише одного з них, щоб запобігти зловживанню правом. Таким чином законодавець робить спробу перестрахуватися і включити до закону норму, що забезпечує певний паритет майнових прав подружжя. Втім, ця спроба уявляється невдалою. Виправданям може слугувати лише те, що, як відзначалося в літературі, примирення принципів індивідуалізму з інститутом шлюбу ніколи не було легким завданням¹. Моделюючи ті чи інші норми, слід виходити з того, що за будь-яких умов закон не може захистити від укладення непродуманих договорів, тому свобода договору повинна включати і свободу здійснення помилок². Що ж стосується «одвічної» проблеми майнової рівності подружжя в шлюбі, то при її вирішенні слід виходити з того, що «є й такі правочини, коли розподіл і часток, і майна (речей) не базується на «формальному» моменті рівності. Однак самі ці правочини завжди відображають саме «реальну» рівність, так як подружжя погодилося між собою, що зафіксований в юридичному документі розподіл спільної сумісної власності найбільш справедливий і відображає фактичне відношення вкладу кожного з них у спільно нажите майно»³. Піддаючи критиці п. 5 ст. 93 СК, С. Фурса правильно ставить питання: «Особи виявили свою волю в шлюбному контракті, вона не має ознак правопорушення — то чому закон забороняє цю волю вважати дійсною?»⁴

За СК регулювання відносин подружжя щодо укладення шлюбного договору в цілому базується на диспозитивних засадах. В п. 5 ст. 97 СК закріплене загальне правило про те, що сторони можуть включати до шлюбного договору будь-які умови

¹ Див.: Sharp S. B. Fairness Standarts and Separation Agreements: a Word of Caution on Contractual Freedom // Pensilvania Law Review. — 1984. — Vol. 132. — P. 1393

² Див.: Weitzman L. The Marriage Contract. Spouses, Lovers, and the Law. — L. 1981. — P. 248.

³ Ершова Н. М. Вопросы семьи в гражданском праве. — С. 82–83.

⁴ Фурса С. Вказ. праця.

щодо правового режиму майна, якщо вони не суперечать моральним засадам суспільства. Пункт 5 ст. 93 СК містить імперативне правило щодо неможливості передачі у власність одному із подружжя майна, право на яке підлягає державній реєстрації. З цього випливає висновок про те, що включення такої умови в шлюбний договір суперечитиме моральним засадам суспільства. В чому саме полягає ця «суперечність», залишається неясним. Норма, закріплена в п. 5 ст. 97 СК, уявляється найбільш невдалим «елементом» нової концепції шлюбного договору.

У свою чергу цілком виправданим і дійсно необхідним є включення до СК України правила про те, що шлюбний договір, по-перше, не може зменшувати обсягу прав дитини, які встановлені в цьому кодексі, та, по-друге, ставити одного із подружжя у надзвичайно невідповідне матеріальне становище (п. 4 ст. 93 СК). Ці правила мають гнучкий характер і у цілому дозволяють захистити інтереси дітей та кожного із подружжя в різних життєвих ситуаціях. Хотілося б тільки внести корективи в перше положення, що стосується неповнолітніх. У СК зазначено, що в договорі не може зменшуватися обсяг прав дітей, які передбачені саме цим кодексом. Виникає питання стосовно прав дітей, які закріплені в інших нормативних актах або навіть не знайшли свого безпосереднього відображення в законодавстві. Не викликає сумніву, що такі права також необхідно захищати. Тому вказане правило мало б формулюватися більш широко: шлюбний договір не може зменшувати майнових прав та законних інтересів дитини. Щодо подружжя ця норма видається вдалою. Подружжю надається право самим вирішувати майнові питання свого життя, встановлюючи як рівні, так і нерівні права щодо майна за винятком випадків, коли за умовами шлюбного договору один із них може опинитися у надзвичайно невідповідному матеріальному становищі.

Ще однією новелою концепції шлюбного договору, закріпленою в СК, є введення таких понять, як відмова від шлюбного договору та його розірвання. Як перший, так і другий терміни стосуються ситуації, коли шлюбний договір припиняє свою дію на майбутнє при збереженні правових наслідків, які виникли під час його дії (в цьому полягає відмінність між ними та визнанням шлюбного договору недійсним). Однак відмова від шлюбного договору здійснюється за бажанням сторін (ст. 101 СК), в той

час як для його розірвання необхідне відповідне рішення суду (ст. 102 СК). Таке розмежування термінів навряд чи є цінним внеском у теорію цивільного права. В науці та практиці протягом багатьох років склався єдиний усталений термін — розірвання договору, який застосовується як щодо добровільного припинення договірних відносин, так і для їх припинення за рішенням суду. Навряд чи є необхідність дроблення цього терміна на два нових.

Як і інші подружні правочини, шлюбний договір унаслідок деяких причин може бути визнаний недійсним. З урахуванням того, що за своєю структурою шлюбний договір може бути досить складним і включати низку відносно самостійних частин, недійсність може поширюватися не на договір у цілому, а лише на його окремі частини. Підстави для цього в основному ті ж самі, що й для інших цивільно-правових правочинів. Відповідно до ст. 103 СК шлюбний договір на вимогу одного з подружжя або іншої особи, права та інтереси якої цим договором порушено, може бути визнаний недійсним за рішенням суду з підстав, встановлених ЦК України. Крім того, СК містить власні умови, порушення яких може призвести до визнання шлюбного договору недійсним.

Підсумовуючи наведене, можна виділити такі основні підстави визнання шлюбного договору недійсним: 1) порушення нотаріальної форми договору, а також укладення шлюбного договору неповнолітніми неемансипованими особами, які беруть шлюб без згоди їх батьків або піклувальника; 2) неналежний суб'єктний склад (укладення договору недієздатними особами, або такими, що не мають необхідного обсягу дієздатності); 3) зменшення обсягу прав дитини, які встановлені СК; 4) включення умов, які ставлять одного з подружжя у надзвичайно не вигідне матеріальне становище; 4) укладення договору в результаті обману, насильства, погрози; 5) помилка однієї з сторін договору; 6) суперечність шлюбного договору або окремих його частин закону (наприклад, включення в договір положень, що стосуються особистих прав і обов'язків подружжя або їх неповнолітніх дітей).

Надійшла до редколегії 15.07.02

П. Кондик, головний спеціаліст
(Секретаріат Кабінету Міністрів України,
Юридичний департамент, Управління аналізу та проблем розвитку законодавства)

Правові аспекти визначення статусу військового майна*

Вітчизняна юридична наука, на жаль, сьогодні недостатню увагу приділяє аналізу розвитку законодавства військової сфери, особливо що стосується правових аспектів режиму майна Збройних Сил та інших військових формувань, питань правосуб'єктності військових частин, форм участі в цивільно-правових відносинах та ін. Але ж ці питання мають надзвичайно велике значення. В теорії та практиці військового будівництва нашого сусіда — Російської Федерації все більше уваги приділяється військово-правовій проблематиці, зокрема визначенню публічно-правового змісту та організаційно-правової форми структур збройних сил.

Думки вчених щодо цих питань неоднозначні, деякі їх погляди та позиції прямо протилежні тенденціям розвитку національного законодавства України військової сфери¹. На відміну від колишнього СРСР, де збройні сили та інші військові структури здійснювали свою діяльність в основному у площині корпоративного (відомчого) законодавства, яке в основному охоплювалося наказами, директивами і навіть вказівками, Збройні Сили та інші військові формування України діють у площині законодавства, яке створене за часів незалежності, а тому воно містить багато новацій і разом з тим неузгодженостей, а подеколи — і суперечностей. За період розвитку правової системи Української держави відбулися значні зміни у законодавстві, що регулює відповідні сфери суспільного життя, в тому числі й у військовій сфері. Верховною Радою України прийнято важливі закони, які сприяють створенню належних умов для успішно-

* Проблема, що досліджується в цій статі, знаходиться на стику адміністративного та цивільного права.

¹ Див.: Гейвандов Я. А. Государство и право, — М., 1999. — № 2. — С. 5–13.

го виконання Збройними Силами та іншими військовими формуваннями, утвореними відповідно до законів України, покладених на них завдань, виключаючи можливість їх існування як «держави в державі». Наряду із законодавчими актами, аналогі яких діяли і в колишньому СРСР, в Україні прийнято багато принципово нових законів, які за предметом правового регулювання є значущими не тільки для законодавства, а й для юридичної науки в цілому. Йдеться, зокрема, про закони України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» та «Про господарську діяльність у Збройних Силах України».

Метою цієї статті є аналіз особливостей правового режиму майна, що належить військовим структурам, порівняно з правовим режимом майна, що належить іншим структурам державної форми власності.

Як відомо, в теорії під правовим режимом майна розуміються передбачені нормами законодавчих актів його структура, порядок придбання (формування), використання і вибуття, а також звернення на нього стягнення кредиторів¹.

Згідно зі ст. 1 Закону «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» військове майно — це державне майно, закріплене за військовими частинами, закладами, установами та організаціями Збройних Сил України (далі — військові частини). До нього належать будинки, споруди, передавальні пристрої, всі види озброєння, бойова та інша техніка, боєприпаси, пально-мастильні матеріали, продовольство, технічне, аеродромне, шкіперське, речове, культурно-просвітницьке, медичне, ветеринарне, побутове, хімічне, інженерне майно, майно зв'язку тощо. Наведений перелік військового майна за видами не є вичерпним. З цієї дефініції Закону випливають важливі ознаки військового майна. По-перше, військове майно — це майно державної форми власності; по-друге, це майно, закріплене за військовими частинами, закладами, установами, організаціями. Отже, будь-яке майно, закріплене за військовими частинами, має статус військового.

Особливості зазначеного статусу визначено у ст. 3 згаданого Закону, згідно з якою військове майно закріплюється за військовими частинами на праві оперативного управління. Відповідно до ст. 39 Закону України «Про власність» майно на праві

¹ Див.: Шербина В. С. — Господарське право. — 2-е вид. — К., 2001. — С. 137.

оперативного управління може належати установам і організаціям, тобто юридичним особам, що в свою чергу має велике значення для визначення статусу військових частин Збройних Сил. Під правом оперативного управління розуміється таке майнове право, за яким відповідна юридична особа володіє, користується та розпоряджається належним їй майном відповідно до вказівок власника та призначення майна.

У ст. 3 Закону «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» деталізується визначення поняття правового режиму військового майна з точки зору особливостей його обліку та використання та моменту набуття ним цього військового статусу. В ч. 2 цієї статті прямо зазначено, що з моменту надходження майна до Збройних Сил і закріплення за військовою частиною воно набуває статусу військового майна. Отже, будь-яке майно, що надходить до Збройних Сил як в порядку постачання відповідно до державного оборонного замовлення і розподілення в централізованому порядку, так і в порядку його придбання безпосередньо військовими частинами за договорами купівлі-продажу або отримання ними за іншими цивільно-правовими договорами (наприклад, договорами підряду на капітальне будівництво, контрактації сільськогосподарської продукції тощо) набуває статусу військового з моменту закріплення його за конкретною військовою частиною. Тобто сам факт надходження відповідного майна до Збройних Сил ще не тягне за собою набуття спеціального статусу цим майном. Такий статус набувається з прийняттям відповідним органом військового управління або посадовою особою рішення про закріплення майна за військовою частиною. Законом окреслюються межі використання зазначеного майна — лише за його цільовим і функціональним призначенням, що виключає можливість зловживань з таким майном.

Надзвичайно важливим видається віднесення в Законі до компетенції Кабінету Міністрів України питань щодо проведення операцій з військовим майном. Деякі питання управління майном визначено безпосередньо в Законі.

По-перше, це питання його обліку. Військові частини ведуть облік закріпленого за ними майна у кількісних, якісних, облікових та вартісних показниках і враховують за відповідними службами: продовольчою, речовою, пально-мастильних матеріалів, квартир-

но-експлуатаційною тощо. В такому ж порядку облік ведеться і у відповідних службах забезпечення органів військового управління та квартирно-експлуатаційній службі Збройних Сил. На зазначені органи управління також покладається завдання щодо забезпечення військових частин майном відповідно до затверджених норм та організації його ефективного використання.

По-друге, питання списання військового майна. Законодавець відносить до повноважень Міноборони встановлення порядку списання військового майна за актами технічного стану та інспекторськими посвідченнями. Таке право отримують командири військових частин та посадові особи органів військового управління відповідно до їх компетенції (маються на увазі ті граничні суми в коштах, в межах яких відповідні посадові особи можуть списувати матеріальні цінності).

По-третє, питання інвентаризації військового майна. Законом встановлено, що інвентаризація військового майна у військових частинах проводиться щороку. За її результатами Міноборони має інформувати Кабінет Міністрів України про наявність у структурах Збройних Сил відповідного майна. Що ж стосується форм обліку та встановлення порядку звітності, то згідно зі ст. 5 зазначеного Закону врегулювання цього питання належить до компетенції Держкомстату (за погодженням з Міноборони та Мінекономіки). Детальніше ці питання врегульовано у постановах Кабінету Міністрів України від 4 серпня 2000 р. № 1225 «Про затвердження Положення про порядок обліку, зберігання, списання та використання військового майна у Збройних Силах»¹ та від 3 травня 2000 р. № 748 «Про затвердження Положення про інвентаризацію військового майна у Збройних Силах»². Так, у п. 3 Положення про порядок обліку, зберігання, списання та використання військового майна у Збройних Силах передбачено, що за військовими частинами закріплюється військове майно Міноборони. Правовим засобом закріплення є відповідні рішення. Згідно з Положенням про Міністерство оборони України це можуть бути накази або директиви, які видаються Міністром оборони. В контексті зазначеного принципово важливим є питання можливості Міноборони делегувати підпорядкованим органам військового уп-

¹ Див.: Офіційний вісник України. – 2000. – № 32. – Ст. 1366.

² Див.: Офіційний вісник України. – 2000. – № 18. – Ст. 751.

равління повноваження щодо закріплення військового майна за військовими частинами. Фактично йдеться про елемент управління майном. З огляду на це потрібно провести додатковий аналіз окремих статей Закону «Про правовий режим майна у Збройних Силах України». Із змісту ст. ст. 2 і 3 Закону випливає, що по-перше, Кабінет Міністрів України з урахуванням його конституційних повноважень щодо управління об'єктами права державної власності здійснює такі функції з управління військовим майном:

а) вирішує питання щодо забезпечення Збройних Сил військовим майном. Ці функції виконуються, зокрема, через механізм реалізації Закону України «Про державне оборонне замовлення» (визначення порядку формування основних показників оборонного замовлення, розміщення та коригування обсягів поставок (закупівлі) продукції, в тому числі затвердження номенклатури та кількості продукції, що поставляється (закуповується), обсягів робіт, послуг, їх вартість).

Окремі функції випливають із законів України «Про оборону України» та «Про Збройні Сили України». Згідно зі ст. 9 Закону «Про оборону України» Кабінет Міністрів України встановлює порядок надання Збройним Силам, іншим військовим формуванням у користування державного майна, в тому числі земельних (водних) ділянок, інших природних, енергетичних ресурсів, фондів, майна і послуг, використання повітряного і водного транспорту, морських і річкових портів, аеропортів та аеродромів (посадочних майданчиків), засобів зв'язку і радіочастотного ресурсу, комунікацій, інших об'єктів інфраструктури держави, навігаційної, топогеодезичної, метеорологічної та іншої інформації, ведення геодезичних і картографічних робіт. Важливим елементом управління майном Збройних Сил з боку Кабінету Міністрів України є встановлення відповідно до закону порядку реалізації та утилізації озброєння, військової техніки, іншого майна Збройних Сил, а також утилізації металобрухту, який утворився у військових частинах. Необхідно зазначити, що основні засади реалізації військового майна визначені в цілому в ст. 6 Закону «Про правовий режим майна у Збройних Силах України». Питання ж утилізації озброєння, військової техніки та металобрухту на сьогодні, на жаль, законом не регламентується. Доцільно, на нашу думку, його врегулювати шляхом внесення відповідних змін до згаданого Закону;

б) приймає рішення щодо утворення, реорганізації та ліквідації науково-дослідних установ Збройних Сил, військових навчальних закладів та військових кафедр (відділень, факультетів) державних вищих навчальних закладів (ст. 9 Закону «Про оборону України»). Подібні повноваження передбачено і в Законі «Про Збройні Сили України». Разом з тим слід звернути увагу на певні розбіжності в цих законах. Так, у Законі «Про оборону України» визначено, що Кабінет Міністрів установлює порядок надання Збройним Силам *в користування державного майна*, а в Законі «Про Збройні Сили України» — *в управління об'єктів державної власності*. Цю явну неузгодженість потрібно, звичайно, усунути;

в) вирішує питання щодо перерозподілу військового майна між військовими формуваннями та передачі його до цивільних структур. Із змісту ст. ст. 2 і 3 Закону «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» випливає, що Кабінет Міністрів України приймає рішення стосовно вилучення військового майна і передачі його міністерствам та іншим центральним органам виконавчої влади. Така передача повинна здійснюватися у спеціальному порядку, тобто відмінному від існуючого порядку передачі державного майна.

По-друге, принциповим для Закону «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» є визначення обсягу повноважень Міноборони з управління військовим майном. З одного боку, Декретом Кабінету Міністрів України від 15 грудня 1992 р. № 8-92 «Про управління майном, що є у загальнодержавній власності» Міноборони як центральному органу виконавчої влади надаються повноваження на створення, реорганізацію та ліквідацію підприємств, установ і організацій, і, відповідно, в межах зазначених повноважень, на здійснення управління майном, що належить цим структурам. З іншого боку, Законом «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» встановлено обмеження щодо управління майном структур Збройних Сил, яке охоплюється фактично правом Міноборони щодо його закріплення за військовими частинами, закладами, установами та організаціями Збройних Сил, перерозподілом цього майна між зазначеними структурами у разі їх переформування та розформування. Певні повноваження Міноборони з управління цим майном також передбачені у ст. 10 Закону «Про обо-

рону України», де зазначається, що Міноборони здійснює управління переданим йому військовим майном (точніше, йдеться про майно, передане структурам Збройних Сил) і майном підприємств, установ і організацій, що належать до сфери його управління. Із норми цього Закону випливає, що у сфері Міноборони знаходиться майно, яке належить Збройним Силам і має статус військового, а також інше майно (цивільного, подвійного або військового призначення), яке належить невійськовим структурам, функції щодо управління майном яких Міноборони здійснює відповідно до Декрету Кабінету Міністрів від 15 грудня 1992 р. № 8-92. Ці структури з точки зору режиму майна, що їм належить, розмежовуються з урахуванням їх розподілу на структури Збройних Сил і підприємства, установи та організації, які належать до сфери управління Міноборони, проте не входять до складу Збройних Сил. У зв'язку з цим в практичній діяльності може виникнути питання стосовно наявності у Міноборони повноважень щодо вилучення майна із Збройних Сил та його залишення у сфері управління Міноборони, скажімо, передачі на баланс підпорядкованим державним підприємствам. Фактично із змісту ст. ст. 2 і 3 Закону «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» випливає, що вирішення цих питань належить до компетенції Кабінету Міністрів України. Отже, щоб вилучити майно із Збройних Сил, необхідно прийняти постанову або розпорядження Кабінету Міністрів України, що не є доцільним.

Нещодавно Верховною Радою України прийнято Закон України «Про внесення зміни до статті 2 Закону України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України», згідно з яким ч. 1 викладена у такій редакції: «Вирішення питань щодо забезпечення Збройних Сил України військовим майном, а також визначення порядку вилучення і передачі його до сфери управління центральних або місцевих органів виконавчої влади, інших органів, уповноважених управляти державним майном, самоврядним установам і організаціям та у комунальну власність територіальних громад сіл, селищ, міст або у їх спільну власність (за згодою відповідних органів місцевого самоврядування з дотриманням вимог Закону України «Про передачу об'єктів права державної та комунальної власності») належить до компетенції Кабінету Міністрів України з урахуванням того,

що озброєння та бойова техніка можуть передаватися лише до військових формувань, існування яких передбачено законом».

Вербальний та семантичний аналіз зазначеної норми та Закону в цілому дає змогу зробити висновки щодо змін у правовому режимі військового майна, а саме:

1) розширюється компетенція Кабінету Міністрів України в частині визначення *порядку* вилучення та передачі військового майна;

2) розширено коло суб'єктів, яким може бути передано майно — не тільки центральним, а й місцевим органам виконавчої влади, іншим органам, уповноваженим управляти державним майном, самоврядним установам і організаціям, у комунальну власність;

3) запроваджено обмеження на передачу озброєння та військової техніки (тільки до військових формувань).

Та чи вирішують зазначені зміни існуючі проблемні питання вилучення та передачі військового майна? Гадаємо, що лише частково. Справді, з набуттям чинності цим Законом рішення про вилучення та передачу військового майна не обов'язково приймати безпосередньо Кабінету Міністрів України, оскільки відповідним порядком, який буде ним затверджено, може бути передбачено інше. Разом з тим залишилася без зміни ч. 2 цієї статті, яка визначає обсяг повноважень Міноборони з управління військовим майном. Крім того, законодавче врегулювання питання передачі озброєння і військової техніки лише військовим формуванням породжує нові проблеми, наприклад, щодо законності передачі стрілецької зброї органам прокуратури або МВС (крім внутрішніх військ МВС).

Питання визначення правових засад передачі військового майна має певний зв'язок з питанням його відчуження. В цьому контексті принциповим є самий зміст поняття відчуження. В теорії під відчуженням розуміється передача права власності¹. Цивільний та Цивільний процесуальний кодекси фактично не проводять різниці у понятійному апараті між відчуженням і реалізацією. Разом з тим невдала редакція ст. 6 Закону «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» не дає змогу зробити однозначний висновок. Так, у ч. 3 ст. 6 визначено, що порядок реалізації військового майна затверджується Кабінетом Міністрів України. Одночасно окремо зазначається, що

¹ Див.: Юридична енциклопедія. — К., 1998. — Т. 1. — С. 447.

порядок відчуження військового майна визначається Кабінетом Міністрів України. На нашу думку, це можна пояснити простою недосконалістю юридичної конструкції статті, оскільки її зміст спрямовано на одне — відчуження майна повинно здійснюватися шляхом його реалізації, тобто за плату. Передача ж майна на безоплатних засадах можлива лише за умови надання військовому майну статусу цивільного, з виведенням його до сфери управління Міноборони та подальшою передачею до комунальної власності, до сфери управління місцевих державних адміністрацій (самоврядним організаціям) у встановленому законодавством порядку.

Наприкінці необхідно торкнутися також питання майнової відповідальності структур Збройних Сил, тобто можливості у відповідних випадках накладати стягнення на майно Збройних Сил з метою задоволення вимог кредиторів. Згідно зі ст. 5 Закону «Про господарську діяльність у Збройних Силах України» військова частина як суб'єкт господарської діяльності за своїми зобов'язаннями відповідає коштами, що надходять на її рахунок по відповідних статтях кошторису (крім захищених статей), а в разі їх нестачі відповідальність за зобов'язаннями військової частини несе Міноборони. Стягнення за зобов'язаннями військової частини не може бути звернено на майно, що за нею закріплено. Як впливає із змісту зазначеної статті, це стосується лише військових частин, що пройшли реєстрацію як суб'єкти господарської діяльності у Збройних Силах. А як бути з іншими частинами? Вважаємо, що це питання має бути врегульовано в Законі «Про правовий режим майна у Збройних Силах України». Слід також звернути увагу на те, що Закон передбачає формування кошторису військових частин за статтями, що не повною мірою узгоджується на сьогодні з бюджетним законодавством, зокрема нормативно-правовими актами, які регулюють питання запровадження бухгалтерського обліку в Збройних Силах. Проте питання запровадження бухгалтерського обліку у військових формуваннях досить непросте і потребує особливого аналізу.

Таким чином, в законах «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» та «Про господарську діяльність у Збройних Силах України» питання визначення статусу військового майна потребують свого уточнення, переосмислення та врегулювання з позицій сьогодення.

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

Т. Варфоломєєва, член-кореспондент АПрН України

Процесуальні, криміналістичні та етичні аспекти захисту

Права і свободи людини мають бути надійно захищені. Конституція України гарантує кожному право на правову допомогу, підозрюваному, обвинуваченому, підсудному — право на захист, затриманій особі — користуватися правовою допомогою захисника. Конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані, вони не можуть бути обмежені (крім випадків, прямо передбачених Конституцією України).

Чинне законодавство дійсно містить певні гарантії забезпечення права на захист, встановлює відповідні процедури, які дозволяють людині здійснювати право на захист особисто або звертатися за правовою допомогою до юристів. Однак навряд чи слід заспокоюватися щодо достатності наданих кожному гарантій забезпечення права на захист і стану їх додержання. Практика свідчить про те, що переважна частина населення не може самостійно здійснити своє право на захист і на правову допомогу, коли така потреба виникає, звернутися ж до професіонала за правовою допомогою більшість не має можливості, зокрема матеріальної. Громадяни нерідко відмовляються від захисту своїх порушених прав ще й через зневіру в правосуддя, протидію чиновників, недосконалість законодавства і неспроможність самостійно розібратися у величезній кількості досить недосконалих законів.

Правова реформа має бути спрямована не тільки на вдосконалення системи правосуддя, а й на підвищення іміджу правоохоронних органів, довіри до суддів, забезпечення високого професійного рівня юристів, зокрема тих, хто вирішує долю людей, надає правову допомогу, захищає і представляє інтере-

си громадян в судах та інших органах. Доцільно переглянути порядок відбору кандидатур до суддівського корпусу і встановити конкурсний відбір, а не рекомендацію від посадовців кваліфікаційним комісіям суддів, а потім і Вищій раді юстиції певних юристів для обрання судьями.

Реформуючи правову систему, бажано виходити в першу чергу з доцільності тих чи інших новел, спрямованості будь-яких перетворень на поліпшення захисту конституційних прав і свобод, доступності правосуддя для кожної пересічної людини, а не автоматично копіювати інші правові системи, які іноді не корелюються з українською, що, вочевидь, не поліпшує стану захисту прав людини, ефективність діяльності правоохоронних органів. Наприклад, уже зараз можна говорити про те, що сучасна система апеляції і касації, введена в Україні, фактично унеможливила доступ до правосуддя громадян, оскільки вони навряд чи зможуть самостійно розібратися в законодавчих тонкощах щодо подання апеляції або в питаннях, пов'язаних з касацією. Скоротилися й реальні можливості оскарження судових рішень, непомірно зросло навантаження суддів, що істотно ускладнює їх діяльність і може призвести до поверхового перегляду справ, тобто до можливих судових помилок.

Аналізуючи звернення громадян до Консультативного бюро з прав людини Співки адвокатів України, Консультативного юридичного центру Академії адвокатури України з різних правових питань або щодо оскарження судових рішень до Європейського суду з прав людини, стає очевидним, що необхідно терміново приймати нові Кримінально-процесуальний і Цивільно-процесуальний кодекси, в яких передбачити надійні механізми забезпечення права на захист, представництва інтересів громадян.

На жаль, слід констатувати недопустиме ставлення, що формується в Україні останнім часом, до такої конституційної інституції, як адвокатура, на котру покладається завдання забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ в судах та інших державних органах (ст. 59 Конституції). Передусім цією нормою обмежено традиційні повноваження адвокатури, які існують в кожній країні, шляхом зосередження її діяльності лише в державних органах. Разом з тим існування в Україні фактично «паралель-

ної» адвокатури з числа юристів-підприємців та інших «фахівців в галузі права», яких Конституційний Суд України прирівняв до адвокатів (рішення у справі Солдатова), надавши їм можливість виступати і як захисники у кримінальному судочинстві, незважаючи на те що вони не мають належного, згідно зі світовими стандартами і рекомендаціями Комітету міністрів Ради Європи, допуску до надання правової допомоги, не несуть відповідальності за якість надання правової допомоги, не підпорядковуються професійним етичним нормам тощо.

Однак слід наголосити, що допускати таких фахівців як захисників немає жодних підстав, оскільки Конституційний Суд в зазначеному рішенні вказав на те, що ними можуть бути лише ті фахівці, які «за законом мають право на надання правової допомоги». Такий закон до цього часу не прийнятий, отже, практику допуску зазначених осіб як захисників слід визнати незаконною.

Зміни і доповнення, внесені до КПК Законом України від 21 червня 2001 р., містять низку новел щодо захисту, які навряд чи сприятимуть громадянам у реалізації ними конституційного права на захист. Так, близькі родичі, опікуни або піклувальники обвинуваченого допускаються до участі у справі як захисники лише з моменту пред'явлення для ознайомлення матеріалів досудового слідства. Тобто, протягом всього періоду розслідування обвинувачених, якого захищатимуть зазначені особи, залишається без допомоги захисника. Однак у передбачених ст. 45 КПК випадках обов'язкової участі захисника близькі родичі, опікуни або піклувальники здійснюють захист не самостійно, а лише одночасно з захисником-адвокатом або фахівцем в галузі права. Ця норма нібито підвищує рівень здійснюваного захисту. Але як бути тим особам, захист яких не передбачає таку «сумісну» діяльність зазначених осіб з захисниками-професіоналами? Адже не тільки ст. 45 КПК, а й п. 2 ст. 47 КПК містять норми про обов'язкове призначення захисника у разі, коли обвинувачений, підозрюваний, підсудний бажає його запросити, але не може цього зробити за відсутністю коштів або з інших об'єктивних причин (правда, хто визначатиме «об'єктивність» і за якими критеріями — невідомо). Сумнівно, що належний рівень захисту забезпечить близький родич, опікун або піклувальник в суді у випадках, коли не передбачена обов'язкова участь про-

фесійного захисника. Навряд чи можна сподіватися на забезпечення у цьому разі змагальності і рівності прав сторін (прокурора — з одного боку і захисника — близького родича, опікуна, піклувальника — з другого) у поданні доказів, їх дослідженні, доведенні їх переконливості тощо. Доцільно передбачити в КПК обов'язкову участь захисника-адвоката в судовому розгляді з огляду на обов'язкову участь у судовому засіданні прокурора відповідно до ст. 264 КПК. Це сприяло б рівності прав сторони обвинувачення і сторони захисту (ст. 16¹, 261 КПК).

Як свідчить практика залучення захисника до участі в справі, правоохоронні органи відчувають значні труднощі у забезпеченні обов'язкової участі захисника за призначенням у порядку, передбаченому ст. 47 КПК. Причини цього криються у відсутності достатньої кількості адвокатських об'єднань (при величезній кількості адвокатів у країні), через які може призначатися адвокат і для керівника яких вимога про призначення захисника є обов'язковою. Серед таких причин слід назвати несприятливі умови оподаткування адвокатських об'єднань, несплату державою коштів або мізерну оплату за здійснення захисту за призначенням, велику орендну плату або відсутність приміщень для розміщення адвокатських об'єднань. Причому майже всі ці та інші чинники призводять до значного підвищення вартості правової допомоги, що примушує адвокатів займатися адвокатською діяльністю індивідуально, працювати без створення юридичної особи. Крім інших негараздів таке роз'єднання адвокатури знесилює її, частково призводить до зниження професійного рівня адвокатів, оскільки за відсутності їх професійних об'єднань не практикуються між ними обмін досвідом, обговорення адвокатської практики і підвищення у такий спосіб професійного рівня, корпоративного контролю за якістю правової допомоги. Зазначені чинники знесилюють адвокатуру, а високопрофесійний корпус адвокатів поступово підміняють здебільшого слабо підготовленими до професійної правозахисної діяльності «фахівцями у галузі права», «юристами-підприємцями», які не спромоглися підтвердити свій професійний рівень через складання кваліфікаційних іспитів, встановлених для одержання права займатися адвокатською діяльністю.

Слід зазначити, що у випадках, коли слідчий не може забезпечити захисника, наприклад у разі необхідності призначення

його згідно з п. 2 ч. 4 ст. 47 КПК — коли підозрюваний, обвинувачений, підсудний бажає запросити захисника, але за відсутністю коштів чи з інших об'єктивних причин не може цього зробити, робляться спроби підмінити участь захисника-адвоката допуском близьких родичів обвинуваченого як захисників. Така практика недопустима, оскільки в ході проведення досудового слідства близькі родичі можуть брати участь як захисники лише одночасно з захисником-адвокатом чи фахівцем у галузі права.

Відповідно з внесеними до КПК змінами і доповненнями особі, яка провадить дізнання, і слідчому надано право самостійно призначати захисника, тимчасово до явки обраного, у разі, коли є потреба в проведенні невідкладних слідчих або інших процесуальних дій з участю захисника, а його не встигли запросити або явка обраного захисника неможлива. Ці особи, а також суддя і суд самі призначають захисника і тоді, коли неможлива явка обраного захисника у строк, зазначений в ч. 6 ст. 47 КПК. Але, на жаль, законодавець не визначив коло осіб, з числа яких зазначені особи можуть призначити захисника: з адвокатів — членів адвокатських об'єднань, або тих, хто здійснює адвокатську діяльність індивідуально, або з «фахівців у галузі права».

Викликає серйозні сумніви правомірність призначення захисника безпосередньо зазначеними вище особами. Конституція надає право кожному на вільний вибір захисника своїх прав. Встановлення ж строку в двадцять чотири години для здійснення цього конституційного права у випадках, передбачених ст.ст. 46, 47 КПК, фактично позбавляє підозрюваного, обвинуваченого, підсудного такого права, оскільки знайти в цей строк захисника за своїм вибором, перебуваючи під вартою, нереально. Не можна погодитися і з тим, що такий обмежений строк надано у випадку, коли прийнято рішення про усунення захисника від участі в справі, тобто вже допущено певне обмеження права на вільний вибір захисника.

Усунення захисника від участі в справі у випадках, передбачених ч.4 ст. 61 КПК, призводить до порушення конституційного права кожного на вільний вибір захисника своїх прав, є недопустимим втручанням посадових осіб у стосунки між адвокатом і громадянином, які існують у зв'язку з укладеним договором на надання правової допомоги.

У ч. 7 ст. 48 КПК зазначено, що захисник-адвокат вправі відмовитися від виконання своїх обов'язків, коли є обставини, передбачені ст. 61 КПК. Оскільки у разі зловживання захисником своїми правами, перешкоджання ним встановленню істини та при наявності інших підстав, передбачених в ч. 4 цієї статті, виноситься мотивована постанова про усунення захисника, то слід говорити не про право відмовитися від виконання повноважень захисника, а про обов'язок виконання постанови судді про його усунення. На порушення прав захисника і його клієнта спрямована норма про заборону оскарження такої постанови судді.

Вчені і практики неодноразово звертали увагу на значні труднощі зі здійсненням захисту через обмеження ознайомлення захисника з матеріалами справи, але, на жаль, ситуація не змінюється на краще. З моменту допуску до участі у справі захисник має право ознайомлюватися з обмеженим колом матеріалів, що фактично виключає можливість формування правової позиції захисту. Невизначеність обсягу документів, які можна розкрити захиснику, призводить до того, що деякі слідчі взагалі відмовляють йому в інформації. Право захисника ознайомлюватися з матеріалами, якими обґрунтовується затримання підозрюваного чи обрання запобіжного заходу або пред'явлення обвинувачення (ст. 48 КПК), що слідчі сприймають лише як ознайомлення захисника з відповідними протоколами, зводить нанівець його участь у досудовому слідстві, оскільки відсутність інформації не дозволяє захиснику виконувати поставлені перед ним завдання.

Не сприяє більшій орієнтованості і подальший обмежений допуск захисника до участі у слідчих діях, — здебільшого лише з дозволу дізнавача, слідчого (п. 4 ч. 2 ст. 48), адже, незважаючи на обов'язкову його участь в процесі у випадках, прямо передбачених законом, захисник не зобов'язаний брати участь в інших слідчих діях, навіть тих, що проводяться за участю обвинуваченого.

Непорозуміння виникають і з забезпеченням права обвинуваченого на побачення. І хоч закон наділяє захисника правом мати конфіденційне побачення з підозрюваним та обвинуваченим без обмеження їх кількості та тривалості, у повсякденній практиці на кожне таке побачення захисник має одержувати

письмовий дозвіл слідчого, який за законом не має права відмовити, а в дійсності дуже часто адвокати стикаються з різними перепонами у реалізації безспірного їх права на побачення. Спроби Спільки адвокатів змінити цю безглузду ситуацію поки що не увінчалися успіхом.

Не сприяють належному здійсненню захисту і підвищенню ролі адвокатури як конституційної інституції (ст. 59 Конституції України) деякі новели у кримінально-процесуальному законодавстві щодо відмови захисника-адвоката від виконання своїх обов'язків (ч. 7 ст. 48 КПК) та усунення захисника від участі у справі (ст.ст. 61, 61¹ КПК).

Викликає здивування, що право відмовитися від виконання обов'язків захисника у випадку, передбаченому п. 2 ч. 7 ст. 48 КПК — коли відмова ним мотивується недостатніми знаннями чи некомпетентністю, закон надає лише адвокатам. За аналогічних обставин залишатися захисником не може і «фахівець у галузі права».

Слід зазначити, що тепер закон надає право захиснику запитувати і одержувати від громадян документи чи їх копії, опитувати громадян. Це значно розширює можливості захисника по збиранню відомостей про факти, що можуть використовуватися як докази у справі», і по поданню доказів, є істотним кроком до створення умов для забезпечення рівності сторін у судовому розгляді. З огляду на це необхідно терміново розробляти питання щодо процесуального оформлення таких дій захисника, гарантій достовірності одержаної у такий спосіб інформації, забезпечення доказового значення опитувань громадян і одержання від них документів чи їх копій, тактичні прийоми і методику опитувань.

Сьогодні навряд чи хтось сумнівається в існуванні особливих тактичних прийомів, застосовуваних адвокатом при відстоюванні правової позиції як у кримінальному, так і в цивільному процесі. Проте криміналістика традиційно розвивалася як наука, що розробляла засоби і прийоми, використовувані слідчим у боротьбі зі злочинністю. Тим самим обмежувалися її широкі можливості в захисті прав людини, застосуванні іншими суб'єктами тактичних прийомів і методів для встановлення істини. Уточнене Р. Белкіним у 1968 р. формулювання предмета криміналістики шляхом включення в нього вказівки на засоби і ме-

тоди судового дослідження викликало неоднозначне ставлення вчених до такого її розуміння і подальшого розвитку.

Перша фундаментальна робота в галузі судової криміналістики Л. Ароцкера¹ була високо оцінена фахівцями, оскільки відкривала нові можливості використання криміналістики у встановленні істини. Р. Белкін підкреслював, що незнання суддею елементарних тактичних прийомів проявлялося в безсистемних затягнутих допитах підсудних і свідків, невмінні провести елементарний огляд речових доказів, що нерідко призводило до необґрунтованого повернення справ на додаткове розслідування².

Особливу специфіку з урахуванням цілей і завдань захисту має методика захисту і представництва по конкретних категоріях справ. Цілком правомірним є існування «адвокатської криміналістики» як самостійного напрямку в криміналістиці³ поряд із слідчою і судовою.

Р. Белкін зазначав, що «судову криміналістику» тепер уже ніхто скасувати або «закрити» не зможе⁴. Пізніше він підкреслював умовність терміна «судова криміналістика», використуваного ним для стислості при згадуванні положень криміналістики, що застосовуються в судовому розгляді. «Немає і криміналістики для слідчих або для експертів. У криміналістиці можуть бути адресні рекомендації, розраховані на цих користувачів, але вони не утворюють якоїсь специфічної частини або галузі криміналістичної науки»⁵.

Проте Р. Зорін вважає, що існує «криміналістика захисту», і розуміє її як галузь науки криміналістики, що має свій предмет, свою методологію, «побудовану на принципах змагальності і конкурентності в співвідношеннях із криміналістикою обвинувачення»⁶.

¹ Див.: Ароцкер Л. Е. Использование данных криминалистики в судебном рассмотрении уголовных дел. — М., 1964.

² Див.: Белкин Р. С. История отечественной криминалистики. — М., 1999. — С. 198.

³ Див.: Варфоломеева Т. В. Криминалистика и профессиональная деятельность защитника. К., 1987; Зорин Г. А. Криминалистическая методология. — Минск, 2000. — С. 549 та ін.

⁴ Див.: Белкин Р. С. История отечественной криминалистики. — С. 199.

⁵ Белкин Р. С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. — М., 2001. — С. 194—202.

⁶ Зорин Р. Г. Криминалистика защиты против криминалистики обвинения // Теоретические основы криминалистики. — Минск, 2000. — С. 58.

Отже, слід розширити це поняття, не обмежуючи його лише функціями захисту. Певну специфіку має, наприклад, методика представництва інтересів потерпілого в кримінальному судочинстві, очевидною є і своєрідність застосовуваних адвокатом тактичних прийомів при представництві в цивільному процесі, в інших сферах професійної діяльності адвоката¹.

Заперечуючи «криміналістику захисту» і «криміналістику обвинувачення», Р. Белкін стверджував, що є лише використання положень криміналістики захисником і обвинувачем², при цьому тактику захисту по кримінальних справах він розглядав як один з найважливіших наукових напрямків, що покликаний зіграти важливу роль у вдосконаленні і розвитку криміналістичної тактики і методики, позбавити від «обвинувальної» акцентуації їх положення і рекомендації³.

Це, дійсно, дуже важливо для практики, оскільки лише з урахуванням правової позиції захисту, яка може вільно і тактично правильно бути реалізована, можливе встановлення істини, виключення судових помилок⁴.

Ідеї перетворення тактичних прийомів державного обвинувачення і використання їх з метою захисту⁵, перетворення криміналістики з обвинувальної на інтегративну, спроможну задовольняти потреби і захисту, і обвинувачення, є актуальними, особливо в зв'язку зі змагальністю процесу, судом присяжних. Необхідно зауважити, що змагальність припускає наявність певного процесуального інтересу в кожній із сторін, засіб досягнення якого не може бути однаковий, що й обумовлює наявність тактики захисту і методики її здійснення.

Слід погодитися з юристами, що розглядають відсутність змагальності на досудовому слідстві як чинник, що негативно впливає на встановлення істини. Правильно відзначається, що захисник, який не має достатньої інформації про зібрані слідчим

¹ Власов А. А. Адвокат как субъект доказывания в гражданском и арбитражном процессе. — М., 2000.

² Див.: Белкин Р. С. Криминалістика: проблеми сьогодняшнього дня. — С. 87.

³ Див.: Там само. — С. 202.

⁴ Див.: Варфоломеева Т. В. Вказ. праця.

⁵ Див.: Смирнов В. Н. Разработка криміналістических аспектов адвокатской деятельности — актуальное направление криміналістики // Криміналістические аспекты профессиональной защиты по уголовным делам. — Екатеринбург, 2001. — С. 6.

докази, «готується до бою в суді», обмежуючи тим самим можливості слідчого врахувати докази захисту і своєчасно виправити допущені помилки, неповноту слідства і т. под. Слідчий і адвокат поставлені в нерівні умови. Необхідно, щоб захисник «не був тільки споживачем інформації за результатами дій слідчого, але і подавав свої докази на стадії попереднього слідства»¹.

Цьому повинне сприяти кримінально-процесуальне законодавство, що регулює діяльність захисника. Проте, на жаль, чинне в Україні законодавство виключає таку можливість, насамперед тому, що, вступивши в процес, захисник фактично протягом всього досудового слідства (до ознайомлення з усіма матеріалами справи) може знайомитися лише з обмеженим обсягом зібраної слідчим доказової інформації — з матеріалами, якими обґрунтовується затримання підозрюваного, або обрання запобіжного заходу, або пред'явлення обвинувачення.

Особливості адвокатської діяльності в кримінальному судочинстві, яка полягає у виконанні точно визначеної функції — захисту, очевидні. Стороні захисту суд відповідно до КПК України зобов'язаний створити необхідні умови для виконання процесуальних обов'язків і здійснення рівних з іншою стороною прав, забезпечити свободу в поданні доказів, дослідженні і доведенні їх переконливості перед судом.

Правила адвокатської етики, що діють в Україні з 1 жовтня 1999 р., вимагають від адвоката оволодіння тактикою, методами і прийомами адвокатської діяльності. У порівнянні з Законом України «Про адвокатуру», що зобов'язує адвоката використовувати всі передбачені законом засоби захисту, Правила адвокатської етики інакше тлумачать цей обов'язок адвоката, пов'язуючи його з розсудом самого адвоката: він має використовувати *всі розумно необхідні і доступні* йому законні засоби для надання ефективної правової допомоги, проте засоби одержання відомостей про факти, що можуть бути використані як докази, повинні бути дозволені законом.

Очевидно, що це обмеження не ув'язується з обов'язком використовувати всі розумно необхідні засоби захисту. Більш удалим, з погляду можливостей адвоката брати участь у доказуванні, є дозвіл використовувати будь-які засоби і способи захи-

¹ Бахин В. П., Когамов М. Ч., Карпов Н. С. Допрос на предварительном следствии. — Алматы, 1999. — С. 51.

сту, що не суперечать закону, закріплений в ст. 51 КПК Російської Федерації.

Правила адвокатської етики встановлюють низку додаткових вимог виконання адвокатом захисту, що обумовлюють формування деяких тактичних прийомів захисту. Так, адвокат зобов'язаний ефективно використовувати фахові права в інтересах клієнта, не допускати поступок, що перешкоджають належному наданню правової допомоги, не керуватися вказівками інших осіб щодо змісту, форм, методів, послідовності і часу здійснення його фахових прав і обов'язків, якщо ці вказівки суперечать його уявленню про оптимальний варіант виконання доручення. Деякі автори цілком обгрунтовано звертають увагу на недопустимість покладатися повною мірою на чиєсь бачення ситуації, включаючи підзахисного, посадових або інших осіб, а найбільш ефективно використання професійних прав для захисту пов'язують із володінням самим адвокатом фактичним боком справи і знанням доказів¹. Саме за таких умов можливе формування правової позиції захисту, обгрунтованість якої захисник може гарантувати і забезпечити позитивну її реалізацію шляхом застосування обраних ним тактичних прийомів і побудови оптимальних методик захисту. Коли ж в адвоката відсутня належна кваліфікація для надання правової допомоги в особливо складній справі, Правила адвокатської етики дозволяють йому відмовитися від здійснення прийнятого захисту. Відповідна норма внесена нещодавно й в КПК України: адвокат-захисник після допуску до участі в справі може відмовитися від виконання своїх обов'язків, якщо він свою відмову мотивує недостатніми знаннями або некомпетентністю (ст. 48). Тут слід зауважити, що існуюча сьогодні в законодавстві України можливість належної перевірки фахової підготовки осіб до заняття адвокатською професією і механізми звільнення від тих, хто показав низький рівень знань, достатні для того, щоб уникнути зазначеної вище підстави відмови адвоката від захисту, проте, на жаль, далеко не завжди адвокати — члени кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури достатньо вимогливо ставляться до своїх колег. Якщо ж урахувати, що до захисту допущені тепер не тільки адвокати, а й інші юристи, рівень кваліфікації яких не перевіряється взагалі, то захист у багатьох випадках стає малоефективним.

¹ Див.: Адвокатская деятельность. — М., 2001. — С. 130.

Аналізуючи адвокатські помилки при здійсненні захисту, Ю. Лубшев акцентує увагу на тому, що різноманітний рівень кваліфікації, досвід, працездатність позначаються на ефективності застосовуваних тактичних прийомів захисту¹. Отже, чим вище рівень цих параметрів, тим тактично грамотнішими будуть здійснювані захисником дії, що в кінцевому результаті значно підвищать «захисну» спрямованість судового розгляду справи.

Отже при цьому слід враховувати, що психологічний та інший незаконний вплив на захисника осіб, які проводять розслідування, часто відверте ігнорування професійних прав захисника і гарантій адвокатської діяльності нерідко призводять до зниження активності адвоката і неможливості виконання ним обов'язку по використанню всіх законних засобів захисту.

У цьому зв'язку важливою гарантією самостійності адвоката, в тому числі у застосуванні методів захисту, є встановлена КК України відповідальність за втручання в діяльність захисника — вчинення в будь-якій формі перешкод до здійснення його правомірної діяльності.

Надійшла до редколегії 10.06.02

В. Антипенко, начальник Штабу — заступник керівника Антитерористичного центру при СБ України, кандидат юридичних наук, полковник

Загальні підходи в оцінці міжнародно-правових можливостей боротьби з тероризмом та подолання інших кризових явищ

Констатуючи вірогідність подальшої ескалації тероризму на тлі світових економічних та соціальних змін, можна спробувати з'ясувати можливість підвищення ефективності міжнародно-правової протидії цій загрозі, використовуючи як методологічну базу підходи, узагальнення і висновки, які впливають з аналізу глобальних економічних і соціальних проблем та про-

¹ Див.: Лубшев Ю. Ф. Адвокат в уголовном деле. — М., 1997. — С. 180—182.

понується фахівцями для запобігання та вирішення кризових явищ.

Процес подальшого розвитку цивілізації та переходу її у постеконімічну фазу співвідноситься в основному з еволюціонуванням економіки та соціальної сфери розвинутих країн. Це пов'язано в першу чергу з тим, що в умовах, коли технологічні підприємства розповсюджуються по всіх регіонах світу, постіндустріальні країни поширюють монополію на технологічні нововведення і фактично мають можливість диктувати, які з них, де і коли можуть бути використані, оскільки значне випередження іншого світу в сфері розвитку технологій дозволяє їм це робити досить успішно.

Звідси випливає, що потенціал «наздоганяючого» розвитку країн другого та третього рівнів, який завжди базувався на позичанні та копіюванні, а не на інноваціях і науково-технічному прогресі, сьогодні себе вичерпав.

Виникають певні проблеми входження яких-небудь країн до постеконімічно влаштованого світу. Зрозуміло, що зазначена перспектива веде до загострення існуючих у світі суперечностей.

Говорячи про ефективність права у сфері боротьби з тероризмом, його відповідність обставині, що складається у світі, слід зважити на ті базові процеси, які утворюють основу для суперечностей таких рівнів: суперечності між розвинутими (постіндустріальними) країнами та іншими державами; суперечності усередині розвинутих держав; суперечності «четвертого світу»; суперечності соціальних верств національного та наддержавного характеру. Оцінка цих базових процесів дозволяє окреслити шляхи співтворення міжнародного права у сфері протидії тероризму з тими політичними, економічними та соціальними заходами, які міжнародне співтовариство вважає пріоритетними на шляхах до усунення зазначених суперечностей.

Комплекс суперечностей між розвинутими та іншими країнами, в основному «третім» і «четвертим світом», останнім часом значно загострився. Якщо у період з 1950 по 1973 рр., коли економічний розвиток західних країн був найбільш інтенсивним, розрив між їх часткою у світовому промисловому виробництві та часткою іншого світу скорочувався зростаючими темпами, які досягали 1,8 % на рік, то вже в наступному десятиріччі, незважаючи на різке гальмування прогресу в самих індустріаль-

но розвинутих країнах, цей процес розгортався зі швидкістю, яка не перевищувала 1,4% на рік, а сьогодні можна побачити вже повну зміну тенденції¹.

Становище погіршується і тим, що витрати індустріально розвинутих держав на держави, що розвиваються, а також на слаборозвинуті країни невпинно знижуються.

Примножуючи всезростаючу нерівність у світовому масштабі, постіндустріальна трансформація не усуває її і в межах самих розвинутих країн.

Обставинами, що виходять сьогодні на перший план, на думку В. Іноземцева, є, з одного боку, взаємини постіндустріальних країн з тими державами, де найбільш різко позначилася криза моделі розвитку, що «наздоганяє», які внаслідок цілої низки чинників (агресивності і непередбачуваності правлячих режимів, екологічної небезпеки, релігійного чи етнічного екстремізму, які вони несуть), являють загрозу для всього людства. Очевидно, що у сучасних умовах ніякі насильницькі дії, що застосовуються однією з держав чи співтовариством країн проти інших, не можуть бути виправдані нічим, за винятком відповіді на прями агресивні дії. Тому складність завдання обумовлена необхідністю вироблення ненасильницьких заходів економічного і фінансового впливу на такі держави.

При цьому слід звернути увагу на таку дуже важливу тенденцію. Картина нової соціальної структури, яка складається, характеризується тим, що основний вододіл між різними суспільними групами все більш упевнено йде угору, відокремлюючись від найбільш традиційних прошарків, які належать до середнього класу, і наближаючись до нижньої межі вищого класу. Розвиток цього процесу може призвести до малопередбачуваних результатів: прогнозується як продовження нинішньої конфронтації, так і відносне замикання різних соціальних і професійних спільнот з подальшою поляризацією усередині кожної з них, а іноді йдеться про необхідність осмислення існуючих тенденцій у нових категоріях².

¹ Див.: *Abramowitz M., David P.A. Convergence and Deferred Catch-up: Productivity Leadership and the Waning of American Exceptionalism // Landau R., Taulor T., Wright Q (Eds) The Mosaic Economic Growth. – Stanford (Ca), 1996. – P. 28–29.*

² Див.: *I. Tilly Ch. Durable Unequality. – P. 242–243.*

Констатуючи розширення середнього класу в основному у бік його зубожіння, необхідно також зазначити, що за останні роки найбільш заможні члени суспільства різко збільшили свою частку в привласненому національному доході при настільки ж швидкому масштабному скороченні частки найменш забезпечених громадян. Усього лише 358 мільйонів, наприклад, володіють таким же багатством, як і 2,5 мільярда чоловік, разом узяті (майже половина населення Землі).

Таким чином, ми констатуємо цілий сонм суперечностей усередині розвинутого суспільства, що свідчать про наростання серйозного соціального конфлікту, який до того ж має дуже небезпечну зовнішню складову, котра проявляється у ворожості, що нав'язується, до всього іноземного.

Особливо небезпечний конфліктогенний заряд утворюється з формуванням умовної категорії країн «четвертого світу», які виникають у процесі подальшої міжнародної економічної диференціації. Йдеться про країни, що за об'єктивних і суб'єктивних причин не в змозі сприймати сучасний тип господарського прогресу.

Розрив у середньому рівні життя між громадянами країн Європи і країн, що розвиваються, за оцінками переважної більшості дослідників, сягає від 17 до 24 разів, що відповідає економічному відставанню, яке сформувалося, у 50–72 рази¹.

Зазначені процеси результують конфліктність, обумовлену взаємною етнопонаціональною, релігійною нетерпимістю, територіальними чварами і т. под. Причому нові конфлікти усередині національних кордонів не викликають належної уваги з боку міжнародної громадськості. У Південній Африці, наприклад, за рік, що минув після краху апартеїду, внаслідок актів насильства загинуло 17000 чоловік — більше, ніж за 30 років збройної боротьби проти расової сегрегації².

Відомий американський фахівець по «четвертому світу» Роберт Д. Каплан відзначає, що оскільки 95 % приросту населення припадає на найбідніші регіони, питання, вочевидь, не в тому, чи будуть нові війни, а в тому, якими вони будуть і хто з ким буде боротися. У 1994 р. сімнадцять із двадцяти двох арабсь-

¹ *Plender J. Stake in the Euture.* — P. 223.

² Див.: *Studie der Arbeitsgemeinschaft Kriegsursachenforschung an der Universitat Hamburg*, zitiert in Franklur.

ких країн повідомили про економічний спад, у той же час населення багатьох з них у найближчі два десятиріччя, цілком ймовірно, подвоїться. У недалекому майбутньому збідніють джерела води в окремих частинах Центральної Азії, а також у Саудівській Аравії, Єгипті й Ефіопії. У цьому зв'язку вчений робить висновок: «Іслам буде привабливий для пригноблених у силу своєї войовничості. Ця релігія, кількість прихильників якої у світі зростає найбільш швидкими темпами, є єдиною, готовою до боротьби»¹.

Відмічаючи важливість для світової політики стану справ у Африці, Каплан зауважує: «Саме тому, що значна частина Африки стоїть на краю прірви, ми можемо прогнозувати, якими будуть війни, кордони і етнічна політика через декілька десятиріч»².

До цього слід також додати, що у ряді глобальних проблем, які каталізують ескалацію різного роду конфліктів, усе більш вагомим стає погіршення стану навколишнього середовища, що тісно переплітається з негативними тенденціями в економічній і соціальній сферах.

Вочевидь, що політика соціальної деградації, витіснення більшої частини працездатного населення на периферію світової цивілізації не має ніяких перспектив і здатна бумерангом ударити по інтересах розвинутих країн. Її продовження виступатиме могутнім епіцентром виникнення все нових соціальних конфліктів, регіональних зіткнень і локальних війн, які при досягненні критичної маси можуть перетворитися на глобальне протистояння між країнами і народами світу. Внаслідок значного розриву в рівні розвитку країн зростатиме потреба у тероризмі як засобі досягнення мети боротьби. Адже розвиток подій, що характеризується постійно зростаючим розривом у економічній і соціальній сферах між державами світової еліти та іншими країнами світу, здатний спричинити конфлікти, які на відміну від так званих «конфліктів рівних», що вирішувались у минулому в найгіршому випадку відкритим воєнним протиборством, створюють умови для подальшої ескалації тероризму, попит на котрий (як засіб вирішення конфліктів та досягнення інших політичних цілей) збільшується разом з глобальною поляризацією світового співтовариства. Саме тероризм є

¹ Див.: *Robert D. Kaplan. Die Kommande Anarchie in: Lettre, Fruhjahr, 1996.*

² Див.: *Robert D. Kaplan. Вказ. праця. — Р. 54.*

засобом боротьби, чинником, що дезавує непорівнянність економік і воєнних можливостей соціальних груп та держав.

В той же час не можна сказати, що тероризм є зброєю слабких. Зовсім ні. Економічно розвинуті країни також активно використовують тероризм як у закамфльованих, прихованих, так і у відкритих його формах¹. Тобто тероризм є «спільним продуктом» економічного і соціального розвитку країн світового співтовариства, їх політичного співіснування.

Питання про глобальну економічну і соціальну безпеку треба розглядати на двох різних рівнях. З одного боку, на тлі подібних проблем усе більш чітко видно основу, що розширюється, для усіляких війн і конфліктів, особлива небезпека яких характеризується їх терористичним змістом і тактикою дій. З другого боку, головне полягає у з'ясуванні того, що сучасне суспільство не має іншого шляху вирішення політичних, економічних, соціальних, а також правових проблем, як визначення їх спільними. Причому пріоритети відповідальності за вжиті заходи, прийняті рішення віддаються найбільш цивілізованій, розвинутій частині суспільства, за умови, коли їх успішні результати не повинні пов'язуватися з будь-якою політичною чи економічною вигодою. Зокрема, природні ресурси держав, яким надається допомога, їх виробничі потужності чи фінансові засоби не повинні розглядатися як будь-яка форма компенсації постіндустріальному світу за здійснені заходи.

В умовах, коли відбувається перехід від індустріального типу господарства до інформаційного, коли знання стають виробничим ресурсом, виникає соціальна нерівність, могутній потенціал котрої визначає розкол як усередині розвинутих держав, так і у світі в цілому. Вже сьогодні масштаби перерозподілу засобів, необхідних для підтримання соціальної рівноваги, гранично зросли, і з кожним роком їх обсяг повинен зростати.

Тому все гостріше постає загальна проблема, з одного боку, стримування соціального вибуху в розвинутих країнах, а з другого — попередження такого вибуху в країнах «третього» і «четвертого світу», а також можливих масштабних конфліктів на міждержавній основі. З огляду на те, що ця проблема містить у

¹ Див.: Антипенко В. Ф. Современный терроризм: состояние и возможности его упреждения (криминологическое исследование). — К., 1998. — С. 40–62, 66–68.

собі екологічні, гуманітарні, соціальні та економічні аспекти, які за сучасних умов уже не можуть бути вирішені в рамках однієї держави чи групи країн, світове співтовариство активно вишукує цивілізовані, ненасильницькі шляхи її вирішення.

До завдань даної статті не входить оцінка ефективності можливих проектів подолання кризи. Втім, по-перше, слід ураховувати, що будь-які дії світової громадськості, спрямовані на впорядкування світової економіки та усунення економічних причин насильства, матимуть супротивників. Масштаби, форми і методи протидії залежатимуть від оптимальності прийнятих рішень, прийнятності їх для якомога більшої частини людства. Проте можна з упевненістю передбачити терористичну спрямованість протидії, тому що йдеться про заходи, які необхідні і вигідні для більшості і здійснюються у той же час за умови реальної зацікавленості найбільш розвинутої частини світового співтовариства. По-друге, і це найголовніше, важливий сам підхід до вирішення глобальних питань, коли визначається загальна відповідальність за ситуацію, що склалася у світі. У пошуках ефективних шляхів подолання кризових явищ в економічній сфері міжнародне співтовариство об'єктивним чином виходить на способи рішень, в основі яких є усвідомлення спільної відповідальності та неминучості покладання основного тягаря у вжитті заходів щодо реалізації цих рішень на найбільш економічно розвинуті країни.

Аналогічним чином повинні реалізовуватися норми і принципи міжнародного права, особливо в сфері регулювання найбільш небезпечних міжнародних злочинів, до числа яких належить тероризм. Основою для такої аналогії може служити чинник поділу відповідальності за тероризм суб'єктами, причетними до виникнення цього явища і вчинення в його рамках злочинних дій.

У цьому зв'язку слід звернути увагу на різницю у поняттях «тероризм» і «терористичний акт».

Тероризм як міжнародний злочин являє собою тривале за часом і місцем протиборство із взаємним порушенням міжнародного права, коли хоча б одна із сторін як засіб впливу на супротивника використовує терористичні акти. При цьому застосування терористичних актів обумовлюється причинно-наслідковим зв'язком з неправомірними діями конфронтуючої сторони.

Терористичний акт — це разова злочинна акція, яку характеризують насильницька дія, політична мотивація і цілеспрямованість, присутність чинника залякування, а також наявність умислу на спричинення безвинних жертв чи відповідних руйнувань матеріальних об'єктів.

На нашу думку, недостатня ефективність, а іноді і контрпродуктивність існуючого міжнародного права в сфері регулювання терористичних злочинів обумовлені тим, що воно охоплює лише сегмент тероризму, пов'язаний із вчиненням терористичних актів як таких.

При цьому дії іншої сторони, що послужили умовою, причиною чи передумовою терористичного акту (наприклад, анексія, агресія, колонізація, незаконне відчуження території, матеріальних ресурсів, економічний тиск, обмеження прав і свобод і т. ін.), нерідко залишаються поза полем впливу права, що, як правило, посилює конфліктну основу протиборства і веде врешті-решт до ескалації тероризму.

Звідси випливає завдання пошуку шляхів більш ефективного залучення можливостей міжнародного права у боротьбі з тероризмом. Це завдання особливо актуальне у світлі викладеного матеріалу стосовно суперечностей, що поглиблюються у міжнародному співтоваристві, економічного і соціального характеру, які утворюють конфліктогенно-терористичний потенціал.

Оскільки вирішення таких суперечностей не пов'язується з насильницькими (воєнними) заходами розвинутих держав, то є всі підстави припускати ескалацію чи, щонайменше, колишню активність тероризму. Сучасні терористичні формування, як правило, не представляють конкретної держави, отже, будь-який опір діям щодо впорядкування світобудови має сенс пов'язувати саме з тероризмом.

Побудова антитерористичних міжнародних норм на принципах справедливого поділу відповідальності держав і соціальних груп, безсумнівно, покликана додавати елементів стабільності й умиротворення у важкий період перебудови світового співтовариства.

Правовий аналіз даної проблеми багато в чому повинен базуватися на матеріалах дослідження її економічного аспекту, що дозволило б, з одного боку, реально відчутти наявність серйозних основ і причин для ескалації тероризму до катастрофоген-

ного рівня; з другого, — оголюючи окремі сторони складного внутрішнього механізму терору, цей матеріал може сприяти визначенню оптимальних шляхів і підходів блокування подальшої його активізації, допомогти праву перетворити тероризм з ефективного політичного інструменту на засіб боротьби, неприйнятний (за розумінням, у першу чергу, відповідальності навіть за умови непрямої причетності) для всіх.

Надійшла до редколегії 01.07.02

ПИТАННЯ КРИМІНАЛІСТИКИ І СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ

В. Журавель, професор НЮА України

Криміналістична класифікація злочинів: засади формування та механізм застосування

Криміналістика, як і будь-яка наука, постійно розвивається. Концепції та положення, які складають її зміст, зазнають закономірних змін, уточнюються, оновлюються. Спостерігається збагачення наукового апарату за рахунок появи нових категорій, до числа яких можна віднести і криміналістичну класифікацію злочинів.

Запропонована В. Образцовим¹ у середині 80-х років минулого століття, криміналістична класифікація відразу ж була віднесена до розряду новацій, що істотно вплинули на зміну існуючих уявлень щодо проблеми формування системи методик розслідування окремих категорій злочинів. При цьому слід відзначити, що на відміну від криміналістичної характеристики навколо даної категорії не велося таких запеклих дискусій. Навпаки, вчені-криміналісти не поспішали робити будь-яких категоричних висновків щодо криміналістичної класифікації, а зайняли вичікувальну позицію, надавши тим самим цій категорії можливість пройти еволюційний шлях свого становлення. Найбільш переконливим тому свідченням є розподіл методик розслідування окремих категорій злочинів, запропонований у підручниках останніх років². Отже, криміналістична класифікація пройшла еволюційний шлях свого становлення і набуває все більш поширеного застосування.

¹ Див.: *Образцов В. А.* Криминалистическая классификация преступлений. – Красноярск, 1988.

² Див.: *Криминалістика: Учебник для вузов / Под ред. Р. С. Белкина.* – М., 1999. – С. 705–960.

З огляду на сказане цілком справедливо постають питання: чому криміналістів не задовольняє кримінально-правова класифікація злочинів, прийнята у КК? Чому виникає потреба у формуванні самостійних класифікаційних побудов? Відповіді на ці питання перш за все треба шукати у різноманітних підходах до визначення підстав упорядкування окремих видів злочинів. Так, у КК залежно від родового об'єкта відокремлено групи злочинів, об'єднаних у відповідні розділи Особливої частини КК, усередині яких за безпосереднім об'єктом розрізняються окремі види злочинів, склади котрих передбачені однією статтею чи частиною статті. У криміналістичній класифікації, яка безумовно базується на кримінально-правовій, на відміну від останньої враховуються такі ознаки, які істотно впливають на специфіку здійснення розслідування, а саме на його організацію і планування, висунення слідчих версій, визначення типових слідчих ситуацій та систем слідчих дій і заходів щодо їх розв'язання. Як відзначає Г. Жирний, «це також кримінально-правові ознаки, але саме вони визначають особливості розслідування або декількох злочинів різних видів (за класифікацією КК), або підвиду (різновиду) певного виду злочину»¹.

До числа таких ознак відносять суб'єкта злочину і на цій підставі виділяють групу злочинів, що вчиняються неповнолітніми, організованими злочинними формуваннями, рецидивістами, сексуальними маніяками, особами з дефектами психіки тощо. На підставі такої ознаки, як місце вчинення злочину або сфера діяльності, у криміналістичній класифікації виділяють злочини на транспорті, у сфері підприємництва, у сфері використання комп'ютерної техніки, комп'ютерних систем і мереж та ін. Описані класифікаційні побудови свідчать про об'єднання злочинів у певні групи, але не за об'єктом злочину, як це традиційно робиться у кримінально-правовій літературі, а на підставі криміналістично значущих ознак.

Крім того, відмінності щодо розглядуваних категорій проявляються і у тому, що в криміналістичній класифікації мають місце такі різновиди злочинів, які виходять за рамки класифікаційних побудов, що застосовуються у КК. Йдеться про так

¹ Жирний Г. Ю. Деякі питання криміналістичної методики // Матеріали наукової конференції «Конституція України — основа модернізації держави та суспільства. 21–22 червня 2001 р., Харків». — Х., 2001. — С. 380.

звані підвиди (різновиди) деяких видів злочинів, диференційовані за певними криміналістично значущими ознаками, наприклад, за способом, засобами, умовами, місцем вчинення тощо. Так, щодо такого виду злочинів, як умисне вбивство, виділяють такі підвиди: вбивства з розчленуванням, вбивства на замовлення, вбивства, вчинені у процесі протистояння організованих злочинних груп, вбивства на релігійному підґрунті та ін. Видається, що криміналістична класифікація — більш диференційоване утворення, аніж кримінально-правова, що тісніше наближає її до вимог практики.

Отже, криміналістична класифікація — це засіб упорядкування окремих категорій злочинів за їх криміналістично значущими ознаками. При цьому слід зазначити, що здійснення криміналістичної класифікації не є самоціллю, оскільки вона розглядається як підстава для побудови системи окремих криміналістичних методик.

Щодо класифікаційних побудов як самих злочинів, так і методик їх розслідування, то серед учених-криміналістів не існує єдиної думки. Так, В. Образцов пропонує досить складні для сприйняття ієрархічні побудови об'єктів криміналістичної класифікації, де виділяє п'ять рівнів: злочини; певні групи криміналістично схожих видів та кримінально-правові роди злочинів; окремі види злочинів; певні кримінально-правові підвиди (різновиди) злочинів; певні групи злочинів, сформовані на основі криміналістичної класифікації кримінально-правових видів та підвидів зазначених явищ¹. На наш погляд, найбільш вдалою є пропозиція Г. Жирного як щодо визначення класифікаційних рівнів окремих методик розслідування злочинів, так і щодо їх назв. На його думку, систему окремих криміналістичних методик становлять: 1) *групові* окремі криміналістичні методики розслідування (груп злочинів, класифікованих відповідно до групування їх в Особливій частині КК та на підставі криміналістично значущих ознак, притаманних декільком видам, наприклад, методика розслідування злочинів у сфері економічної діяльності); 2) *видові* окремі криміналістичні методики розслідування (видів злочинів, які розрізняються в розділах Особливої частини КК, наприклад методика розслідування митних

¹ Див.: Образцов В. А. Вказ. праця. — С. 61.

злочинів); 3) *підвидові* окремі криміналістичні методики розслідування (підвидів чи різновидів, виділених з-поміж злочинів одного виду за криміналістично значущими ознаками, наприклад, методика розслідування контрабанди наркотиків; методика розслідування контрабанди зброї; методика розслідування контрабанди культурних цінностей тощо)¹. Отже, йдеться тільки про окремі криміналістичні методики певних категорій злочинів, які розрізняються за двома критеріями: 1) щодо кримінально-правової класифікації; 2) за ступенем спільності (рівнем конкретизації) методичних рекомендацій (групові, видові, підвидові). Розподіл же методик на загальні і окремі, запропонований В. Образцовим², вважаємо недоцільним з огляду на те, що він породжує зайві проблеми щодо їх розмежування.

З числа запропонованих класифікаційних рівнів найбільш традиційним є другий — видовий рівень, за яким і раніше формувалась система окремих криміналістичних методик розслідування, оскільки він базується на кримінально-правовій класифікації злочинів. З цього приводу докладніше зупинимося на групових і підвидових методиках.

Щодо названих рівнів, то вони повною мірою відображують два напрямки формування криміналістичних методик. Першим вважається той, за яким типові криміналістичні методики як науковий продукт розробляються на базі результатів узагальнення судово-слідчої практики, а відтак, вважаються найбільш оптимальними, дійовими. Так, розробка підвидової криміналістичної характеристики з детальним аналізом її елементів, виявленням кореляційних залежностей між ними можлива тільки на базі значного емпіричного матеріалу. Саме підвидові криміналістичні методики найбільш наближені до потреб практики, тому що саме на такому рівні можливі формулювання конкретних завдань розслідування та побудова алгоритму їх розв'язання. Разом з тим за таких умов з'являються підстави констатувати, що наука йде слідом за практикою.

Сучасний етап розвитку криміналістики, активізація її прогностичної функції обумовлюють можливість застосування іншого напрямку, за яким методики розслідування певних категорій злочинів створюються на підставі наукових розробок.

¹ Див.: *Жирний Г. Ю.* Вказ. праця. — С. 380.

² Див.: *Криміналістика / Под ред. В. А. Образцова.* — М., 1995. — С. 376.

У цих випадках наука випереджає практику, компенсує відсутність необхідного емпіричного матеріалу або узагальнює існуючі рекомендації за типовими ознаками, що притаманні не одному виду злочинів, а цілій їх групі. Йдеться насамперед про такі наукові абстракції, як групові криміналістичні методики. Саме для їх розбудови застосовуються такі науково-прогностичні засоби, як аналогія, екстраполяція, моделювання.

Групові криміналістичні методики в свою чергу поділяються залежно від механізму їх створення на два різновиди: 1) методики, створені на підставі криміналістично значущих ознак, притаманних декільком видам злочинів; 2) методики, створені відповідно до групування злочинів в Особливій частині КК.

Групова методика, створена на підставі узагальнення типових криміналістично значущих ознак, характерних для багатьох видів злочинів, являє собою синтезовану модель, в якій відображена інформація стосовно одного або декількох елементів, що істотно впливають на здійснення процесу розслідування. Так, за таким елементом, як суб'єкт злочину, виділяють такі різновиди групових методик: методики розслідування злочинів неповнолітніх; методики розслідування злочинів, учинених іноземцями і проти іноземців; методики розслідування злочинів, учинених неосудними або особами з дефектами психіки; методики розслідування злочинів організованих злочинних формувань та ін. Перелічені методики мають здебільшого евристичне значення, виступають джерелом інформації загального характеру, що використовується при вирішенні конкретних завдань, наприклад, версія щодо можливості вчинення вбивства особою, яка має психічні відхилення, перевірятиметься на підставі рекомендацій, викладених у відповідній груповій методиці.

Особливий різновид становлять групові методики, створені відповідно до групування злочинів в Особливій частині КК. Йдеться насамперед про групи злочинів, які віднесено до розряду кримінально-правових новел, наприклад, злочини проти волі, честі і гідності особи; злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем і комп'ютерних мереж та ін. Саме механізму створення таких методик притаманна тенденція — від загального до окремого, коли за відсутності достатнього обсягу емпіричних даних на підставі наукового прогнозу будується узагальнена (групова) методика, яка є базою для подальшого

формування видових методик, оскільки потреби практики, накопичення емпіричного матеріалу, передового досвіду об'єктивно поставлять на порядок денний необхідність розробки видових, а в деяких випадках і підвидових криміналістичних методик.

Розглянемо викладену тезу на конкретному прикладі. Так, у третьому розділі Особливої частини КК України представлена група злочинів проти волі, честі та гідності особи. До їх числа входять такі видові злочини: незаконне позбавлення волі або викрадення людини (ст. 146); захоплення заручників (ст. 147); підміна дитини (ст. 148); торгівля людьми або інша незаконна угода щодо передачі людини (ст. 149); експлуатація дітей (ст. 150); незаконне поміщення в психіатричний заклад (ст. 151). Перелічені склади злочинів з'явилися головним чином тільки з появою нового КК України, а відтак, не мають необхідних емпіричних даних для формування видових методик. У той же час судово-слідча практика відчуває потребу у відповідних рекомендаціях, що стимулює необхідність у розробці групових методик розслідування цих злочинів. Безумовно, за змістом вони відрізнятимуться від видових методик. Так, у криміналістичній характеристиці групових методик не можуть бути представлені на статистичному рівні кореляційні залежності між її елементами, в ній використовуються не конкретні цифри, а поняття типу «найчастіше», «вірогідніше всього».

На наш погляд, поряд з позитивною тенденцією створення групових криміналістичних методик спостерігається і негативна, коли об'єднуються видові методики достатньо високого ступеня розробки. З цього приводу хочемо зауважити, що таке об'єднання взагалі недоцільне, а якщо і можливе, то за таких умов. По-перше, видові методики повинні обов'язково мати важливу загальну рису. По-друге, процес узагальнення має бути виправданим і мати певні межі, тобто обмежуватись спеціальним криміналістичним класифікаційним критерієм. У протилежних випадках такі наукові абстракції не матимуть відповідного теоретичного та практичного значення. Так, вважаємо дискусійним намагання В. Тишенка розробити групову методику розслідування корисливо-насильницьких злочинів¹, оскільки позна-

¹ Див.: *Тищенко В. В.* Основные направления начального этапа расследования корыстно-насильственных преступлений // Актуальные проблемы государства и права. — Одесса, 1996. — С. 205—211.

чений критерій здебільшого кримінально-правовий, аніж криміналістичний.

В науці останнім часом з'являється новий різновид методик так званих комплексних, тобто сформованих одночасно за кримінально-правовим та криміналістичним критеріями. Йдеться про створення нових методик або модернізацію існуючих типових рекомендацій у комплексні. До їх числа можна віднести методика розслідування корисливих злочинів у сфері підприємницької діяльності¹, у сфері зовнішньоекономічної діяльності, у банківській сфері та ін. Щодо названих угруповань, то слід пам'ятати, що криміналістичні методики розслідування тому і називаються криміналістичними, що в них розглядаються лише криміналістичні завдання та процедури їх вирішення засобами криміналістичної науки. Цим криміналістичні методики розслідування відрізняються від методичних посібників для слідчих, в яких у комплексі розглядаються кримінально-правові, кримінально-процесуальні, криміналістичні, кримінологічні та деякі інші питання, що їх змушений вирішувати слідчий у ході розслідування конкретного злочину.

Надійшла до редколегії 20.06.02

В. Синчук, перший заступник прокурора Харківської області

Розслідування вбивств: шляхи вдосконалення та оптимізації

Серед злочинів проти життя і здоров'я людини найбільш небезпечними є умисні вбивства. Розкриття та розслідування саме цієї категорії злочинів пов'язані з великим обсягом роботи та вирішенням складних розумових завдань. Відтак, удосконалення та оптимізація процесу розкриття і розслідування вбивств є одним з актуальних питань, які постають на сьогодні перед на-

¹ Див.: *Волобуєв А. Ф.* Наукові основи комплексної методики розслідування корисливих злочинів у сфері підприємництва: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09 / Нац. юрид. акад. України. – Х., 2002.

укою криміналістикою. Згідно з цим із значної кількості аспектів зазначеної проблеми, на нашу думку, потребують виділення і поглибленого дослідження насамперед питання:

по-перше, про необхідність подальшого розвитку та вдосконалення самої методики розслідування вбивств як наукової категорії, як теоретико-методичної бази здійснення слідчої діяльності;

по-друге, про розширення інформаційних джерел, з яких черпаються відомості, що застосовуються у ході розкриття та розслідування злочинів зазначеної категорії;

по-третє, про забезпечення організаційно-тактичних засобів протидії вбивствам, їх стану та істотно зміненому характеру.

Вдосконалення існуючих і розробка нових методичних рекомендацій з розслідування вбивств обумовлюють необхідність вирішення таких завдань:

— визначити умови, чинники і підстави для формування класифікаційних побудов цих категорій злочинів за криміналістично значущими ознаками;

— обґрунтувати необхідність формування нової концепції щодо розгляду структури окремої криміналістичної методики у вигляді інформаційно-пізнавальної моделі як важливого наукового підґрунтя для подальших досліджень у цій галузі;

— активізувати зусилля по перетворенню криміналістичної характеристики вбивств з теоретичної концепції у робочий інструментарій слідчого, своєрідний орієнтир, на який потрібно рівнятися при вирішенні конкретних завдань розслідування.

Вбивства можуть бути в криміналістичних цілях класифіковані за певними криміналістично значущими ознаками на підвиди, наприклад, за суб'єктом, способом, умовами, місцем вчинення. Йдеться про два різновиди вбивств з огляду на класифікацію, що прийнята у КК. Перший — це вбивства, перелічені у окремих частинах відповідної статті КК, наприклад, вбивство на замовлення (п. 11 ч. 2 ст. 115), вбивство за попередньою змовою групою осіб (п. 12 ч. 2 ст. 115). Другий — вбивства, які виходять за межі відповідної статті КК, не перелічені в ній, але мають істотні криміналістичні ознаки, наприклад, вбивства з розчленуванням, вбивства, вчинені на релігійному підґрунті, у процесі протистояння організованих злочинних угруповань тощо. З огляду на ска-

зане постає завдання щодо розробки методик розслідування більш вузького кола злочинів одного виду, так званих підвидових методик, або мікрометодик¹. Саме ці методики наближають наукові рекомендації до вимог практики, дозволяють збудувати чіткі алгоритми поведінки слідчого у тій чи іншій ситуації.

Щодо чинників, які істотно впливають на формування підвидових криміналістичних методик, то, на наш погляд, їх принаймні три:

1) окрема підвидова криміналістична характеристика, в якій відображені відомості, що дозволяють відокремити саме ці вбивства від інших злочинів, схожих за об'єктивною стороною, наприклад, у криміналістичній характеристиці вбивств, учинених у процесі протистояння злочинних угруповань, особливе значення мають відомості про особу вірогідних злочинців і типових жертв, використання вогнепальної зброї, повторність замахів на конкретних осіб, організований характер угруповань, значний проміжок протистояння і серійний характер вбивств з великою кількістю жертв²;

2) специфіка організації та планування процесу розслідування (типові версії, типові слідчі ситуації, системи слідчих дій або тактичні операції);

3) особливості проведення окремих слідчих дій або тактичних операцій.

Отже, перелічені ознаки є підставами для вирішення питання про необхідність формування підвидових криміналістичних методик розслідування вбивств.

¹ Слід зазначити, що в криміналістичній літературі висловлені різні точки зору щодо класифікаційних побудов окремих категорій злочинів та їх назв (див.: *Лук'яничков Б. Є.* Позавидові методики розслідування злочинів як напрямок удосконалення криміналістичної методики: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Нац. акад. внутр. справ: – К., 2001; *Жирний Г. Ю.* Деякі питання криміналістичної методики // Матеріали наукової конференції «Конституція України — основа модернізації держави та суспільства. 21–22 червня 2001 р., Харків». – Х., 2001. – С. 379–380; *Гармаев Ю. П.* К проблеме классификации методик расследования преступлений // Тезисы Всероссийских криминалистических чтений, посвященных 100-летию со дня рождения профессора А. Н. Васильева: Москва, 16 апреля 2002 г. – М., 2002. – С. 62–67 та ін.)

² Див.: *Бояров В. И.* Некоторые особенности расследования умышленных убийств, совершенных в процессе противостояния организованных преступных групп // Криминалистика и судебная экспертиза. – К., 1997. – Вып. 48. – С. 74.

Ефективність розслідування злочинів обумовлена рівнем професійної майстерності слідчих, обсягом одержаних ними теоретичних знань, умінням правильно їх застосовувати при розв'язанні конкретних завдань досудового слідства. В свою чергу рівень володіння теоретичними знаннями значною мірою залежить від того, як ці знання викладено в науковій або методичній літературі.

Щодо криміналістичної методики, то на сьогодні вона має здебільшого описовий вигляд, а в її структурі представлені такі елементи, як: криміналістична характеристика; обставини, що підлягають з'ясуванню; особливості порушення кримінальної справи; початкові слідчі дії та оперативно-розшукові заходи; типові слідчі ситуації, побудова версій і планування розслідування; тактика здійснення окремих слідчих дій; профілактичні дії слідчого¹. Незважаючи на те що зазначена структура є традиційною і апробованою в науці та практиці, її не можна визнати оптимальною, оскільки в ній далеко не завжди простежується зв'язок між наведеними елементами, а інформація викладається у розрізненому вигляді. Так, відомості щодо криміналістичної характеристики не завжди враховуються при висвітленні питань з організації і планування розслідування, насамперед при визначенні типових версій, або навпаки, якщо типові версії і позначаються, то без посилань на відповідні дані, відображені у криміналістичній характеристиці.

З огляду на сказане вважаємо такими, що заслуговують на увагу, пропозиції розглядати окрему криміналістичну методику у вигляді інформаційно-пізнавальної моделі². Такий підхід дозволить надати цій структурі організаційної будови, впорядкувати її елементи, забезпечити більш тісний зв'язок між ними і тим самим підвищити ефективність пізнавальних дій. При цьому обов'язково треба враховувати, що в моделі відображається ідеальна форма організації розслідування у типовій слідчій ситуації. Розслідування конкретного вбивства є проце-

¹ Див.: Колесниченко А. Н. Структура и содержание методики расследования отдельных видов преступлений // Советская криминалистика: Методика расследования отдельных видов преступлений. — К., 1988. — С. 15.

² Див.: Гавло В. К. Проблемы теории и практики криминалистической методики расследования преступлений: Дисс. ... д-ра юрид. наук. — М., 1988. — С. 287; Журавель В. А. О структуре частной криминалистической методики // Криминалистика и судебная экспертиза. — К., 1995. — Вып. 47.

сом перетворення ідеального на оптимальне реальне. Наскільки цей перехід буде вдалим, залежить від майстерності слідчого.

Розслідування вбивств, насамперед вчинених в умовах неочевидності, значною мірою залежить від впровадження у діяльність слідчих органів науково-методичних рекомендацій, розроблених криміналістикою. Серед них пріоритетне місце посідає криміналістична характеристика як один із засобів у розпорядженні слідчого, що надає йому можливість відшукати в ситуаціях невизначеності та відсутності інформації найбільш вірогідні шляхи збирання доказів. Разом з тим вважаємо, що наукових розробок щодо створення практичної частини криміналістичної характеристики, механізму її застосування як робочого інструментарію слідчого здійснено ще недостатньо. І це дійсно проблема сьогодення, розв'язання якої, на нашу думку, насамперед пов'язане з вирішенням таких питань.

По-перше, криміналістичні характеристики вбивств повинні бути розроблені на видовому чи підвидовому рівні відповідно до криміналістичної класифікації цих категорій злочинів. По-друге, криміналістичні характеристики цих рівнів убивств мають бути подані у вигляді інформаційної моделі, в якій на статистичному рівні відображено кореляційні залежності між її елементами і на їх підставі визначено типові версії, насамперед щодо можливих суб'єктів злочинів. При цьому необхідно взяти за правило, що кінцевим результатом досліджень криміналістичної характеристики є побудова типових версій. Якщо таких версій запропоновано не буде, то можна вважати дослідження незакінченим і таким, що потребує додаткових розробок. По-третє, треба розробити рекомендації щодо використання відомостей, відображених у криміналістичній характеристиці у процесі розкриття та розслідування конкретного злочину.

Вдосконалення та оптимізація розслідування вбивств також залежать від розширення інформаційної бази, що становить основу доказування. З огляду на специфіку об'єкта дослідження як події минулого йдеться насамперед про інформацію з опосередкованих джерел. З цього приводу постає питання про активізацію застосування методів моделювання у діяльності слідчого. При цьому моделі повинні мати як ретроспективну, так і перспективну спрямованість.

На особливу увагу заслуговує такий їх різновид, як моделювання соціально-психологічного портрета («профілю») імовірного злочинця. Цей вид моделювання, на відміну від складання суб'єктивних рисованих портретів¹, є складним, комплексним, багатоплановим утворенням, процес побудови якого ґрунтується на певній змістовній гіпотезі, що носить подвійну, змішану спрямованість: ретроспективну, якщо постає питання — хто міг вчинити вбивство, виходячи з обставин, механізму та особи жертви злочину, і перспективну, якщо йдеться про злочин, який може бути вчинено і стосовно якої жертви, виходячи з індивідуально-типологічних рис імовірного вбивці.

Розслідування вбивств потребує вирішення й інших організаційно-тактичних питань, серед яких вважаємо за доцільне звернути увагу на розробку алгоритмів дій та поведінки слідчого відповідно до типових ситуацій та механізму їх впровадження у практичну діяльність слідчих органів, а також побудову необхідних тактичних операцій.

Щодо застосування алгоритмів у слідчій діяльності, то вони мають дві головні сфери: пізнавальну і управлінську. Перша пов'язана з вирішенням простих завдань, які піддаються алгоритмізації, тобто тих завдань, що виникають в умовах повної інформаційної визначеності або розв'язуються на підставі типових варіантів; друга належить до процедури управління процесом розкриття та розслідування вбивств і стосується реалізації запланованих тактичних операцій і слідчих дій. Разом з тим, як уявляється, в цьому питанні спостерігається певна диспропорція між потребами практики і рівнем відповідних наукових розробок. Дійсно, судово-слідча та оперативно-розшукова практика відчуває нагальну потребу в розширенні наукових розробок щодо створення окремих алгоритмів дій та поведінки слідчого в різноманітних ситуаціях, що виникають. Щодо цього ми солідарні з вченими, які намагаються змінити напрямок наукових досліджень і перейти від «книжкових методик» до побудови лаконічних, чітких і ясних алгоритмів дій слідчого. «Якби кожен автор нової теорії, монографії, — наголошував

¹ Див.: *Гарбар В. П., Лукашевич В. Г., Перепелица А. Н., Топчиева В. П.* Некоторые вопросы изготовления субъективных рисованных портретов в следственной практике // *Криминалистика и судебная экспертиза*. — К., 1988. — Вып. 37.

Р. Белкін, — завершував свою роботу набором алгоритмів дій з використанням запропонованих новацій, то їх впровадження набувало б реального підґрунтя»¹.

Що стосується тактичних операцій як важливого елемента у системі організаційно-тактичних засобів слідчого, то їх розробка перебуває тільки на початковому етапі і безперечно потребує проведення подальших досліджень. При цьому треба враховувати, що тактичні операції повинні розроблятися у контексті формування відповідної мікрометодики, тобто вони мають бути її невід'ємною частиною. Крім того, вони повинні бути максимально «прив'язані» до типових слідчих ситуацій і виходити із конкретних тактичних завдань, що стоять перед слідчим. Головним є не те, яку назву мають ці тактичні операції, а які слідчі дії та оперативно-розшукові заходи входять у її структуру і в якій послідовності вони виконуються.

Отже, вирішення розглянутих питань може істотно підвищити рівень розслідування таких тяжких злочинів, як вбивства.

Надійшла до редколегії 22.06.02

В. Абрамова, ст. викладач Національної академії внутрішніх справ України

Поняття помилки судового експерта

Помилки розглядаються фізіологією, психологією, етикою, логікою, математикою та іншими науками. Кожна наука вивчає, так би мовити, «свої» помилки і не може враховувати особливості, специфічні риси інших наук. Визначення помилки дає загальна теорія помилок (ерологія). Але вона розкриває її родову сутність, не відрізняє помилки в діяльності людини і комп'ютера. Необхідність же вивчення механізму виникнення помилок, їх класифікація, попередження засновуються на врахуванні таких розходжень. Ця якісна відмінність виступає на перший план, коли аналізуються помилки суб'єктів.

¹ *Белкин Р. С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики. — М., 2001. — С. 127.*

Поняття помилки може бути вироблено тільки на основі узагальнення матеріалу спеціальних наук, його теоретичного осмислення. Такий підхід виключає просте перенесення будь-якого визначення в експертологію, тому в ній помилки розглядаються згідно з певними специфічними завданнями.

В теорії інформації помилка характеризується як невідповідність між вхідними та вихідними сигналами, як відхилення від однозначності. «Сигнал, відправлений по системі зв'язку, в якій присутні шуми, не обов'язково збігатиметься з прийнятим сигналом: сигнал, запитаний із запам'ятовуючого пристрою з шумами, може відрізнитися від того, який був направлений в цей пристрій»¹. Метрологія розглядає помилку як різницю між величиною, що вимірюється, та результатом виміру. В завданні вимірів входить не тільки знаходження самої величини, а й оцінка допущеної при вимірах погрішності. В теорії конструювання помилка розглядається як відхилення конструкції від вимог завдання. Ф. Ханзен визначає помилку «як будь-яке відхилення від вимог, побажань та цілей завдання»². Помилка в технічному розумінні, за Ф. Ханzenом, — це відхилення дійсного від бажаного незалежно від причини виникнення відхилення. Але таке твердження є дуже великим і вимагає обмеження. По-перше, не всі недоліки є наслідком дій суб'єкта. По-друге, слід враховувати, що неумисно допущені суб'єктом недоліки не належать до помилок. Тому стосовно технічних пристроїв термін «помилка» означає їх неадекватні (неправильні) показання, які мають сигнальні взаємозв'язки із зовнішнім світом.

Помилки характерні й для живої природи. В літературі описані випадки помилок обміну речовин, відомі помилки тварин, рослин³. Все це дозволяє говорити про те, що в поняття помилки входять неправильності як деяких технічних пристроїв, так і живої природи (в тому числі й людей). Помилки мають місце як у відображенні, так і в дії через невідповідність їх еталонам, там, де є інформаційне відображення.

Помилку ми насамперед розуміємо як неправильність. Вищезгадані положення щодо загального обсягу помилки дозволя-

¹ Тарасенко Ф. П. Введение в курс теории информации. — Томск, 1963. — С. 186.

² Ханзен Ф. Основы общей методики конструирования. — Л., 1969. — С. 57.

³ Див.: Асатиани В. С. Ошибки обмена веществ. — М., 1972. — С. 4.

ють віднести правильне до адекватного, а неправильне — до неадекватного. Це означає, що неправильність існує як антипод правильному, як вид неадекватності, тобто невідповідності. Однак ототожнення помилки з будь-якою неправильністю — теж помилка. Слід розрізняти умисну неправильність і неумисну, відрізняти неправильні результати, допущені неумисно, від умисно неправильних результатів. Останні не є помилками (до помилок не належать). Помилка належить до неправильного, але не вичерпує його. Ототожнення помилки з будь-якою неправильністю — теж неправильність. Ми маємо на увазі мимовільну неумисну помилку, яка протистоїть умисній неправильності. Тим самим ми визначаємо видову ознаку помилки — неумисна неправильність. Вислови «умисна помилка», «свідома помилка» передбачають, що помилки робляться умисно, свідомо. Однак стверджувати так означає допускати логічну нісенітницю, логічну суперечність.

В експертній діяльності помилки різноманітні. Вони можуть виникати при нестандартній ситуації, коли експерт не знає, як діяти, щоб її вирішити; або діє за аналогією по-старому; при неуважності; недостатній відповідальності; при висунені експертних версій; виборі істотних ознак та оцінці їх сукупності і т. ін. Помилки виникають як в діях, так і в думках.

Аналіз ознаки помилки обумовлений ще й тим, що саме її наявність дозволяє відрізнити помилковий висновок експерта від свідомо неправильного висновку, тобто помилку експерта від злочину проти правосуддя (ст. 364 КК України). Тлумачення помилки як неумисної неправильності обумовлює можливість притягнення експерта до кримінальної відповідальності лише в тому разі, якщо він діяв з прямим умислом, тобто експерт знає й уявляє правильне вирішення питання, що поставлене перед ним, але умисно, свідомо дає на нього неправильний висновок.

Коментар такої точки зору можна зустріти у А. Паліашвілі, який вважає, що судовий експерт не притягається до кримінальної відповідальності, якщо причиною неправильного висновку є його омана, наукова невідповідність, малий практичний досвід, некомпетентність, неухважність, неповнота дослідження, спірні наукові положення, помилковий аналіз¹. Крім

¹ Див.: Паліашвілі А. Я. Привлечение экспертов к уголовной ответственности следственными органами и судом // Вопросы судебной экспертизы. — Баку. — 1967. — Вып. 4. — С. 196.

того, А. Паліашвілі пропонує аналіз ознак неправдивого висновку експерта, які конкретизовані Р. Белкіним, А. Педенчуком. Неправдивість висновку експерта може полягати: «а) в умовчуванні при розслідуванні істотних фактів та ознак об'єкта (наприклад, при проведенні дактилоскопічної експертизи експерт умисно не фіксує й не описує ідентифікаційні ознаки та їх взаємне розташування з тим, щоб дати неправильний висновок); б) у перекручуванні опису ознак об'єкта при їх дослідженні ...; в) в неправильному описі при дослідженні фактів та ознак досліджуваного об'єкта (наприклад, при біологічному аналізі крові експерт вказує на такі її ознаки, котрих в дійсності немає, але, посилаючись на результати такого «дослідження», дає неправдивий висновок); г) в умисно неправильній оцінці експертом встановлених ним при дослідженні фактів та ознак»¹.

Разом з тим аналіз поняття помилки в різних наукових виданнях показав спрощений і однобічний підхід до нього. Такий погляд не відображує дійсну сутність помилки, не відрізняє її від неправди, що обумовлена брехнею.

Для ілюстрації наведемо декілька прикладів таких понять. У навчальному тлумачному словнику російської мови зазначається: «Помятисся — неправильно чинити або думати про когось, щось»². Укладачі «Словника української мови» у 10 томах та «Нового тлумачного словника української мови» пропонують декілька тлумачень помилки, в тому числі такі, як: «Помилка — неправильність у вчинках, діях; помилка — неправильна думка, хибне уявлення про когось, щось»³.

Ще більш спрощене визначення міститься у малому тлумачному словнику російської мови та короткому тлумачному словнику російської мови. В них ми відповідно знайшли такі тлумачення помилки: неправильність у діях; порушення норми, правил або неправильний поступок⁴. Як бачимо, у жодному

¹ Палиашвили А. Я. Вказ. праця. — С. 196; Белкин Р. С., Педенчук А. К. Понятие экспертных ошибок и их классификация // Общетеоретические, правовые и организационные основы судебной экспертизы. — М., 1987. — С. 60.

² Габучан К. В. Учебный толковый словарь русского языка. — М., 1988. — С. 235.

³ Словник української мови: У 10 т. К., 1976. — Т. 7. — С. 118; Новий тлумачний словник української мови. — К., 2001. — С. 556.

⁴ Див.: Лопатин В. В., Лопатина Л. Е. Малый толковый словарь русского языка. — М., 1990. — С. 355; Краткий толковый словарь русского языка. — М., 1989. — С. 129.

визначенні не згадано про умисне або неумисне припущення неправильності. Лише в тлумачному словнику В. Даля про помилку сказано: «...неумисний поступок або мимовільне, неумисне викривлення чогось»¹.

У спеціальній криміналістичній літературі, не зважаючи на те, що про причини помилок при проведенні експертних досліджень згадується багатьма авторами, визначення поняття самої помилки можна зустріти лише у окремих вчених.

Г. Грановський вважає помилкою експерта «його висновки (основні та проміжні), що не відповідають дійсності, а також неправильності в діях чи міркуваннях, які відображають процес експертного дослідження в уявленнях, судженнях, поняттях»². Однак в цьому визначенні ми бачимо такий же недолік, як і в наведених вище, і погоджуємось з Р. Белкіним, який зазначає, що у визначенні Г. Грановського відсутня основна ознака, яка дозволяє відрізнити експертну помилку від свідомо неправильного висновку³. При визначенні помилки не можна обмежуватися вказівкою на неправильність чи невідповідність. Щоб вказати видову ознаку помилки, треба говорити про помилку впевненості, а не тільки про невідповідність думок та дій. Без урахування впевненості неможливо розкрити сутність помилки.

На думку Г. Макушкіної, Й. Вермеля, А. Кочневої, «до експертних помилок доцільно відносити тільки неправильні, тобто невідповідні дійсності висновки експерта за умовою його добросовісної омані»⁴. Автори обмежують причини неправильних висновків добросовісною оманною, яка по суті є суб'єктивною в пізнанні. Суб'єкт додає щось від себе, своєї заінтересованості, упередженості в оцінці явищ, предметів, ознак та їх поясненні. Через це в його думках виникає щось таке, що не відповідає дійсності. Однак іноді причини помилкових висновків експерта лежать поза процесом його власного процесу

¹ Толковый словарь живого великорусского языка: В 4 т. — М., 1989. — Т. 2. — С. 633.

² Грановский Г. Л. Природа, причины экспертных ошибок и пути их устранения // Новые разработки и дискуссионные проблемы теории и практики судебной экспертизы. — М., 1983. — С. 2.

³ Див.: Белкин Р. С., Педенчук А. К. Вказ. праця. — С. 60.

⁴ Макушкина Г. Е., Вермель Й. Г., Кочнева Л. В. Понятие, причины и профилактика экспертных ошибок // Судебно-экспертное исследование человека и его деятельности. — Свердловск, 1985. — С. 104–109.

пізнання і пов'язані з відсутністю в нього дійсних знань про об'єкт, що є помилкою, але не є оманю. Це може трапитись в разі надання слідчим на дослідження об'єктів, які не мають відношення до певної справи.

Р. Белкін, А. Педенчук та укладачі Енциклопедії криміналістичної експертизи в загальному вигляді визначають експертну помилку «як невідповідне об'єктивній дійсності судження експерта або його дії, що не приводять до мети експертного дослідження, якщо і хибне уявлення, і невірні дії становлять собою результат добросовісної омани»¹. На жаль, і це визначення не можна визнати достатньо точним і повним. По-перше, якщо враховувати, що оманю називається хибне судження або система суджень, які суб'єкт приймає за істинні, то в запропонованому визначенні спостерігаємо повторюваність². По-друге, як і в попередньому, у запропонованому понятті неправильні судження та дії експерта обумовлені тільки оманю. Загальна теорія помилок дозволяє розглядати омани тільки як вид помилок. Омани є помилкою, але не можна говорити, що будь-яка помилка викликана тільки оманю. Омани через хибне входять до помилки. З огляду на те, що невідання, незнання — це відсутність омани, не слід обмежуватися як причиною хибного судження та неправильних дій експерта тільки добросовісною оманю. Правда, й тут треба сказати, що вказівка на добросовісність омани є зайвою, вона завжди є результатом неумисної невідповідності предмета думці. Поняття омани, як і помилки, передбачає наявність видової ознаки — неумисності. Тому говорити про добросовісність омани — все одно, що говорити про неумисність помилки, про яку йшлося раніше.

Правильною видається думка Н. Клименко про те, що в основі помилки може лежати й омани особи³. При визначенні загального поняття помилки особи, на нашу думку, саме Н. Кли-

¹ Див.: Белкин Р. С., Педенчук А. К. Вказ. праця. — С. 59; Энциклопедия криминалистической экспертизы / Под ред. Т. А. Аверьяновой, Е. Р. Россинской. — М., 1999. — С. 285

² Див.: Селиванов Ф. А. Ошибки. Заблуждения. Поведение. — Томск, 1987. — С. 69.

³ Див.: Клименко Н. И. Ошибки при использовании специальных знаний в досудебных стадиях уголовного процесса // Проблемы дальнейшего укрепления социалистической законности при расследовании преступлений органами внутренних дел. — К., 1988. — С. 129.

менко вдалося дати найбільш повне визначення: «Помилки особи — це висновки неумисного характеру, що не відповідають оцінюваним явищам об'єктивної дійсності та рішенням і діям, що впливають із цих висновків»². Хоча акцент про неумисність доцільно було б змістити на неумисну невідповідність, а не на неумисні висновки.

Вивчивши досвід слідчої, експертної, судової практики та завдання правозастосовувача, які полягають у досягненні повного, всебічного та об'єктивного знання обставин злочинного діяння, знання, що необхідне для правильного вирішення кримінальної справи при суворому дотриманні норм процесуального та матеріального закону та моральних правил, Н. Клименко запропонувала єдине в своєму роді поняття помилки в кримінальному судочинстві. Помилками в кримінальному судочинстві вона назвала будь-які неумисні порушення закону, недоліки та упущення при порушенні та розслідуванні кримінальних справ, усякі неправильності в процесуальній діяльності, а також у розумовому процесі компетентної особи, носія певних прав і обов'язків². Зрозуміло, до них належать і помилки в експертній діяльності. У зв'язку з цим помилки експерта, з одного боку, можуть бути обумовлені помилками інших учасників судочинства, а з іншого — самі можуть стати причиною слідчих і судових помилок. Так, безпосередній процес пізнання експерта може повністю відповідати об'єктам, що досліджуються. Однак висновок все одно не буде відповідати істині по конкретній кримінальній справі. В таких випадках умови та причини помилок пов'язані не з будь-якими неправильними думками або діями суб'єкта дослідження, а з умисними або неумисними діями осіб, які мали відношення до об'єктів під час фіксування, вилучення, пакування, транспортування, зберігання, підготовки до призначення експертизи. Під час таких дій могли змінитися їх якості, властивості, на дослідження могли бути надані об'єкти, які не мають відношення до певної кримінальної справи (неправильна фіксація мікрочастинок з різних ділянок місця події могла призвести до їх змішування, обсіпання; неналежна упаковка — до пошкодження, знищення, підміни

¹ Клименко Н. И. Ошибки при использовании специальных знаний в до-
судебных стадиях уголовного процесса. — С. 129.

² Див.: Там само. — С. 129–130.

слідів, у тому числі при транспортуванні та під час зберігання; неперевірені дані про виконання рукописів певною особою — до надання недостовірних довільних зразків почерку). Причиною помилкового висновку експерта тут корениться в помилкових вихідних даних, тому якщо саме дослідження й проведено бездоганно, в аспекті встановлення істини по справі висновок виявиться помилковим.

При розгляді категорії помилки ми намагалися врахувати зазначені моменти, що дозволило запропонувати таке визначення помилки в діяльності судового експерта: *Помилка судового експерта — це невідповідність його знання об'єкту дослідження, обумовлена неумисним неправильним відображенням дійсності, яке реалізується в висновках через його діяльність.*

Надійшла до редколегії 20.06.02

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

Г. Христова, аспірантка НЮА України

Зміст і форма в праві: питання співвідношення і взаємовпливу

В сучасній юриспруденції чітко окреслилась тенденція щодо зменшення питомої ваги досліджень, заснованих на використанні низки визначальних категорій діалектики як методологічного інструментарію у вивченні правової дійсності. Разом з тим застосування переосмислених законів і категорії діалектики при пізнанні правових явищ дає можливість виявити їх суспільне значення, тенденції та перспективи розвитку, розробити на цій основі науково обґрунтовані, практично значущі рекомендації.

В правознавстві широко використовуються категорії «форма» і «зміст». Такі поняття, як форма держави, форма права, форми реалізації права, форми викладання правової норми, форми правосвідомості тощо, належать до базового категоріального апарату загальної теорії держави і права. Зміст явищ, що передаються цими поняттями, фактично досліджується при формулюванні їх визначень, функцій та принципів. Але значення цих правових термінів потребує істотного переосмислення з урахуванням новітніх тенденцій у філософському розумінні форми і змісту та пов'язаних з ними категорій.

Філософське розуміння діалектики форми та змісту зводиться до такого: кожне явище має зміст і форму. Зміст становить сукупність усіх складових елементів об'єкта, його властивостей, внутрішніх процесів, зв'язків, суперечностей, тенденцій. Форма є способом вираження та існування змісту. Між змістом і формою існує складний діалектичний взаємозв'язок, який полягає передусім у тому, що зміст і форма знаходяться в єдності. Зміст завжди оформлений, форма завжди змістовна. Змінювання змісту викликає й зміну форми; форма в своєму розвитку іде за змістом,

відповідає йому. В діалектичній єдності змісту і форми вони не виступають як «рівноправні» сторони — зміст є визначальною стороною, основою цієї єдності. Форма ж вторинна, похідна від змісту, залежить від нього. Однак форма не пасивна стосовно змісту, а має відносну активність. Зміст більш рухомий та мінливий, форма ж відрізняється відомою постійністю, тривалістю. Тому в процесі розвитку форма починає відставати від змісту, гальмує його. З часом між ними виникає суперечність, яка завершується ломкою старої форми. Зміст набуває нової, відповідної йому форми та одержує простір для свого подальшого розвитку.

Досить поширеним у літературі є виділення внутрішньої та зовнішньої форм. Такий поділ є результатом історичного розвитку категорій «форма», «матерія», «зміст». Категорія «форма» з'явилася вже в давньогрецькій філософії, але для античних теорій побудови Всесвіту характерним було співвідношення форми не зі змістом, а з матерією як речовинним першоначалом, простою сукупністю елементів. Категорія «зміст» з'явилася в філософії лише у XVIII ст. у роботах класика німецької філософії Канта. Філософське розуміння категорії «форма» як категорії, що співвідноситься з матерією, та як категорії, що співвідноситься із змістом, призводить до виникнення дуалізму форми та її роздвоєння на «форму зовнішню» і «форму внутрішню», яке вперше формулюється в філософії Гегеля. Розкриваючи сутність обох форм, Гегель писав: «Ми маємо подвоєння форми: по-перше, вона, як рефлектована всередину себе, є змістом; по-друге, вона, як нерелефтована всередину себе, є зовнішне, байдуже для змісту існування»¹. Отже, фактично виникають дві різні категорії, об'єднані лише єдиною назвою (омоніми). Внутрішня форма діалектично співвідноситься зі складом об'єкта, а зовнішня форма утворює діалектичну пару зі змістом².

На позначення зовнішньої форми з метою подолання термінологічного паралелізму в науковий обіг поступово вводиться термін «структура», який означає відносно сталу єдність елементів, взаємних відносин та зв'язків, що зумовлює цілісність об'єкта, інваріантний аспект системи³. Тоді постає принципо-

¹ Гегель Г. В. Ф. Сочинения. — М., 1959. — Т. 1. — С. 224.

² Такий підхід відстоюють В. Агудов, В. Вдовиченко, О. Зелькіна, А. Мамзін, В. Тютін та інші вчені.

³ Див.: Философская энциклопедия / Под ред. Ф. В. Константинова. — М., 1970. — Т. 5. — С. 140.

ве питання: як структура співвідноситься зі змістом? Якщо структура не входить до змісту, то виявляється, що зміст — це лише безсистемна сукупність елементів (склад). Але тоді порушується фундаментальне положення діалектики форми і змісту — примат змісту над формою, оскільки проста сукупність неструктурованих елементів утрачає свою унікальність і не може визначати розвиток форми. Ще Аристотель наголошував на тому, що для пізнання буття «мало сказати, з яких елементів воно складається, бо важливо не те, з чого складається сутність будь-якого об'єкта, а те, яким чином вона складена з цих складових елементів»¹. Отже, зміст є діалектичною єдністю складу та структури (у цьому контексті — синоніму внутрішньої форми), чим й зумовлюється його визначальна роль відносно форми.

Викладені положення про співвідношення змісту і структури, внутрішньої і зовнішньої форм дозволяють уточнити застосування відповідних категорій при аналізі права.

Перш ніж розглянути діалектику змісту та форми права як ядра правової дійсності, треба зупинитися на двох принципово відмінних аспектах змісту та форми права, його взаємодії з іншими суспільними явищами. Перший, — коли право співвідноситься з іншими соціальними явищами (економікою, політикою, суспільною свідомістю), воно виконує функцію правової форми відносно цих явищ, виступає «об'єктивно необхідною формою фактичних відносин»²; другий, — коли право розглядається як відносно самостійне, поза зв'язками з іншими явищами утворення, яке має власні форму та зміст.

Результатом еkleктичного поєднання цих двох підходів до права є поділ змісту права на матеріальний (фактичний) та юридичний (власне правовий) зміст³. Таке розуміння змісту права

¹ Цит. за: Агудов В. В. Категории «форма» и «структура». — М., 1970. — С. 20.

² Явич С. Я. Сушность права. Социально-философское понимание генезиса, развития и функционирования юридической формы общественных отношений. — Л., 1985. — С. 14.

³ Так, С. Алексеев зазначає, що «фактичний зміст юридичних установлень, норм, принципів становить все те, що «дано» в законах, інших джерелах самими фактичними відносинами, які регулюються правом, — відносинами економічними, політичними, моральними, психологічними та багатьма іншими... До власного юридичного змісту належить сама по собі догма права, а також її структура, особлива «правова» побудова часток юридичної матерії, що реалізується в принципі, в ідеалі логіки права» (Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. — М., 1999. — С. 282).

не враховує того, що право як цілісне явище відображає об'єктивну дійсність «не просто в дзеркальній формі, а в узагальненій, концентрованій та перетвореній формі»¹, тобто в абстрактній нормативній формі. Саме завдяки такому відображенню дійсності право стає абстрактною та загальною мірою індивідуальної свободи і набуває можливості зворотного впливу на фактичні відносини.

Розуміння права як форми суспільних відносин і як цілісного явища, що має власну форму і зміст, є проявом одного з характерних елементів діалектики форми і змісту — їх співвідносності. Це означає, що зміст і форма не можуть розглядатися окремо, оскільки вони є змістом і формою тільки в даних конкретних відносинах. Форма певного змісту може виступати в інших конкретних відносинах як зміст, що має власну притаманну йому форму. Так і суспільні відносини різного змісту, які охоплюють усі сфери людського буття, можуть мати правову і неправову форми. Але, будучи об'єктивно зумовленим суспільними відносинами на конкретно-історичному етапі їх розвитку, право виступає як відносно самостійний феномен суспільного життя, що має власні зміст і форму. Отже, надалі в рамках цієї статті розглядатимуться зміст і форма права як діалектично співвідносні протилежні сторони одного й того ж соціального цілого.

Питання форми і змісту права безпосередньо залежить від концепції праворозуміння. Усвідомлюючи неможливість всебічного аналізу всього спектра наукових поглядів на право в цьому дослідженні, зазначимо, що ми розуміємо під правом систему чинних, об'єктивно зумовлених правових норм, які визнаються державою та користуються державною підтримкою аж до примусу. Тоді вихідним елементом змісту права є нормативні явища — постійно повторювані суспільні відносини, якими встановлюються абстрактні загальнообов'язкові правила поведінки. Вони обумовлені конкретно-історичним етапом розвитку суспільства та відповідають вимогам соціальної справедливості і розумності. Крім норм права, зміст права також становлять його принципи — об'єктивні вихідні незаперечні імперативні вимоги, які ставляться до всіх суб'єктів права з метою забезпечення правопорядку. Безпосередньо виходячи із

¹ Керимов Д. А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). — М., 2000. — С. 172.

сутності права, принципи висловлюють головне та вирішальне у його змісті, посідають відносно норм особливе місце, об'єднують останні в соціально та юридично цілісну систему. Принципи права є нормативними регуляторами суспільних відносин як через відповідно структуровані юридичні норми, так і безпосередньо, коли, у разі виявлення прогалин в законодавстві, принципи виступають головним, якщо не єдиним, правовим засобом врегулювання конкретних відносин.

Отже, зміст права як соціального цілого складають правові норми та принципи, які взаємопов'язані між собою та утворюють відповідну структуру права — сукупність правових норм, інститутів, галузей права. Зміст права є об'єктивним, він складається в результаті повторюваності певних суспільних відносин у структурованому вигляді та визначений наперед конкретно-історичними умовами, тенденціями та перспективами розвитку суспільства. Зміст права треба відрізнити від його сутності. Якщо сутність відображає внутрішню природу права, його головні, визначальні якісні характеристики, без яких право взагалі перестає бути собою, то зміст права — це вираження його сутності в численних та різноманітних її проявах, в усій системі повторюваних суспільних відносин.

Зміст права офіційно формулюється, існує та розвивається в певній формі, що безпосередньо відповідає фундаментальній ознаці права — формальній визначеності. Форма права є способом його існування, вираження та перетворення. В правознавстві при розгляді форми права майже всі автори розрізняють внутрішню та зовнішню форми права. Під внутрішньою формою права розуміють його структуру, систему елементів, які складають зміст даного явища; під зовнішньою — об'єктивованний комплекс юридичних джерел, які формально закріплюють правові явища¹. Хоча таке розуміння форми права для багатьох дослідників є аксіоматичним, воно базується на історичному дуалізмі форми (про що вже йшлося) та не враховує те, що внутрішня форма (структура) входить до змісту права, чим і визначається його примат над формою. З цих позицій вживання терміна «внутрішня форма права», так само як і терміна «внутрішня форма норми права», є недоцільним.

¹ Див.: Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — М., 1999. — С. 329.

Форма права являє собою сукупність визнаних конкретною державою офіційно-документальних способів вираження та існування норм права, до яких належать нормативний правовий акт, нормативний договір, судовий прецедент та правовий звичай. Треба зазначити, що у рамках національної правової системи визнаними державою формами права можуть бути не тільки одна з наведених форм (наприклад, нормативний правовий акт), а й декілька з них, а досить часто й всі одразу (як у правовій системі США) при домінуванні однієї з цих форм. Конкретні норми права виражаються зовні (оформлюються) в нормативних приписах та залежать від способу викладення норм права, система цих нормативних приписів й становить законодавство у широкому розумінні.

Втілюючи зміст права, законодавство як його форма має свою закономірну структуру. З визначальної ролі змісту права випливає, що його структура також є визначальною, первинною щодо структури форми, яка, будучи при цьому відносною автономністю, виступає як вторинна структура права. Оскільки структура права, як зазначає С. Алексеев, «хоча й недостатньо коректно з філософського боку має назву «система права»¹, то це дає можливість зробити висновок про те, що система права і система законодавства як окремі суспільні явища співвідносяться між собою як зміст і форма.

Як і кожна форма, законодавство не є пасивним елементом відносно змісту права. Особливості форми права зумовлюють багато чинників, від яких залежить ефективність правових норм — коло суб'єктів, на яке поширюється їх дія, характер нормативності, ступінь юридичної сили правових актів, методи та способи правового регулювання відповідних суспільних відносин тощо. Активність законодавства виявляється й у зворотному впливі на правовий зміст з метою його вдосконалення шляхом систематизації законодавства (кодифікації, інкорпорації), закріплення прогресивних («випереджаючих») законодавчих положень, які відповідають тенденціям суспільного життя та стимулюють певні суспільні відносини, спрямовують їх розвиток.

Такий підхід актуалізує питання співвідношення змісту та форми права при виданні та дії окремих видів юридичних актів. Виявляється, що певні юридичні акти відповідних державних

¹ Алексеев С. С. Теория права. — М., 1994. — С. 110.

органів та посадових осіб можуть як втілювати у собі правові норми, тобто виступати формами права, так і належати до інших категорій юридичних актів — актів застосування права, інтерпретаційних актів, актів контролю тощо. Так, укази Президента України можуть містити як правовий зміст, так і індивідуальні приписи (зокрема, укази про призначення на посаду), тобто належати до правозастосовних актів. Аналогічна ситуація характерна для рішень деяких органів виконавчої влади, судових інституцій, контролюючих установ. Отже, доцільно було б розмежувати формальні ознаки різних за змістом юридичних актів (їх назви, необхідні реквізити), деталізувати процедури їх прийняття та реалізації, що сприяло б визначенню місця цих юридичних актів у механізмі правового регулювання.

Низку питань у контексті співвідношення змісту і форми потягло за собою створення нових інституцій в системі органів державної влади України, які наділені характерними, властивими лише їм функціями (зокрема, Конституційний Суд України). Рішення цих органів фіксуються у певних офіційно-документальних формах, тобто юридичних актах, які є втіленням специфічного змісту їх діяльності та мають йому відповідати. Таким чином, постає питання щодо адекватного визначення місця юридичних актів цих органів у системі юридичних актів України. Однак ця проблема має стати предметом подальшого дослідження.

Юридична наука радянських часів, керуючись марксистським розумінням права, одноголосно визнавала, що «зміст права утворює об'єктивована в системі загальнообов'язкових норм, піднесена до закону державна воля»¹. Якщо припустити, що правові норми та принципи є результатом державного волевиявлення, навіть волевиявлення народу в цілому, це означатиме, що вони мають суб'єктивний характер, оскільки воля як така є категорією суб'єктивною. Тоді виходить, що правові норми та принципи визначаються не об'єктивними законами суспільного розвитку, а залежать від того, наскільки адекватно воля уповноважених суб'єктів державної нормотворчості відтворює ці закономірності суспільного життя. Таким чином заперечується об'єктивний характер правових норм і принципів, право в цілому розуміється як штучне утворення. Деякі автори вже за наших

¹ Алексеев С. С. Проблемы теории права. Курс лекций в двух томах. — Свердловск, 1972. — Т. 1. — С. 24.

часів наголошують на тому, що «відбувається своєрідне роздвоєння правових норм на об'єктивні та суб'єктивні моменти»¹.

Гадаємо, що тут має місце підміна змісту права його формою — законодавством. Відтворюючи об'єктивний за своєю природою зміст права, законодавство як результат діяльності уповноважених суб'єктів державної нормотворчості має суб'єктивно-об'єктивний характер. При чому роль суб'єктивного чинника досить велика. Для того щоб відтворити зміст права у законодавстві, його треба вірно «побачити», «відчутти», «усвідомити» в фактично існуючих суспільних відносинах, адекватно оцінити реальні потреби та перспективи суспільного розвитку. Якщо ці умови законодавцем не виконані, результат його законотворчої діяльності не є формою права, оскільки має неправовий зміст. Але у той же час такі законодавчі положення мають юридичну силу та забезпечені державною підтримкою аж до примусу, що призводить до панування неправового закону, порушення принципу верховенства права.

Саме з метою запобігання законодавчому свавіллю в демократичних країнах створені та діють органи конституційної юстиції (контролю). Визнаючи юридичний акт відповідних органів державної влади таким, що не відповідає конституції, надаючи офіційне тлумачення, орган конституційної юрисдикції фактично вдосконалює правову форму конкретних норм права шляхом розкриття їх змісту, конкретизації кола суб'єктів, на яких вони поширюються, визначення характеру їх взаємозв'язку з іншими правовими нормами відповідно до загальних принципів права. Рішення органу конституційного контролю є остаточними та не підлягають оскарженню, а відтак, мають вищу юридичну силу та державно-владний характер. За своїм змістом акти органів конституційної юстиції переважно належать до актів тлумачення права, що має офіційний нормативний характер, та актів скасування неправових законодавчих положень. Отже, акти Конституційного Суду України вносять істотні зміни в механізм правового регулювання, що зумовлює необхідність визначення їх юридичної природи з урахуванням діалектики форми і змісту права.

Таким чином, як слушно зауважив А. Ушаков, проблема змісту і форми у праві виступає як важлива частина методології

¹ Керимов Д. А. Проблемы общей теории государства и права. — М., 2000. — С. 171.

законодавця¹. Належне розуміння діалектики змісту і форми права має визначати правову політику держави, сприяти законодавчому визнанню нових форм права, наданню їм відповідного статусу в системі юридичних актів України.

Надійшла до редколегії 10.05.02

Т. Гавриш, аспірантка НЮА України

Особливості процесуального статусу осіб, викликаних для участі у провадженні по кримінальній справі в порядку міжнародної правової допомоги

Чинні міжнародні договори України про правову допомогу в кримінальних справах передбачають можливість виклику свідка, потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача та їх представників, а також експертів до компетентних установ іноземної держави для проведення допиту або участі в інших процесуальних діях.

Вступаючи у сферу кримінального судочинства, зазначені особи набувають відповідного процесуального статусу, який в даному випадку має певні особливості. Перш ніж проаналізувати їх, слід визначитися з поняттям правового і процесуального статусу особи, оскільки воно є базовим в аспекті розглядуваної проблематики і одним з найбільш дискусійних у правовій науці в цілому і в кримінально-процесуальній зокрема.

В загальному плані правовий статус особи характеризується як система прав і обов'язків, законодавчо закріплена державами в конституціях, міжнародно-правових актах про права людини та інших нормативно-юридичних актах².

Вузьке тлумачення поняття правового статусу особи, віднесення до його складу виключно прав і обов'язків не є загаль-

¹ Див.: Ушаков А. А. Очерки советской законодательной стилистики. — Пермь, 1967. — С. 26.

² Див.: Проблемы общей теории права и государства / Под общ. ред. В. С. Нерсесянца. — М., 2001. — С. 225.

новизнаною, єдиною точкою зору, адже більшість учених розглядають його як багатоелементне поняття і включають до його складу також громадянство¹, юридичні гарантії², юридичну відповідальність і як один з її видів — кримінально-процесуальну відповідальність³, загальну правоздатність тощо.

Не вдаючись до детального аналізу висловлених у літературі думок, зазначимо, що поділяємо точку зору тих авторів, які під правовим статусом особи розуміють її права, обов'язки та юридичні гарантії.

В правовій теорії розрізняють загальний (міжнародний), конституційний (базовий), галузевий, родовий (спеціальний) та індивідуальний правові статуси особи⁴. Загальний та конституційний статуси складають основу галузевого (процесуального), під яким розуміють сукупність кримінально-процесуальних властивостей і ознак, що характерні для процесуального становища всіх суб'єктів кримінального судочинства і визначають галузеві параметри юридичної свободи, прав, обов'язків і відповідальності в кримінальному процесі⁵.

В останні роки значно інтенсифікувалося міждержавне співробітництво у сфері боротьби зі злочинністю, надання правової допомоги в кримінальних справах. Особливістю цього напрямку взаємодії є механізм правового регулювання відносин, що складаються в ході надання допомоги, оскільки вони регулюються як міжнародними нормами, так і національним законодавством. Беручи участь у процесуальних діях, які є актом правової допомоги, особа зберігає свій загальний (міжнародний) та конституційний правовий статуси і, крім того, набуває процесуального статусу, який визначається національним законодав-

¹ Див.: *Витрук Н. В.* Основы правового положения личности в социалистическом обществе. — М., 1979. — С. 29.

² Див.: *Строгович М. С.* Вопросы теории прав личности // *Философия и современность*. — М., 1976. — С. 33–35.

³ Див.: *Корнуков В. М.* Конституционные основы положения личности в уголовном судопроизводстве. — Саратов, 1987. — С. 16; *Коврига З. Ф.* Уголовно-процессуальная ответственность. — Воронеж, 1984; *Ветрова Г. Н.* Уголовно-процессуальная ответственность. — М., 1987.

⁴ Див.: *Теория государства и права / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Первалова*. — М., 1998. — С. 506–507.

⁵ Див.: *Вапнярчук В. В.* Особливості процесуального становища особи, яка провадить дізнання. — Х., 2001. — С. 67.

ством держави, на території якої здійснюються процесуальні дії, і відповідним міжнародним договором. Це обумовлює специфіку її процесуального статусу.

Регламентуючи виклик свідка, потерпілого, експерта та інших осіб до правоохоронних органів сторони, що запитує правову допомогу, більшість міжнародних договорів містять загальне положення про те, що вони не можуть бути притягнуті до відповідальності у зв'язку з нез'явленням. Зокрема, згідно з п. 4 Протоколу до Конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 р. (далі — Мінська конвенція) виклик осіб, які проживають на території однієї договірної сторони, до установ юстиції іншої договірної сторони не повинен містити погрози застосування заходів примусу на випадок нез'явлення. Стаття 8 Європейської конвенції про взаємну правову допомогу в кримінальних справах передбачає, що свідок або експерт, який не підкориться виклику до суду, з'явлення до якого вимагається, не може, навіть якщо цей виклик містить наказ, підлягати ніякій мірі покарання або примусу, якщо тільки він потім, за власним бажанням, не відправляється на територію сторони, що звертається з запитом, і не буде знову регулярно викликатись.

Отже, з'явлення свідка, потерпілого, експерта за викликом компетентних органів іноземної держави в порядку надання правової допомоги, на відміну від внутрішнього процесуального порядку, є їх правом, а не обов'язком. На це неодноразово зверталась увага в спеціальній літературі¹. Разом з тим це аксіоматичне положення міжнародних договорів піддається критичній оцінці. За думкою Л. Галенської, «...якщо держава взяла на себе за договором певні зобов'язання по наданню правової допомоги, вона повинна їх виконувати. Добровільність же з'явлення осіб, які викликаються, ставить під сумнів можливість виконання договірних зобов'язань по наданню правової допомоги шляхом надання свідків та експертів — громадян іноземних держав-учасниць договорів про правову допомогу»².

¹ Див.: Галенская Л. Н. Международная борьба с преступностью. — М., 1972. — С. 13; Бастрыкин А. И. Взаимодействие советского уголовно-процессуального и международного права. — Л., 1986. — С. 45.

² Галенская Л. Н. Вказ. праця. — С. 45.

Принцип добровільності, як слушно відзначають В. Кабанець і С. Кравчук, не поширюється на ті випадки, коли повістка з викликом до судово-слідчих органів вручається громадянам України, які перебувають за кордоном, через дипломатичні або консульські представництва¹. З'явлення за викликом в даному разі є їх обов'язком. Однак, якщо зазначені особи допитуються через дипломатичні представництва або консульські установи або їм вручені документи через ці органи, до них також не можуть бути застосовані примусові заходи або погроза ними (про це прямо вказано, зокрема, в п. 3 ст. 12 Мінської конвенції). Встановлюючи можливість допиту власних громадян через свої дипломатичні представництва або консульські установи, ст. 12 Мінської конвенції не містить відповідного механізму реалізації даної правової норми. Уявляється, що він має бути передбачений у новому КПК України.

Висловлюючись за вдосконалення міжнародних договорів в частині правової регламентації процесуального статусу викликаних осіб, згадані автори пропонують зробити їх прибуття не добровільним, а обов'язковим, мотивуючи це тим, що їх нез'явлення може суттєво ускладнити розслідування і судовий розгляд справи, негативно вплинути на їх результати². З наведеними аргументами важко не погодитись, особливо в тих випадках, коли свідки та потерпілі є єдиними носіями доказової інформації по кримінальній справі, але, як видається, вихід із цієї процесуальної ситуації має бути знайдено саме завдяки наданню правової допомоги, зокрема даванню доручення про допит цих осіб на території держави, де вони проживають або перебувають (доцільність саме такого шляху вирішення цієї проблеми буде додатково аргументовано нижче).

При допиті свідків, потерпілих, експертів, викликаних за дорученням про правову допомогу, можливі колізії, обумовлені різною правовою регламентацією їх процесуального статусу і порядку провадження по кримінальній справі законодавством країн, які є сторонами в договорі³. Тому при провадженні цієї

¹ Див.: Кабанець В., Кравчук С. Міжнародне доручення як правова допомога у кримінальних справах // Вісник прокуратури. – 1999. – № 1. – С. 86.

² Див.: Кабанець В., Кравчук С. Вказ. праця. – С. 86.

³ Такі колізії детально розглянуто в монографії О. Бастрикїна «Взаємодія союзу радянського уголовно-процесуального і міжнародного права» (Л., 1986).

слідчої дії на території України слід виходити з такого: вона здійснюється за кримінально-процесуальним законом України; вказані особи не можуть бути притягнуті до відповідальності за відмову від давання показань, в тому числі і з мотивів надання їм такого права законом їх країни, оскільки міжнародними договорами для них передбачено право на охорону.

Особливість процесуального статусу осіб, які з'являються до правоохоронних органів іноземної держави за їх викликом, полягає і в тому, що вони не можуть бути притягнуті на території цієї держави до адміністративної або кримінальної відповідальності, взяті під варту або бути покарані за діяння, вчинене до перетинання її державного кордону. Такі особи не можуть бути також притягнуті до відповідальності, взяті під варту або покарані у зв'язку з їх показаннями або висновком як експертів при участі у кримінальній справі, яка є предметом розгляду (п. 1 ст. 9 Мінської конвенції). Особа, незалежно від громадянства, викликана в судові органи запитуючої сторони для того, щоб відповісти за діяння, які є предметом кримінального переслідування, порушеного проти неї, не може ні притягатися до відповідальності, ні утримуватися під вартою, ні підлягати ніякому іншому обмеженню її особистої свободи за діяння або обвинувальні вироки, які передували її від'їзду з території запитуваної сторони і які не зазначено у повістці про виклик до суду (п. 2 ст. 12 Європейської конвенції про взаємну допомогу в кримінальних справах).

Гарантії недоторканності осіб, які з'явилися за викликом іноземної держави, отримали своє нормативне закріплення ще в картельних конвенціях XIX ст. Відомий російський вчений Ф. Мартенс, аналізуючи міжнародне кримінальне право, відмічав, що майже в усіх конвенціях існує постанова, що свідки, які перетинають кордон на вимогу суду, не повинні бути затримані ні за будь-яке діяння, вчинене до їх виклику. В ст. 14 російсько-бельгійської конвенції вказувалось також, що свідки не можуть бути заарештовані за розкриття на слідстві їх співучасть у розглядуваному злочині. Встановлення цих гарантій, як підкреслив автор, зрозуміле, оскільки виклики до суду не можуть бути прирівняні до формальної вимоги про видачу¹.

¹ Див.: Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов. – СПб, 1896. – Т. 2. – С. 476.

Оскільки зазначені особи не є суб'єктами злочинів, передбачених ст. ст. 384, 385 КК України, вони не повинні перед допитом попереджатись про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиве показання, завідомо неправдивий висновок або за відмову від давання показань або виконання покладених на них обов'язків.

Вважаємо, що наведені особливості процесуального статусу цих осіб і порядку їх допиту мають бути передбачені у відповідній главі КПК України. Стаття 574 проекту КПК, закріплюючи гарантії свідку, експерту, потерпілому, які не є громадянами України, виходить з того, що викликані з-за кордону вказані особи, які добровільно з'явилися до слідчих органів або суду, не можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності, затримані або заарештовані як з приводу злочину, який є предметом даного кримінального провадження, так і за будь-який інший злочин, вчинений до перетинання державного кордону України, щодо них не може бути виконане покарання, призначене за такий злочин.

На наш погляд, цю статтю законопроекту доцільно доповнити двома такими положеннями: до переліку осіб, які користуються гарантіями недоторканності, слід також включити цивільного позивача, цивільного відповідача та їх представників; зазначити, що ці особи не можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності, взяті під варту або бути покарані у зв'язку з їх показаннями або висновками, які вони дали, беручи участь у провадженні по кримінальній справі за викликом у порядку правової допомоги.

Проте слід звернути увагу й на те, що у договірній практиці України відсутній єдиний підхід до вирішення питання щодо можливості притягнення до відповідальності викликаних осіб у зв'язку з їх показаннями або даванням висновку, оскільки деякі міжнародні договори України передбачають їх недоторканність лише стосовно діянь, вчинених до перетинання державного кордону (наприклад, договір між Україною та Канадою). Тому цікаво буде звернутися до зарубіжного досвіду нормативного врегулювання розглянутих питань.

Так, наприклад, кримінально-процесуальні кодекси Російської Федерації та Республіки Казахстан встановлюють різні межі імунітету зазначених осіб. Стаття 526 КПК Республіки

Казахстан передбачає, що проведення слідчих і судових дій за участю свідка, потерпілого, інших учасників процесу здійснюється за правилами цього Кодексу за такими винятками: не допускаються привід, грошове стягнення, а також притягнення до кримінальної відповідальності за відмову або ухилення від давання показань і за давання завідомо неправдивих показань або завідомо неправдивого висновку. Вони не можуть бути притягнуті на території Республіки Казахстан до кримінальної і адміністративної відповідальності, взяті під варту і піддані покаранню за діяння, вчинені до перетинання державного кордону. Такі особи не можуть також бути притягнуті до відповідальності, взяті під варту або піддані покаранню в зв'язку з їх показаннями як свідків або висновками експерта по кримінальній справі, яка є предметом розгляду.

Отже, загальною умовою набуття свідками, потерпілими, експертами та іншими учасниками процесу вказаного імунітету є їх прибуття до відповідних державних органів запитуючої сторони за викликом, врученим компетентною державною установою на виконання прохання про надання правової допомоги¹.

По-іншому питання імунітету цих осіб регулюються КПК РФ, згідно зі ст. 456 якого свідок, потерпілий, експерт, цивільний позивач, цивільний відповідач, їх представники, які з'явилися за викликом, не можуть бути на території Російської Федерації притягнуті як обвинувачені, взяті під варту або піддані іншим обмеженням особистої свободи за діяння або на підставі вироків, які мали місце до перетинання зазначеними особами державного кордону РФ². Тобто, межі імунітету значно звужені:

¹ Під імунітетом свідка в процесуальній теорії розуміють сукупність нормативно закріплених правил, які звільняють деякі категорії свідків або потерпілих від передбаченого законом обов'язку давати свідчення по кримінальній справі, а також звільняють будь-якого допитуваного від обов'язку свідчити про себе (див.: *Москалькова Т. М.* *Етика уголовно-процессуального доказывания (стадия предварительного расследования)*. — М., 1996. — С. 46). У кримінальному процесі існує досить багато видів імунітетів, які встановлюються законом з метою забезпечення виконання окремими категоріями суб'єктів покладених на них функцій, їх безпеки, недоторканності та ін. Види імунітетів та проблеми їх правового регулювання та застосування досліджені у монографії *Ф. Акаева, В. Галузо.* «Имунитеты в российском уголовном процессе» (М., 1998).

² Див.: *Российская газета.* — 2001. — 22 дек.

він поширюється тільки на дії, вчинені до перетинання державного кордону. Питання юридичної відповідальності викликаних осіб у зв'язку з відмовою від давання показань або даванням завідомо неправдивих показань (або висновку) цією правовою нормою не регулюється, що, на наш погляд, не відповідає Мінській конвенції, але узгоджується з п. 1 ст. 12 Європейської конвенції про взаємну допомогу в кримінальних справах, оскільки гарантія недоторканності, встановлена цією статтею, не виключає можливості притягнення особи до відповідальності за правопорушення, пов'язане із даванням показань¹.

Будучи суттєвою гарантією недоторканності осіб, які викликаються для участі в кримінальній справі у зв'язку з наданням правової допомоги, відповідні положення міжнародних договорів одночасно спрямовані на забезпечення виконання вимоги про з'явлення. По суті йдеться про встановлення імунітету певної категорії осіб, які не можуть бути піддані примусу в зв'язку з їх участю у провадженні по кримінальній справі. Разом з тим відсутність будь-яких санкцій за неналежне виконання ними процесуальних обов'язків, як зазначалося вище, ускладнює розслідування або розгляд кримінальної справи, а іноді й унеможлиблює одержання необхідної доказової інформації. Тому слушною видається рекомендація В. Волженкіної щодо пріоритетності вирішення питання про допит цих осіб шляхом направлення відповідного доручення про надання правової допомоги².

Передбачений міжнародними договорами імунітет зберігається протягом встановленого строку (наприклад, Європейська конвенція про взаємну допомогу в кримінальних справах (ст. 12), Мінська конвенція (ст. 9), договори між Україною і Литовською Республікою (ст. 12), Україною і Китайською Народною Республікою (ст. 9), Україною і Республікою Грузія (ст. 12), Україною і Латвійською Республікою (ст. 12), Україною і Естонською Республікою (ст. 12) про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах передбача-

¹ Заслуговує на увагу той факт, що в одному з проектів нової редакції Мінської конвенції була передбачена відповідальність свідків та потерпілих за завідомо неправдиві показання, а експертів — за завідомо неправдивий висновок. Кримінальне переслідування цих осіб згідно з проектом повинно здійснюватися на підставі матеріалів, які надані запитуючою стороною, відповідно до законодавства запитуваної сторони її компетентними органами.

² Див.: Волженкіна В. М. Вказ праця. — С. 177.

ють строк 15 днів з дня, коли викликаній особі було повідомлено, що її присутність більше не є необхідною; Договір між Україною і Республікою Молдова про правову допомогу та правові відносини у цивільних та кримінальних справах (ст. 8) встановлює 7 днів, по закінченні яких особа втрачає право на охорону; аналогічний строк передбачено договором між Україною і Республікою Польща (ст. 8); ч. 2 ст. 574 проекту КПК України передбачає 10 днів). У цей строк не зараховується час, протягом якого потерпілий, свідок, експерт не міг залишити територію запитуючої сторони з незалежних від нього обставин.

На окрему увагу в контексті розглядуваного питання заслуговує договір між Україною і Канадою про взаємодопомогу у кримінальних справах від 29 вересня 1996 р. (ратифікований Україною 17 грудня 1997 р.)¹. Закріплюючи гарантії недоторканності, на відміну від інших договорів України про правову допомогу, він не містить переліку осіб, які мають імунітет, а поширює його на будь-яких осіб (за винятком засуджених), які викликаються для участі у процесуальних діях. Крім того, п. 2 ст. 11 договору передбачає, що обмеження особистої недоторканності не буде застосовуватись у разі, якщо особа, маючи можливість залишити запитуючу державу, не зробила цього протягом тридцяти днів з дня офіційного повідомлення про те, що її присутність більше не вимагається, або у випадку залишення особою території держави і наступного добровільного повернення, тобто, строк, протягом якого особа користується недоторканністю, за цим договором значно збільшено. На відміну від інших договорів, які поширюють імунітет на правопорушення, вчинені викликаного особою до перетинання державного кордону, цей договір конкретизує цей момент — до від'їзду особи із запитованої держави.

Останнє має важливе значення щодо вирішення питання про можливість притягнення до відповідальності, застосування процесуального примусу до осіб, які під час перебування за викликом у порядку правової допомоги вчинили злочини на території запитуючої держави. На наш погляд, логічним буде такий висновок, який ґрунтується на аналізі наведених текстів міжнародних договорів: недоторканність зазначених осіб не є

¹ Див.: Міжнародне співробітництво України у правовій сфері. — Х., 1998. — С. 124–126.

абсолютною — вона поширюється на діяння, вчинені ними до перетинання державного кордону запитуючої сторони (або до від'їзду з території запитуваної сторони). Тому вважаємо, що в разі вчинення злочину викликаною особою на території запитуючої сторони вона підлягає відповідальності на загальних підставах.

Міжнародні договори передбачають також можливість доставлення осіб, що перебувають під вартою за кордоном або засуджені до позбавлення волі, для допиту їх як свідків чи потерпілих, проведення очної ставки та участі в інших процесуальних діях (наприклад, ст. 78¹ Мінської конвенції, ст. 11 Європейської конвенції про взаємну допомогу в кримінальних справах та ін.). Підставою їх тримання під вартою на території України, як правильно зазначив С. Кравчук, є міжнародно-правова норма договорів про правову допомогу, яка встановлює відповідний обов'язок держави по застосуванню до осіб, доставлених із-за кордону, саме такого запобіжного заходу¹.

Після допиту передана особа негайно повинна бути повернена назад.

Загальними умовами передачі особи, яка перебуває під вартою або відбуває покарання у виді позбавлення волі згідно з Мінською конвенцією є такі: одержання компетентними установами її згоди на передачу (на наш погляд, вона повинна бути виражена в письмовій формі і зафіксована у відповідному документі); наявність належно оформленого обґрунтованого прохання запитуючої держави; зазначення в проханні про передачу точного часу, протягом якого потребується присутність даної особи в запитуючій державі; рішення Генерального прокурора (Прокурора) запитуваної сторони про передачу даної особи; здійснення передачі з урахуванням часу перебування даної особи під вартою на території іноземної держави за умови, що сумарний строк арешту не буде перевищувати встановленого законом допустимого строку перебування під вартою або строку призначеного покарання у виді позбавлення волі.

Передача не провадиться: якщо не одержано згоди особи, про яку йдеться в проханні про передачу; в разі необхідності

¹ Див.: Кравчук С. Процесуальні особливості виконання міжнародного доручення про надання правової допомоги у кримінальних справах // Право України. — 1998. — № 11. — С. 63.

присутності цієї особи на попередньому (досудовому) слідстві або судовому розгляді на території запитуваної сторони; якщо передача може спричинити порушення встановлених національним законом строків тримання особи під вартою або призначеного покарання у виді позбавлення волі. Європейська конвенція про взаємну допомогу в кримінальних справах, крім того, передбачає, що у передачі особи може бути відмовлено і в разі, якщо є інші важливі обставини для того, щоб не передавати її на територію запитуючої держави (пп. d) п. 1 ст. 11). На переданих осіб, які тримаються під вартою або засуджені до позбавлення волі, поширюються ті ж гарантії, що й на викликаних для участі в процесуальних діях свідків, експертів, потерпілих.

Додержання встановленого міжнародними договорами порядку виклику та участі у процесуальних діях свідків, потерпілих, експертів та інших учасників кримінального процесу є необхідною передумовою визнання одержаної в ході проведених за їх участю процесуальних дій доказової інформації як допустимої. Недодержання цих правил, застосування щодо зазначених осіб заходів процесуального примусу, примусове доставлення їх до запитуючої держави для забезпечення участі у провадженні по кримінальній справі, на наш погляд, тягне за собою визнання одержаних доказів недопустимими «у зв'язку з порушенням порядку надання певній особі відповідного процесуального статусу чи несправедливого характеру засобів, що застосовуються...»¹

Надійшла до редколегії 20.07.02

С. Гриненко (НЮА України)

Особливості правового регулювання оперативно-розшукової діяльності

За порівняно невеликий період легітимізувався і представив себе широким колам раніше практично невідомий, невидимий

¹ *Пащковський М. І.* Проблема допустимості показань осіб (обвинувачених та підозрюваних), які були доставлені на територію України з порушенням національного та міжнародного права // *Актуальні проблеми держави та права.* – Одеса, 2001. – Вип. 10. – С. 100.

прошарок специфічної діяльності правоохоронних органів і спецслужб держави — оперативно-розшукова діяльність (далі — ОРД). Відразу ж з'явилися багато різних точок зору щодо того, що ж вона являє собою. Іншими словами, разом з легітимацією даного виду діяльності проявила себе необхідність її подальшої правової регламентації, а разом з нею і проблема визначення «належності» ОРД. КПК України включає в перелік джерел доказів протоколи оперативно-розшукових заходів. Оскільки матеріали ОРД можуть бути легалізовані в кримінальному процесі, то виникає питання про правову природу норм, що регулюють ОРД. Правильне вирішення цього питання обумовлює визначення правової природи матеріалів ОРД, що вводяться в кримінальне судочинство. Інакше кажучи, існує проблема, пов'язана з тим, чи утворюють дані норми галузь законодавства або вони є галуззю права, чи правовою підгалуззю.

Щодо цього існує багато думок. З усього цього розмаїття можна виділити дві основні полярно протилежні точки зору. Прихильники однієї з них вважають, що є об'єктивна необхідність і підстави для виділення самостійної галузі оперативно-розшукового права. Прихильники іншої стверджують, що існування такої галузі суперечить теорії права.

Так, О. Шумілов, погоджуючись з неможливістю виділення галузі оперативно-розшукового права, обґрунтовує існування галузі кримінально-розшукового права. Він визначає кримінально-пошукову діяльність як частину ОРД, так би мовити, «ОРД у вузькому розумінні». І ця галузь, хоча і тісно стикається з іншими галузями, все-таки має свій особливий предмет і метод правового регулювання¹.

Не можна категорично відкинути цю думку. Специфіка предмета і методу кримінально-розшукового права дійсно існує, однак оперативно-розшукове право, будучи комплексною галуззю, містить у собі кримінально-розшукове право і використовує ті ж методи, що й останнє. Якщо виділити кримінально-розшукове право як самостійну галузь, то неохопленим залишається дуже широкий масив правовідносин, які виникають у сфері розвідувальної і контррозвідувальної діяльності, що також використовує оперативні та оперативно-технічні засоби. Невже доведеться створювати ще одну чи дві галузі? Це нон-

¹ Див.: Шумілов А. Ю. Начала уголовно-розыского права. — М., 1998.

сенса. З таким же успіхом можна виділити прокурорське право, адвокатське, ревізорське і т. ін.

Подібної точки зору додержується й М. Погорецький. Він погоджується з О. Шуміловим у тому, що правовідносини, які виникають у процесі оперативно-розшукової діяльності, утворюють свій предмет правового регулювання, і визначає галузь оперативно-розшукового права як соціально обумовлену систему правових норм, що регулюють оперативно-розшукову діяльність різних її суб'єктів, яка полягає в застосуванні спеціальних сил, засобів і методів у здійсненні оперативно-розшукових заходів у зв'язку з пошуком і фіксацією фактичних даних про протиправну діяльність окремих осіб і груп, розвідувальної діяльності спеціальних служб іноземних держав і організацій з метою припинення правопорушень і в інтересах кримінального судочинства, а також одержання інформації в інтересах безпеки суспільства і держави.

На відміну від змісту кримінально-розшукового права, як його наводить О. Шумілов, оперативно-розшукове право, на думку М. Погорецького, охоплює більш широке коло правовідносин, включаючи розвідку, контррозвідку, кримінально-розшукову діяльність і перевірку особи в зв'язку з допуском до державної таємниці¹.

Так само, як і О. Чувільов, М. Погорецький називає предметом оперативно-розшукового права регулювання повноважень оперативно-розшукових органів, порядку здійснення оперативно-розшукових заходів і пов'язаних з ними правовідносин, а також питань співробітництва громадян з оперативно-розшуковими органами на конфіденційній основі, нормативне закріплення системи гарантій при проведенні оперативно-розшукових заходів².

На наш погляд, твердження про те, що предмет правового регулювання оперативно-розшукового права — самостійний елемент структури права, є помилковим.

У Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» остання визначається як система гласних і негласних пошуко-

¹ Див.: Погорецький Н.А. К вопросу о совершенствовании нормативно-правового регулирования оперативно-розыскной деятельности // Проблемы законности. — 2001. — № 49. — С. 157.

² Див.: Погорецький Н.А. Вказ. праця; Чувилёв А. А. Оперативно-розыскное право. — М., 1999.

вих, розвідувальних і контррозвідувальних заходів, здійснюваних із застосуванням оперативних і оперативно-технічних засобів. Дещо інше визначення дає Закон Російської Федерації «Про оперативно-розшукову діяльність». У ньому говориться, що ОРД — це вид діяльності, здійснюваний гласно і негласно оперативними підрозділами державних органів, уповноважених на те чинним Федеральним законом, у межах їх повноважень за допомогою проведення оперативно-розшукових заходів з метою захисту життя, здоров'я, прав, свобод людини і громадянина, власності, забезпечення безпеки суспільства і держави від злочинних посягань¹.

Вважаємо більш коректним визначення, яке дає російський закон. Мається на увазі те, що ОРД — це все-таки «вид діяльності», а не «система заходів». Останні є лише інструментарієм оперативно-розшукової діяльності і проявляють себе тільки в процесі їх застосування, що і зветься діяльністю. Таким чином, доцільніше говорити про ОРД як про специфічний вид діяльності уповноважених органів держави по застосуванню гласних і негласних пошукових, розвідувальних і контррозвідувальних заходів, здійснюваних з використанням оперативних і оперативно-технічних засобів.

Предметом правового регулювання є різноманітні суспільні відносини, що об'єктивно, за своєю природою піддаються нормативно-організаційному впливу й у даних соціально-політичних умовах потребують такого впливу, здійснюваного за допомогою юридичних норм і всіх інших юридичних засобів, що утворюють механізм правового регулювання². До структури предмета правового регулювання входять такі елементи: суб'єкти, їх поведінка, об'єкти правовідносин і соціальні факти (події та обставини)³.

До суб'єктів оперативно-розшукових правовідносин можна віднести спеціальні підрозділи, що згідно із Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» (ст. 5) здійснюють ОРД, а також слідчих, які мають право давати оперативно-розшуковим

¹ Див.: Шумилов А. Ю. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С постатейным приложением нормативных актов и документов. — 2-е изд., испр. и доп. — М., 2000.

² Див.: Алексеев С. С. Теория права. — М., 1994. — С. 146.

³ Див.: Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права. Курс лекций. — М., 1997. — С. 353.

органам доручення, суд, який видає санкції на проведення оперативно-розшукових заходів, а також прокуратуру, що здійснює нагляд за проведенням ОРД і веденням справ оперативного обліку.

Правовою основою оперативно-розшукової діяльності є Конституція України, КК і КПК України, закони України «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про міліцію», «Про Службу безпеки України», «Про прокуратуру», «Про Прикордонні війська», «Про державну охорону органів державної влади України і посадових осіб», «Про статус суддів», «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві», «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів», «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю», «Про боротьбу з корупцією» та інші нормативно-правові акти, а також міжнародні угоди і договори, учасницею яких є Україна. Крім того, органи, які здійснюють ОРД, у межах своїх повноважень видають нормативні акти, що регламентують організацію і порядок проведення оперативно-розшукових заходів.

Як бачимо, масив нормативно-правових актів, які регламентують ОРД, дуже об'ємний, що обумовлює досить широке коло правовідносин, котрі виникають у процесі здійснення даної діяльності: кримінально-правові, кримінально-процесуальні, адміністративні та ін. Правове регулювання ОРД є комплексним, а відтак, не можна говорити про оперативно-розшукове право як про самостійну галузь. У праві немає і не може бути змішаних галузей. Змішаними можуть бути тільки галузі законодавства, які у своїй більшості є результатом штучних конструкцій законодавця і підсумком систематизації у формі міжгалузевої кодифікації законодавства¹.

ОРД, на наш погляд, найбільше пов'язана з кримінально-процесуальним правом, оскільки і кримінальне судочинство, і ОРД мають на меті захищати людину, суспільство і державу від злочинних посягань. Багато положень про ОРД міститься в КПК України. Крім того, ОРД багато в чому запозичує процесуальну форму, звичайно, з певною часткою специфіки.

Ще одним істотним моментом є те, що ОРД, крім відносин по регулюванню повноважень органів, що її здійснюють, порядку здійснення оперативно-розшукових заходів, питань співробітництва з оперативно-розшуковими органами на конфі-

¹ Див.: Колодій А. М. Принципи права України. – К., 1998. – С. 62.

денційній основі та інших правовідносин у цій сфері, безпосередньо пов'язана з інститутом легалізації результатів ОРД. Легалізація здійснюється на основі і з урахуванням правил і принципів кримінально-процесуального права. Про це прямо зазначено в п. 2 ст. 11 Закону Російської Федерації «Про оперативно-розшукову діяльність», в якій говориться, що результати ОРД можуть слугувати приводами і підставами для порушення кримінальної справи, надаватися в орган дізнання, слідчому чи у суд, у провадженні якого знаходиться кримінальна справа, а також використовуватися в доказуванні у кримінальних справах відповідно до положень кримінально-процесуального законодавства Російської Федерації, що регламентує збирання, перевірку та оцінку доказів¹. Це також вказує на тісний взаємозв'язок кримінально-процесуального права з ОРД і допоміжний характер останньої.

Зважаючи на викладене і враховуючи, з одного боку, специфічність і відносну відокремленість правовідносин, що виникають у зв'язку зі здійсненням ОРД, а з іншого — неможливість визнання оперативно-розшукового права самостійною галуззю права, необхідно, на наш погляд, віднести правові норми, що регулюють ОРД, до підгалузі кримінально-процесуального права.

Оперативно-розшукове право як підгалузь кримінально-процесуального права має відповідати базовим принципам кримінального судочинства. При побудові системи принципів оперативно-розшукового права необхідно враховувати як загальноправові, так і спеціальні принципи кримінального процесу. До них можна віднести: принцип утвердження і забезпечення державою прав і свобод людини, рівності громадян і держави перед законом і судом, принцип законності, відповідальності держави перед людиною, принцип забезпечення права на судовий захист, недоторканності особи, таємниці особистої кореспонденції і телефонних розмов та ін.

Одним з основних у кримінальному судочинстві є принцип забезпечення всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи. Це положення обов'язково повинно враховуватися при здійсненні ОРД. Зокрема, це стосується оформлення матеріалів оперативно-розшукових заходів. Названий принцип є основою для висування вимог до процесуальних доказів: належ-

¹ Див.: Шумилов А. Ю. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности».

ності і допустимості. Одним з найважливіших елементів вимоги допустимості є можливість перевірити одержану інформацію.

Протоколи оперативно-розшукових заходів, зазначені в ст. 65 КПК України як джерела доказів, повинні відповідати основним вимогам, що ставляться до протоколів процесуальних дій (ст. 85 КПК).

Тут, однак, виникає проблема, пов'язана зі специфікою ОРД. Йдеться про спеціальні принципи ОРД, що впливають з негласного характеру цієї діяльності. Оскільки вони діють паралельно з загальноправовими¹, то протоколи оперативно-розшукових дій також повинні відповідати їм. Отже, основою оформлення результатів ОРД буде сплав загальноправових, кримінально-процесуальних принципів і спеціальних принципів ОРД. Спеціальні принципи відображають сутність ОРД як негласної і конспіративної діяльності, а загальноправові і кримінально-процесуальні — забезпечують допустимість результатів ОРД як доказів і відповідність конституційним основам.

Безумовно, протокол оперативно-розшукової дії буде істотно відрізнятися від слідчих протоколів відсутністю понять і підпису особи, щодо якої ця дія проводиться. Але ці атрибути відсутні й у висновку експерта (фахівця), документах, одержуваних від установ і організацій, і ніхто не заперечує їх процесуальний статус доказу². Ю. Гришин, наприклад, пропонує оформлювати протоколи оперативного документування за аналогією з протоколом огляду місця події. З поданих матеріалів ОРД і додатків до них повинно бути зрозуміло таке: звідки, за чиєю ініціативою чи вимогою, куди і коли надійшли документи. Останнє твердження потребує особливої уваги, оскільки наявність реквізитів офіційних документів, що виходять від установ і посадових осіб, є однією з умов допустимості матеріалів документування³.

¹ Див.: *Зажичкий В. И.* Проблемы принципов оперативно-розыскной деятельности // Государство и право. — 2001. — № 7. — С. 71.

² Див.: *Кириченко С. А.* О придании процессуального статуса оперативно-розыскной деятельности // Вісник Луганського інституту внутрішніх справ. — 2000. — № 3. — С. 168.

³ Див.: *Гришин Ю. А.* О проблемах использования следователем результатов общественного документирования при возбуждении уголовных дел // Проблемы оперативно-розшукової діяльності й забезпечення прокурорського нагляду за її законністю: Міжнарод. наук.-практ. конф., 21–22 лютого 2000 р. — Луганськ, 2000. — С. 108.

Важливим є принцип забезпечення можливості оскаржити дії органів, що здійснюють ОРД, та їх посадових осіб. Право оскаржити дії органів державної влади закріплено в Конституції України (ст. 55) і має конкретизуватися в галузевому законодавстві.

У ч. 9 ст. 9 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» сказано, що громадяни України та інші особи мають право в установленому законом порядку одержати від органів, на які покладено здійснення оперативно-розшукової діяльності, письмове пояснення з приводу обмеження їх прав і свобод і оскаржити ці дії. Не ясно, що являє собою «установлений законом порядок», куди можна звернутися зі скаргою і в якому випадку. Більш досконалим, на наш погляд, є положення ч. 3 ст. 5 Закону Російської Федерації «Про оперативно-розшукову діяльність» про те, що особа, яка вважає, що дії органів, котрі здійснюють оперативно-розшукову діяльність, призвели до порушення її прав і свобод, має право оскаржити ці дії у вищий орган, що здійснює ОРД, прокурору або до суду.

На наш погляд, необхідно замінити ч. 9 ст. 9 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» нормою, аналогічною ч. 3 ст. 5 російського Закону «Про оперативно-розшукову діяльність».

У цілому вся система принципів ОРД є недосконалою і потребує «якісної доробки»¹.

Надійшла до редколегії 10.07.02

¹ Див.: Шумилов А. Ю. Проблемы законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности в России. – М., 1997.

Філософський виклик недосконалій правовій реальності

Хотів автор цього чи ні, але його спокійна і докладна за стилем і змістом книга* виявилася досить бунтівною за духом, тому що в ній логічно окреслено контури тієї правової реальності, яка, на думку автора, повинна відповідати ідеї (вищому призначенню) права в суспільстві. Ця реальність істотною мірою завоює у світі теоретично і практично, але від неї, на жаль, досить далека поки що наша країна.

Справді, якщо спробувати неупереджено оцінити життя сучасного українського суспільства з огляду на те, наскільки воно є досконалим чи недосконалим у правовому відношенні, то картина вийде суперечливою, якщо не сказати парадоксальною. З одного боку, в Україні наявна велика атрибутика, яка має свідчити про цілком гідну правову організацію суспільства. Але, з іншого боку, відповідно до аналітичних і політичних оцінок вітчизняних і зарубіжних фахівців, Україна стабільно витримує характеристику держави, нездатної забезпечити здійснення принципу верховенства права на своїй території, яка проголосила права людини, але не здатна їх гарантувати. Стає все більш очевидним, що такий стан речей не може пояснюватися виключно спадщиною «тоталітарного минулого»; неадекватно низький рівень правового розвитку суспільства відтворюється сьогоднішньою повсякденною українською економічною, політичною і юридичною дійсністю і корениться в ній.

Перед нами — найскладніша соціальна проблема, яка повинна бути належним чином осмислена — на рівні як неупереджених глибинних спеціальних досліджень, так і адекватних, зважених, реалістичних державно-політичних оцінок і рішень. Гостросуперечлива практична дійсність не може не вивести до-

* Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. — Харьков: Право, 2002. — 328 с.

слідника до первинних, принципів питань — про те, що являють собою у своїй сутності право і правове регулювання (правовий спосіб упорядкування громадського життя), що лежить в основі правового регулювання і на чому відповідно потрібно робити принциповий наголос, якщо дійсно мати на меті домогтися якогось прогресу в цій галузі соціального життя.

Справедливості заради слід зауважити, що не тільки сучасний досвід транзитивних суспільств, а й весь історичний досвід досить суперечливий з погляду правового благоустрою держав. Наскільки здавна високі і чисті людські помисли про право, настільки грубою і недосконалою виступає часом правова дійсність, вона постійно, вічно недосконала. З цієї причини світлі уми різних часів і народів доклали і докладають чимало зусиль для того, щоб пізнати глибинний смисл, найбільш глибоку сутність права, визначити виразно, що це таке, — для того, щоб у кінцевому рахунку адекватно вирішувати проблеми правової практики в її єдності з іншими важливими сторонами людського буття. Стан філософсько-правових досліджень тому — чутливий барометр, що показує ступінь розвиненості не тільки юридичної науки як такої, але ступінь окультуреності всього правового мислення в суспільстві. Побічно її стан показує і рівень розвиненості правової практики, показуючи служителів права з боку не тільки володіння ними технікою юридичного ремесла, а й бачення ними сутнісного смислу їх діяльності.

З цієї причини шойно видану монографію С. Максимова можна вважати неординарним явищем у науково-правовому житті нашої країни. Адже як би не переконував нас автор у тому, що в Україні спостерігається щось подібне до «буму» філософсько-правових досліджень (с. 7), насправді їх дуже небагато, а що стосується послідовної серії робіт, яка б свідчила про становлення якоїсь філософсько-правової школи, то про це взагалі говорити поки що рано. Крім того, справжніх філософсько-правових робіт, як видається, і не повинно бути особливо багато. Філософія права — елітарне, специфічне, складне знання, яке формується на граничному рівні абстрагування, де робиться спроба включити найбільш узагальнене уявлення про право в цілісну картину буття людини, природи і суспільства.

Автор рецензованої роботи поставив перед собою дуже складні завдання. По-перше, комплексно обґрунтувати і затвер-

дити в структурі вітчизняної теоретичної юриспруденції категорію «правова реальність» і показати її реальну значущість у процесі правопізнання. По-друге (і це було особливо складно), окреслити теоретичний, концептуальний апарат пізнання правової реальності (щодо цього автором дуже ґрунтовно проаналізовано основні доктрини праворозуміння в їх історичній еволюції і сучасному стані). По-третє, проаналізувати структуру правової реальності, зокрема її ідейно-смыслову складову. По-четверте, ув'язати природу правової реальності з природою людини, тобто затвердити в правах так званих філософсько-антропологічний метод у пізнанні права і тим самим заповнити хоча б деякою мірою істотну «білу пляму» в рамках вітчизняної наукової юриспруденції.

Всі ці завдання (можливо, тут відзначено не всі аспекти авторського задуму) вирішено в роботі досить успішно. Ми не стверджуємо, що з'ясовано абсолютно всі питання і одержано остаточно відпрацьовану і логічно бездоганну картину правової реальності; подібна мета і не ставилася. Разом з тим онтологічний, гносеологічний і якоюсь мірою практично-інструментальний статус категорії «правова реальність» (та його корелятивів — «світ права», «буття права» та ін.) обґрунтовано цілком переконливо. І головний результат роботи, безумовна творча заслуга автора і основне новаторство здійсненого дослідження полягають у тому, що через всебічне осмислення і логічне застосування категорії «правова реальність» затверджується широкий, не зашорений погляд на право як на глобальне явище, феномен широкого значення і складної природи, коригуються ті тлумачення в осмисленні права (переважно кельзіансько-позитивістського змісту), що затвердилися у вітчизняній юриспруденції, є у певному значенні досить цінними і необхідними, але їх некритичне використання породжує багато логічних суперечностей у теорії і відчутні складності в правовій практиці.

З точки зору змістовної і суто літературної монографія має низку істотних достоїнств, з яких хотілося б відзначити насамперед такі.

1. Книга є дуже пізнавальною. Якби хто-небудь поставив за мету одержати узагальнене уявлення про складну палітру філософсько-теоретичних позицій, що існували раніше й існують на

сьогодні у питанні принципового бачення феномена права, йому сміливо можна було б рекомендувати дану роботу, незважаючи на те, що за стилем і рівнем аналізу вона далеко не елементарна. При цьому заслуговує на окреме згадування те, що доктринальний аналіз тут (на відміну від багатьох інших робіт філософсько-правового профілю) не був самоціллю, а послужив теоретичним контекстом для обґрунтування конкретної правової категорії.

2. Книга є дуже ґрунтовною. Насамперед вона створена на міцному фундаменті світової філософсько-правової думки. Автор впевнено оперує творами Аристотеля, Ф. Аквінського, Гоббса, Локка, Канта, Гегеля та інших великих мислителів минулого, тобто фрагментами людського знання з непроминальною цінністю. Крім того, у книзі піднято й інші масштабні шари необхідної інформації: дореволюційна російська філософія і юриспруденція, профільні дослідження радянського і пострадянського періодів, що здійснювалися в Російській Федерації та Україні, авторитетні праці з теорії та філософії права Заходу. Не буде перебільшенням охарактеризувати книгу С. Максимова як дуже корисну для тих, хто вивчає або викладає історію правових вчень (особливо в частині, що стосується її сучасного періоду).

У зв'язку з цим дуже цінною характеристикою роботи можна вважати її претензію на універсальне значення. Це філософсько-теоретичне дослідження, яке не має (на відміну від багатьох інших теоретичних робіт з права) відчутної національної прив'язки. Гадаємо, що вона з однаковим інтересом могла б бути сприйнята не тільки в ареалі пострадянської державності, але й у країнах з розгорнутою і розвинутою практикою філософсько-правових досліджень. Книга цілком гідна цього за докладністю, колом порушеної проблематики і базою джерел, покладеною в основу роботи.

3. Книга є досить критичною за своєю спрямованістю. Наявно, це природний результат неупередженого філософського дослідження; критичний момент, за словами самого автора, властивий філософському методу за визначенням. Форма критичної оцінки тут досить специфічна. Прямих негативних оцінок тих чи інших фрагментів правової дійсності в Україні ми не

знайдемо¹. Але авторська інтерпретація правової реальності як логічного поняття, заперечення однобічно-позитивістського її бачення, дихотомія правової реальності на позитивно-правову і природно-правову складові, визнання ідеально-ціннісного моменту (який виражається в розвинутому національному почутті свободи, справедливості, відчуття невід'ємності необхідних громадянських прав) обов'язковим елементом гармонічної правової реальності приводять до однозначного висновку: сьогоднішня правова дійсність України внаслідок дії низки об'єктивних і суб'єктивних, історичних і сучасних чинників є досить занепапою, деформованою, і турбота про формування розвинутої правосвідомості в українському суспільстві має стати важливою частиною довгострокової державної політики.

4. Книга є гармонічною з огляду на її зміст і структуру. Перший розділ («Способи осмислення правової реальності») являє собою розгорнутий філософський вступ до проблеми; тут відобразилося авторське розуміння філософії права як комплексної дисципліни на грані філософії та юриспруденції; її структури (онтологія, гносеологія, антропологія, аксіологія права); співвідношення філософії права та інших близьких до неї галузей знання про право, її функції і т. ін. Оскільки філософсько-правове знання народжується із застосування у сфері юриспруденції філософської методології, а остання має значне різноманіття і породжує відповідно різноманітні напрямки в осмисленні права, остільки основне місце в розділі приділено докладному опису головних філософських підходів до права (правовий по-

¹ У роботі немає критичних висловлень на рівні політичної публіцистики, що часто можна зустріти в сучасній літературі юридичного профілю, в тому числі і навчальній. Разом з тим у книзі достатньо узагальнень світоглядного порядку, цілком опозиційних щодо практичної правової дійсності України. Такі, наприклад, висновки про те, що підміна права державою перетворює індивіда на засіб у руках деспотичної державної машини (с. 197); докладні міркування про сучасний «дискурс легітимації», який припускає органічне поєднання державного суверенітету із системою прав людини; зобов'язання сучасної держави гарантувати, з одного боку, легальність поведінки особи, яка виконує закони («не вимагаючи від неї особливого ентузіазму в такому виконанні» — с. 220), інакше кажучи — легітимність розпоряджень; антропологічні корені й активну природу категорії «права людини» і більш широкою категорії «правосуб'єктність» (суть останньої — не в сліпому виконанні запропонованого, а в реалізації активного потенціалу правосвідомості (див. с. 248 і наст.)).

зитивізм, правовий об'єктивізм та різні течії природно-правової доктрини).

Базова частина роботи — розділ другий («Правова реальність як світ права (онтологічні проблеми»). Саме тут сконцентровано матеріал, який становить принципове авторське бачення правової реальності, світу права і, у кінцевому рахунку, самого права. Автор пропонує інтегративне бачення правової реальності «як світу права, що конструюється із правових феноменів, упорядкованих залежно від ставлення до базисного феномена як до якоїсь «першореальності» права» (с. 148). «Світ права» розуміється ним як явище метасоціального порядку, структурними елементами якого є не соціальні факти, а смисл і значення (с. 154); право, іншими словами, — це особливий світ «соціальної ідеальності, яка є спорідненою істинам логіки і математики» (с. 155); «першореальністю» права виступає ідея (смысл) права, а смисловий зміст, який виражає феномен права, полягає у певній повинності (див. с. 157). Регулюючий вплив права спрямовано відповідно насамперед на конституювання людини як чогось певного, на формування її як суб'єкта, що, з одного боку, відчував би себе носієм певної цінності і відповідно прав і можливостей, а з іншого — як таких сприймав би своїх партнерів по соціальній взаємодії.

Вельми насиченим у з погляду змісту є розділ третій роботи — «Право як спосіб людського буття (антропологічні підстави права)». Сутність антропологічної позиції щодо права автор визначає не без певної патетики: вона полягає в тому, щоб представити право «як те, без чого людина не може бути людиною, з одного боку, і виявити в структурі людського буття такі моменти, які у зовнішньому вираженні дають правові відносини (право) — з іншого боку» (с. 192). Крім того, що автор показує необхідність використання антропологічного підходу, окреслює його сутність, торкається питання про історію становлення і застосування антропологічного методу в історії філософії права, він також аналізує в антропологічному ключі такі важливі категорії правознавства, як «права людини» і «суб'єкт права» («правосуб'єктність») (чому присвячено відповідні підрозділи розділу).

Хотілося б звернути увагу ще на один момент, пов'язаний з антропологічним аспектом бачення права. Аналізуючи передумови формування правового способу сприйняття людьми один

одного, автор звертається до категорії «визнання», яке присутнє тоді, коли одна людина визнає іншу тим, чим хотіла би бути визнана сама. Подібне визнання спроможне стати основою для здійснення рівних прав (П. Рікер). Спираючись на категорію «визнання», автор пропонує визначення права як способу людської взаємодії (співіснування), можливого завдяки людській здатності бути автономним суб'єктом, який визнає таким же суб'єктом будь-кого іншого (див. с. 254). Якщо врахувати, що категорія «визнання» у певному значенні співзвучна соціально-психологічній категорії «згода» (згода щодо загальних цінностей і в прийнятті взаємних дій як чинник групової цілісності), а категорія «згода» зовсім недалеко відстоїть від понять «угода», «конвенція», «договір», тобто первинних правових понять, то подібне розуміння права може виявитися дуже перспективним з огляду на адекватне переосмислення основних парадигм вітчизняного теоретичного правознавства.

Нарешті, дуже цікавим (хоча і побіжно окресленим) є виведене автором на завершення дослідження поняття «правове суспільство» (с. 304 і наст.). Це поняття — підсумок концепції правової реальності і припускає «саморегульвне суспільство, в якому обмеженням волі одного суб'єкта є лише така ж рівна воля іншого суб'єкта, або таке суспільство, в якому затверджено принцип панування права» (с. 310). Це гіпотетичний ідеальний стан соціуму, альтернативний як стану надлишкової врегульованості, так і стану соціальної аномії. Поняття «правове суспільство» не є для вітчизняного правознавства абсолютною новачією, однак воно заслуговує на особливу дослідницьку увагу, оскільки являє собою певною мірою контроверзу більш звичному поняттю «правова держава» і сприяє утвердженню думки про право не стільки як про державний, скільки про загально-соціальний регулятор з відповідними закономірностями виникнення, розвитку і функціонування.

Отже, навіть побіжний аналітичний погляд на книгу С. Максимова свідчить про те, що ми маємо справу не з ординарною роботою, а з дуже ґрунтовним філософсько-правовим дослідженням, причому, очевидно, — тільки першою його стадією, оскільки багато питань у книзі окреслено побіжно, часом просто намічено, а це дає привід сподіватися на їх поглиблене і розширене дослідження в майбутньому.

В той же час, як і всякий ґрунтовний і новаторський твір, книга С. Максимова дає досить приводів для роздумів, сумнівів і дискусій. Вважаючи першоосною права певні ідеальні величини, смисли, що відкриваються у свідомості й згодом втілюються в позитивних правових формах (така методологічна позиція, безумовно, заслуговує на повагу, вона логічно достатньо послідовна і предметно гуманна), автор, проте, залишає поза увагою механізм появи ідеї права із маси конкретних практичних ситуацій. Цілком логічно виникають питання і з приводу пропонуваної автором структури правової реальності — як у статичному, так і динамічному аспектах. Наскільки виправдана жорстка дихотомія природного і позитивного права як елементів правової реальності? І чи дійсно ідею права, а не конкретні взаємодії між соціальними суб'єктами, слід вважати «вихідним, логічно першим... компонентом правової реальності» (с. 179)? Чи не абсолютизує автор «суб'єктоцентричний», антропологічний підхід до розуміння правової реальності, і чи не є більш перспективним для адекватного праворозуміння підхід, який умовно можна було б назвати «антропосоціоцентричним» і який коректно відобразив би дуалізм людського і соціального в природі права?

Є. Бурай, кандидат юридичних наук, доцент кафедри порівняльного правознавства Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

О. Петришин, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АПрН України, головний учений секретар АПрН України.

Теоретичні засади і практика боротьби з тероризмом

Події, що відбуваються у світі, безперечно свідчать про вкрай загрозливе значення одного з найнебезпечніших злочинів — тероризму. Це сувора реальність, що вимагає постійного вивчення і осмислення тероризму, розроблення дійового механізму боротьби з ним. Характеризуючи напрямки сучасних досліджень з проблем боротьби з тероризмом в Україні, слід конста-

тувати, що вони звичайно аналізують кримінально-правові та кримінологічні питання протидії тероризму. В зв'язку з цим виникла необхідність підготовки наукового видання, в якому на базі фундаментальних теоретичних досліджень розглядаються питання вдосконалення практики боротьби з тероризмом. У рецензованій роботі* вперше в Україні на фундаментальному теоретичному рівні комплексно досліджено проблеми організації і тактики боротьби з тероризмом. Автори внесли низку пропозицій, спрямованих на вдосконалення як правотворчої, так і правозастосовної діяльності, а також роботи органів внутрішніх справ по боротьбі з тероризмом.

Зазначена праця складається із вступу, двох частин, що містять шість розділів, а також висновків та глосарія теорії тероризму.

Частину I присвячено теоретичним засадам боротьби з тероризмом. Саме тут розглядаються сучасні концепції щодо визначення поняття тероризму, сукупність ознак тероризму, здійснюється відмежування тероризму від політичних злочинів, а також від інших соціально-політичних і правових явищ (терор, геноцид, агресія, анексія, війна, революція, повстанська та партизанська боротьба, анархізм, расизм та апартеїд, фашизм, репресія, тероризування, вандалізм), визначаються система органів по боротьбі з тероризмом та основні підходи до вивчення тероризму.

Автори цілком правильно відзначають, що «акти тероризму за своєю суттю становлять традиційні форми загальнокримінальних діянь» (с. 28), що «тероризм є кримінально-правовим явищем» (с. 33), що назва ст. 258 КК України «Терористичний акт» є неточною і такою, що не відповідає багатогранному змісту самого складу, тим більше такого явища як, тероризм (с. 32, 91).

Квінтесенцією теоретичних положень є закладення фундаментальних основ для розроблення теророніки — теорії тероризму.

Частину II роботи присвячено практиці боротьби з тероризмом. Тут дається поняття та аналізуються структурні елементи оперативно-розшукової характеристики тероризму, розглядаються організація і тактика боротьби з тероризмом, а також магістральні напрями вдосконалення боротьби з тероризмом.

* Ліпкан В. А., Никифорчук Д. Й., Руденко М. М. Боротьба з тероризмом. — К.: Знання України, 2002. — 254 с.

Деякі положення щодо проведення оперативно-розшукової діяльності можуть викликати велику зацікавленість. Так, автори нестандартно підійшли до розгляду тактичних прийомів роз'єднання терористичних груп. Незважаючи на те що дане питання є поки що взагалі маловивченим, вони пропонують власний оригінальний погляд на розв'язання цієї проблеми.

Слід акцентувати увагу і на такій обставині, що запропонування оперативно-розшукової характеристики тероризму є першою спробою у вітчизняній літературі досягнути тероризм з позицій оперативно-розшукової діяльності, а її поєднання разом з практичними прийомами та методами боротьби з тероризмом надає рецензованій роботі завершеного характеру.

Роботу виконано на високому науково-теоретичному рівні, написано ясною і доступною для читача літературною мовою.

Разом з тим деякі положення цього видання, на нашу думку, потребують певного уточнення або додаткової аргументації.

Зокрема, непослідовною і незавершеною видається позиція авторів у таких моментах праці.

Стверджуючи, що тероризм — це злочин, а його сутність загальнокримінальна (с. 22, 28, 33, 44), автори разом з тим при розгляді видів тероризму поряд з іншими (політичним, економічним, релігійним, кібернетичним тощо) виділяють ще й певний кримінальний тероризм (с. 20, 114, 118). Але якщо будь-який акт тероризму є злочином, то ніякого некримінального тероризму взагалі не існує, а тому виділення кримінального тероризму є цілком зайвим і суперечить концептуальним положенням рецензованої праці щодо загальнокримінальної сутності тероризму.

Наводячи визначення тероризму у широкому і вузькому розумінні, автори надміру широко окреслили тероризм у вузькому розумінні — як «негативне соціальне явище, обумовлене соціальними, політичними та економічними чинниками, що полягає у застосуванні чи погрозі застосування насильства або інших загальнонебезпечних дій особою або групою осіб, які прагнуть шляхом залякування і примусу досягти певних соціальних змін у власних інтересах» (с. 44).

Розширене тлумачення тероризму у вузькому розумінні тут було здійснене в результаті вживання неточного і некоректного словосполучення «застосування насильства або інших за-

гальнонебезпечних дій». Тут як рівнозначні вжито зовсім різні за обсягом і значенням поняття — «насильство» і «загальнонебезпечні дії», в результаті чого було наведено не визначення тероризму у вузькому розумінні, а визначення злочинів терористичного характеру (терористичної спрямованості). Такий підхід до визначення тероризму у вузькому розумінні призвів до того, що і визначення акту тероризму, яке наводиться у глосарії теорії тероризму, також занадто широко тлумачить це поняття, і під актом тероризму розуміються будь-які насильницькі дії, вчинені в цілях схилення до певного рішення (с. 211). По суті тут наведено визначення не акту тероризму, а терористичної акції як конкретного діяння з учинення злочину терористичної спрямованості (терористичного характеру), а також багатьох злочинів з ознаками тероризування, до того ж подано у ненайкращих традиціях — методом перелічення конкретних діянь, тому визначення акту тероризму, наведене в глосарії, видається невдалим.

Тероризм у вузькому розумінні, а також акт тероризму характеризує не будь-яке насильство, а лише загальнонебезпечні дії. Про це, до речі, пишуть і самі автори рецензованої роботи: «Так, вчинення вибухів, підпалів та інших всезагальнонебезпечних дій, які спричинюють чи можуть спричинити шкоду, а також, якщо ці дії застосовуються як засіб для примушування до дій або бездіяльності в інтересах терористів, є актом тероризму» (с. 82). У цьому випадку автори найбільш близькі до точного визначення тероризму у вузькому розумінні та акту тероризму, однак при визначенні даних понять вони чомусь відійшли від ними ж виробленої вірної позиції.

Висловлені зауваження не зменшують значущості опублікованого В. Ліпканом, Д. Никифорчуком, М. Руденком видання, яке являє собою фундаментальну й оригінальну наукову працю, розраховану на наукових і практичних працівників, аспірантів і студентів — усіх тих, хто цікавиться проблематикою боротьби з тероризмом.

В. Смельянов, доктор юридичних наук, начальник кафедри кримінального права і кримінології Національного університету внутрішніх справ

Міжнародна науково-практична конференція з проблем і перспектив судової реформи в Україні

18–19 квітня 2002 р. у м. Харкові відбулася міжнародна науково-практична конференція «Стан судової реформи в Україні: проблеми і перспективи». Її організаторами виступили Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого, Харківський Центр по вивченню організованої злочинності спільно з Американським Університетом у Вашингтоні, Інститут вивчення проблем злочинності Академії правових наук України.

Згідно з програмою конференція проводилася в режимі пленарних та секційних засідань. Було розглянуто питання застосування нового Закону України «Про судоустрій України», формування нових гілок і рівнів судової системи, їх юрисдикційні повноваження, проблеми створення суду присяжних, функціонування органів суддівського самоврядування з позицій забезпечення незалежності і неупередженості суду, доступності правосуддя, захисту прав людини і основних свобод. В обговоренні цих та інших проблем взяли активну участь члени робочих груп з розробки нового Закону України «Про судоустрій України», проектів Кримінально-процесуального, Цивільного процесуального, Господарського процесуального, Адміністративного процесуального кодексів України, працівники Апарату Верховної Ради України, вчені провідних навчальних та науково-дослідних закладів: Академії правових наук України, Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, Національної академії внутрішніх справ України, Національної академії Служби безпеки України, Національного університету внутрішніх справ МВС України, Національної академії Прикордонних військ України імені Богдана Хмельницького, Академії адвокатури України, Одеської національної юридичної академії та ін.

Участь у роботі конференції взяли також практичні працівники: судді Конституційного Суду України, Верховного Суду

України, представники Генеральної прокуратури України, Міністерства юстиції України, Міністерства внутрішніх справ України, Харківської обласної державної адміністрації, а також судді та прокурори Харківської, Донецької, Чернівецької та інших областей України.

Із вступним словом до учасників конференції звернувся перший проректор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, директор Харківського Центру по вивченню організованої злочинності спільно з Американським Університетом у Вашингтоні, професор, академік АПрН України **В. Сташис**, який звернув увагу присутніх на актуальність проведення конференції саме в період прийняття нового Закону «Про судоустрій України», яким визначено засади здійснення правосуддя та завдання суду, внутрішня структура судової системи, процедура добору професійних суддів, присяжних, народних засідателів, розширено форми суддівського самоврядування, тощо. Новий Закон заклав фундамент для формування самостійної та незалежної гілки влади, що є важливим чинником становлення України як демократичної, правової, соціальної держави, розвитку цивілізованого громадянського суспільства, досягнення громадянського миру, обумовлює необхідність активізувати роботу з розробки і прийняття нових Цивільного процесуального, Господарського процесуального, Кримінально-процесуального, Кримінально-виконавчого кодексів, законів «Про прокуратуру», «Про адвокатуру», «Про нотаріат» тощо.

Пленарне засідання розпочалось доповіддю «Судова реформа в Україні: сучасний стан та перспективи розвитку» доктора юридичних наук, професора, академіка, віце-президента АПрН України, завідувача кафедри кримінального процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **Ю. Прошевого**, який зазначив, що Закон «Про судоустрій України» закріпив нові моделі розвитку процесуального законодавства, над якими необхідно працювати з метою їх удосконалення. Доповідач звернув увагу учасників конференції на відсутність в Україні єдиної концепції розвитку процесуального права, яка б включала всі його галузі, і зазначив, що низка законів, прийнятих у 2001 р., так звана «мала судова реформа» та Закон «Про судоустрій України» мають певні суперечності. Оскільки новий Закон набуває чинності з 1 червня 2002 р., най-

ближчим часом Верховна Рада України має прийняти оновлені процесуальні кодекси. В доповіді було проаналізовано також проблеми вдосконалення порядку провадження досудового слідства та підвищення ефективності судового контролю за діями і рішеннями органів досудового розслідування; диференціації строків досудового слідства і тримання обвинуваченого під вартою; вирішення в законі проблеми зловживання правом учасниками процесу; вдосконалення процедури попереднього розгляду справи суддею, перегляду справ у порядку апеляційного, касаційного та виключного провадження.

Проблемам реформування процесуального законодавства України було присвячено також доповіді В. Комарова, В. Зеленецького, Д. Письменного, В. Тertiшнікова, С. Міщенко, А. Огородніка.

В науковій доповіді «Цивільно-процесуальне законодавство України: традиції та новачі» професор, член-кореспондент АПрН України, проректор з навчально-методичної роботи, завідувач кафедри цивільного процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **В. Комаров** підтримав пропозицію щодо створення єдиної концепції розвитку процесуального законодавства в Україні та наголосив на необхідності збереження традицій законодавчої техніки при його реформуванні, гармонізації національного законодавства з міжнародними стандартами захисту прав людини. Професор, член-кореспондент АПрН, декан господарсько-правового факультету Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **В. Тertiшніков** у доповіді «Судово-правова реформа і проблеми загальної частини проекту ЦПК України» також підтримав пропозицію створення єдиної концепції розвитку процесуального права в Україні та комплексного підходу до реформування законодавства. Крім того, доповідач критично оцінив деякі новели ЦПК України щодо мотивування процесуальних рішень. Кандидат юридичних наук, доцент, начальник кафедри кримінального процесу Національної академії внутрішніх справ України **Д. Письменний** у доповіді «Новий Закон України «Про судоустрій» як крок до демократичної правової держави» підкреслив необхідність узгодження принципів та основних понять цього закону і кримінально-процесуального законодавства.

Доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АПрН України, заступник директора з наукової роботи Інституту вивчення проблем злочинності АПрН України **В. Зеленецький** у доповіді «Проблеми забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства» наголосив на необхідності комплексного підходу до вирішення зазначених проблем та прийняття єдиного Закону України «Про забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства».

Суддя Верховного Суду України **С. Міщенко** звернув увагу учасників конференції на проблемні питання повернення судом справ на додаткове розслідування. Питанням використання у новому кримінально-процесуальному законодавстві оціночних понять присвятив свій виступ голова Апеляційного суду Чернівецької області **А. Огороднік** у доповіді «Оціночні поняття права і судова дискреція».

Проблеми створення та функціонування адміністративних судів було висвітлено у виступах В. Стефанюка та А. Селіванова.

У науковій доповіді «Запровадження адміністративних судів у рамках судово-правової реформи» кандидат юридичних наук, перший заступник Голови Верховного Суду України **В. Стефанюк** розглянув проблеми створення прикладних і теоретичних умов забезпечення функціонування адміністративної юстиції в Україні та звернув увагу на необхідність розробки і нормативного закріплення її основних засад та процесуальних форм. Доповідач також визначив перспективи створення системи спеціалізованих адміністративних судів, ураховуючи сучасний економічний стан держави. Доктор юридичних наук, професор, постійний представник Верховної Ради України в Конституційному Суді України **А. Селіванов** у науковій доповіді «Правові проблеми реалізації судової влади в адміністративному судочинстві України» особливу увагу приділив предмету адміністративного правосуддя та процедурі розгляду адміністративних справ, механізму забезпечення виконання судових рішень, проблемним питанням створення в Україні системи адміністративних судів.

У доповіді доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента АПрН України, судді Конституційного Суду України **В. Тихого** «Правова реформа та юридична природа актів судового тлумачення законодавства» було докладно проаналі-

зовано специфіку правотлумачної діяльності Конституційного Суду України, природа та значення для правозастосовної практики його рішень.

Проблеми судоустрою та судочинства розглядалися у виступах **І. Марочкіна**, **В. Коновалової**, **Н. Сібільової**, **О. Пасенюка**, **В. Бринцева**, **Б. Розовського**, **Т. Шахматової**.

Професор, завідувач кафедри організації судових та правоохоронних органів Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **І. Марочкін** у науковій доповіді «Доступність правосуддя і проблеми її реалізації» звернув увагу на організаційні, фінансові та ідеологічні аспекти забезпечення доступності правосуддя в Україні. Доповідач підкреслив необхідність законодавчо надати право малозабезпеченим громадянам одержувати юридичну допомогу безкоштовно або на пільгових умовах. Моральні функції судової влади стали темою доповіді доктора юридичних наук, професора, академіка АПрН України **В. Коновалової**. Кандидат юридичних наук, доцент кафедри організації судових та правоохоронних органів Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, завідувачка сектору Інституту вивчення проблем злочинності АПрН України **Н. Сібільова** у науковій доповіді «Закон «Про судоустрій» — правова підстава організації та функціонування судової влади» проаналізувала наявні в Законі недоліки та прогалини, зокрема щодо висвітлення принципів правосуддя, співвідношення повноважень Верховного Суду України та Вищого спеціалізованого суду; механізму реалізації права людини на оскарження судових рішень тощо. Деякі недоліки чинного механізму оскарження судових рішень стали предметом наукового аналізу в доповіді доктора юридичних наук, професора, проректора з наукової роботи Луганської академії внутрішніх справ імені 10-річчя незалежності України **Б. Розовського** «Судовий контроль — гарантія забезпечення конституційних прав громадян у кримінальному судочинстві».

Заступник Державного секретаря Міністерства юстиції України **О. Пасенюк** зупинився на проблемах організаційного забезпечення діяльності судової влади в умовах судової реформи. Кандидат юридичних наук, голова Апеляційного суду Харківської області **В. Бринцев** у доповіді «Основні напрямки подальшого вдосконалення законодавчих основ судової влади» звернув

увагу присутніх на окремі питання статусу та забезпечення незалежності суддів, удосконалення системи управління судами та проблему запровадження Державної судової адміністрації. Доповідач також запропонував створити окружні суди, які б розглядали справи у першій інстанції, а їх рішення оскаржувались до апеляційного суду. Начальник управління з питань правової роботи Харківської обласної державної адміністрації **Т. Шахматова** в науковій доповіді «Участь місцевих державних адміністрацій та органів місцевого самоврядування у вирішенні питань забезпечення діяльності судів» проаналізувала існуючі та перспективні форми такої участі, а також зупинилася на деяких проблемних питаннях забезпечення належного функціонування судової влади.

Проблемні питання статусу професійних суддів та підготовки кандидатів на посаду судді було висвітлено у виступах В. Городовенка, В. Рум'янцева, Л. Герасіної.

З науковою доповіддю «Консультативна Рада європейських суддів Комітету Міністрів Ради Європи про принципи незалежності суддів та засоби їх реалізації в Україні» виступив суддя місцевого суду м. Мелітополя, представник України при Консультативній Раді європейських суддів Комітету Міністрів Ради Європи **В. Городовенко**.

Проблемам удосконалення підготовки професійних суддів в умовах судової реформи в Україні (на досвіді Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого) присвятив свою доповідь доктор юридичних наук, професор, декан факультету підготовки професійних суддів Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **В. Рум'янець**. Доповідач навів аргументи щодо необхідності обов'язкової підготовки кандидатів на посаду судді та запропонував проект Державної програми підготовки професійних суддів.

Доктор соціологічних наук, професор кафедри соціології та політології Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **Л. Герасіна** у науковій доповіді «Соціальна ефективність судової влади в світлі можливості соціологічного виміру» розглянула суд як соціолого-правовий інститут держави і суспільства та визначила фактори, що обумовлюють соціальну ефективність його функціонування, серед яких особливо виділила особу судді.

Проблемам підвищення ефективності діяльності правоохоронних органів присвятили свої виступи **В. Кудрявцев**, **О. Михайленко**, **В. Кривобок**, **О. Снігерьев**, **Г. Кожевніков**.

Заступник Генерального прокурора України **В. Кудрявцев** у науковій доповіді «Судово-правова реформа і прокуратура: актуальні проблеми» особливу увагу приділив висвітленню організаційних питань участі прокурора в суді. Доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри процесуального права Академії адвокатури України **О. Михайленко** присвятив свій виступ проблемам виконання прокуратурою своїх функцій на досудовому слідстві. В науковій доповіді «Судово-правова реформа в Україні і реформування органів досудового розслідування» кандидат юридичних наук, доцент, начальник кафедри кримінального процесу Національного університету внутрішніх справ **Г. Кожевніков** зупинився на проблемах реформування системи досудового слідства та наголосив на необхідності збереження слідчого апарату прокуратури. Питанням удосконалення прокурорської діяльності в аспекті судової реформи присвятив свою доповідь кандидат юридичних наук, прокурор Харківської області **В. Кривобок**.

Доктор юридичних наук, професор, заступник ректора Національної академії Прикордонних військ України імені Б. Хмельницького **О. Снігерьев** у науковій доповіді «Функції Прикордонних військ України та їх реалізація в умовах судової реформи» акцентував увагу на необхідності створення Державної прикордонної служби та запропонував проект закону, що закріплює статус і повноваження цього правоохоронного органу.

Під час конференції працювали дві секції («Проблеми організації судової влади» і «Процесуальні проблеми функціонування судової влади та кримінально-правовий захист правосуддя»), в процесі роботи яких було докладно обговорено доповіді пленарного засідання та інші дискусійні питання застосування нового Закону «Про судоустрій України», розробки нових та вдосконалення чинних законодавчих актів, що забезпечують функціонування судової влади в державі.

Так, у секції «Проблеми організації судової влади» з доповідями виступили 14 науковців. Обговорювались проблеми статусу присяжних, удосконалення механізму добору та заняття посади судді, їх професійної підготовки та підвищення квалі-

фікації, посилення самостійності та незалежності судової влади, дисциплінарної відповідальності, суддівського самоврядування. Крім цього, порушувались питання компетенції Конституційного Суду України та повноважень адміністративних судів. Особливу увагу було приділено проблемам матеріального забезпечення судової влади, зокрема втілення нових форм та методів реалізації Державної програми фінансування судової реформи в Україні. Не залишились поза увагою учасників конференції також питання статусу прокуратури, адвокатури, нотаріату в умовах судової реформи.

В секції «Процесуальні проблеми функціонування судової влади та кримінально-правовий захист правосуддя» з науковими доповідями виступили 17 науковців, які обговорювали різні аспекти концепції розвитку кримінально-процесуального законодавства України, зокрема, питання щодо диференціації форм кримінального судочинства, законодавчого забезпечення права підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист та вдосконалення процесуального статусу захисника, підвищення ефективності судового контролю за обмеженням конституційних прав особи при провадженні у кримінальній справі. Особливий інтерес викликав аналіз нового кримінально-процесуального законодавства щодо нормативного наповнення принципів кримінального процесу, процесуального статусу його суб'єктів, використання в доказуванні у кримінальній справі оперативно-розшукових матеріалів. Предметом наукової дискусії стали і окремі питання, тактики судового слідства та проблеми перегляду судових рішень у порядку виключного провадження.

На підсумковому пленарному засіданні з заключним словом виступив проректор з наукової роботи Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, професор, доктор юридичних наук, академік АПрН України **М. Панов**, який охарактеризував роботу конференції як плідну і проведену на високому рівні. За загальною оцінкою учасників конференції обговорення актуальних проблем судово-правової реформи в Україні було різнобічним і ґрунтовним. За підсумками конференції запропоновано рекомендації щодо забезпечення ефективного функціонування судової влади, вдосконалення національного судоустрійного та процесуального законодавства, практики його застосування.

Всі відзначили високий рівень підготовчої роботи, проведеної Харківським Центром по вивченню організованої злочинності Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого спільно з Американським університетом у Вашингтоні та Інститутом вивчення проблем злочинності Академії правових наук України, по організації та проведенню цієї конференції.

Матеріали підготували:

Н. Сібільова, кандидат юридичних наук, доцент, завідувачка сектору дослідження проблем судової діяльності Інституту вивчення проблем злочинності АПРН України,

О. Шило, кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник Інституту вивчення проблем злочинності АПРН України,

Н. Глинська, Інститут вивчення проблем злочинності АПРН України,

Л. Москвич, Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого.

Про міжнародну науково-практичну заключну конференцію українсько-американської Науково-дослідницької Програми при Академії правових наук України

13–14 травня 2002 р. у м. Вашингтоні (США) відбулася заключна конференція спільної українсько-американської Науково-дослідницької програми Академії правових наук України і Національного інституту юстиції США на тему «Більш повне розуміння транснаціональної організованої злочинності». Мета конференції — подати результати спільних досліджень керівникам Державного департаменту, Департаменту юстиції США та науковцям для подальшої розробки політики в сфері боротьби зі злочинністю

З українського боку у конференції взяли участь 11 провідних учених і практичних працівників. Очолював делегацію академік АПрН України В. Сташис — перший проректор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, академік-секретар відділення кримінально-правових наук АПрН України, директор з українського боку Проекту «А» Науково-дослідницької Програми АПрН України і Національного інституту юстиції Департаменту юстиції США.

До складу делегації також увійшли: член-кореспондент АПрН України В. Борисов — директор Інституту вивчення проблем злочинності АПрН України, член-кореспондент АПрН України, В. Зеленецький заступник директора Інституту вивчення проблем злочинності АПрН України, член-кореспондент АПрН України, В. Тихий — суддя Конституційного Суду України, академік АПрН України, А. Закалюк — начальник Управління по зв'язках з державними, судовими та правоохоронними органами Президії АПрН України, С. Пічкуренко — заступник начальника Головного управління по боротьбі з організованою злочинністю МВС України, професор О. Ярмиш — перший

проректор Національного університету внутрішніх справ України, доцент О. Кальман — викладач кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, доцент А. Городиський — заступник декана вечірнього факультету Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, професор Т. Денисова — декан юридичного факультету Запорізького державного університету та доцент В. Туляков — завідувач кафедри кримінального права Одеської національної юридичної академії України. Конференція проходила у формі пленарних засідань і «круглих столів». Обговоренню на «круглих столах» організатори приділяли особливу увагу, бо одним з найважливіших завдань конференції було створити умови плідного діалогу між науковцями, які протягом майже двох років досліджували вкрай актуальні аспекти боротьби зі злочинністю, та представниками влади, що далі формуватимуть політику в цій галузі. Можна сказати, що обмін думками проходив дуже жваво, а обговорення охопило широке коло питань стосовно міжнародної співпраці у сфері боротьби з транснаціональною злочинністю.

Головні питання, які розглядалися на конференції, стосувалися обміну досвідом правоохоронної діяльності двох країн, ефективності програм по боротьбі з організованою злочинністю, які фінансуються США з питань: протизаконного обігу наркотиків; діяльності організованих злочинних угруповань; реформування органів кримінальної юстиції; віктимізації підприємництва; економічної злочинності і корупції; торгівлі жінками і дітьми; протидії проявам і консолідації організованої злочинності в Росії, Україні і США; створення комутативних платформ для подальших міжнародних досліджень.

Головуючими на конференції були директори Проекту «А» Науково-дослідницької Програми з американського та українського боку: Джеймс Фінкенауер — директор Міжнародного центру Національного інституту юстиції Департаменту юстиції США і В. Сташис — академік-секретар відділення кримінально-правових наук АПрН України,

У своїй вступній промові професор **Джеймс Фінкенауер** підкреслив зацікавленість своєї країни у розвитку спільних зусиль міжнародної спільноти протистояти організованій злочинності в усіх регіонах світу, а також запевнив учасників конференції,

що США постійно підтримуватимуть всі ініціативи інших держав у боротьбі зі злочинністю і особливо організованими її формами, надаватимуть їм технічну допомогу, розповсюджуватимуть наукові публікації, сприятимуть дослідженням і обміну досвідом. Джеймс Фінкенауер спеціально відзначив: «Це — чудова робота, це — успіх», і запевнив присутніх у тому, що такі дослідження необхідно продовжувати і в майбутньому.

Академік **В. Сташис** звернув увагу на те, що в умовах глобалізації соціально-економічного прогресу боротьба з організованою злочинністю є одним із вагомих напрямків державної політики всіх країн світу. Він також дав загальну характеристику тим позитивним змінам, які відбулися у сфері боротьби зі злочинністю в Україні внаслідок активізації діяльності правоохоронних органів і стабілізації соціально-економічного розвитку, підкреслив значення нового Кримінального кодексу України у цій боротьбі. Особливо відзначив академік **В. Сташис** те, що проблему боротьби з організованою транснаціональною злочинністю слід розглядати в єдиному баченні як загрозу не тільки окремим країнам, а й всій міжнародній спільноті, світовому правопорядку. Його доповідь викликала значний інтерес американської аудиторії, бо в ній також висвітлювалися питання щодо нового Кримінального кодексу України та стану злочинності в Україні.

З американського боку на конференції виступили: **Чері Нолан** — заступник помічника Генерального прокурора Департаменту юстиції США, яка у своєму виступі звернула увагу присутніх на особливості проявів міжнародної злочинності та її глобальний характер; **Сара Харт** — директор Національного інституту юстиції Департаменту юстиції США, яка розповіла про досвід свого інституту в галузі міжнародного наукового співробітництва.

На засіданнях «круглих столів» обговорювалися питання обміну досвідом реалізації програм навчання, що фінансуються США, та діяльності правоохоронних органів України (ведучі: академік **А. Закалюк**, професор **Денніс Кенні**); незаконного обігу наркотиків і перевезення героїну через Україну (ведуча **Мері Лейн**); організованих злочинних угруповань: норм і стандартів поведінки (ведучі: професор **О. Ярмиш**, професор **Джей Албаніз**); економічної злочинності і корупції в Україні (ведучі:

доценти О. Городиський, О. Кальман, координатор програми Дж. Пікареллі); торгівлі жінками та дітьми з України (ведучі: доцент Т. А. Денісова, професор Донна Хьюз); створення комунікативної платформи для міжнародних досліджень (ведучі: Дженіфер Шрок — спеціаліст з міжнародних програм, С. Чапкій — старший партнер, К. Зюзіна — директор Київського офісу Фонду верховенства права); досвіду міжнародних досліджень (ведучі: професор Ю. Воронін — директор Центру вивчення організованої злочинності Уральської державної юридичної академії).

Результатам впровадження Проекту американсько-українського науково-дослідного партнерства було присвячено доповідь радника з правових питань Державного департаменту США Володимира Сульжинського.

У своїх заключних виступах академік В. Сташис і професор Джеймс Фінкенауер підбили підсумки роботі конференції, урокам спільного дослідницького процесу, висловили вдячність дослідникам за проявлену активність у роботі над Проектом і побажали, щоб така робота продовжувалася і в майбутньому. Конференція викликала багато позитивних відгуків американських науковців та представників правоохоронних органів США.

Матеріал підготували:

О. Кальман, доцент,

В. Зайда, викладач.

Науковий семінар з підбиття підсумків Конкурсу № 6 за Програмою малих грантів

20 квітня 2002 р. у приміщенні Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого Харківським Центром по вивченню організованої злочинності спільно з Американським Університетом у Вашингтоні було проведено науковий семінар, присвячений підбиттю підсумків Конкурсу № 6 за Програмою малих грантів. У роботі семінару взяли участь: **В. Сташис** — професор, академік Академії правових наук України, перший проректор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, директор Харківського Центру по вивчен-

ню організованої злочинності спільно з Американським Університетом у Вашингтоні; **В. Борисов** — професор, член-кореспондент Академії правових наук України, директор Інституту вивчення проблем злочинності АПрН України, заступник директора Центру; **В. Ковальський** — президент видавництва «Юрінком-Інтер», шеф-редактор газети «Юридичний вісник України»; **Ю. Баулін** — професор, член-кореспондент Академії правових наук України, старший стипендіат-дослідник Центру; **В. Голіна** — професор, член-кореспондент Академії правових наук України, завідувач кафедри кримінології і кримінально-виконавчого права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, старший стипендіат-дослідник Центру; **Я. Кураш** — доцент, координатор Центру; **С. Гізімчук** — доцент, менеджер Програми малих грантів Центру; **Н. Гуторова** — доцент, молодший стипендіат-дослідник Центру; **О. Шостко** — доцент, молодший стипендіат-дослідник Центру; учасники Конкурсів № 6 та № 7, що проводяться за Програмою малих грантів, у тому числі **Н. Розенфельд** — заступник декана юридичного факультету Міжнародного Соломонового університету, одна з кращих учасниць Конкурсу № 6, та ін. Всього в роботі семінару взяли участь 26 осіб.

Із вступним словом і привітанням до учасників семінару звернувся директор Центру, професор **В. Сташис**, який за традицією звернув увагу присутніх на суттєві моменти в роботі Харківського Центру в межах Програми малих грантів. Так, він зазначив, що всього за період з 1998 по 2002 роки було проведено сім конкурсів, для участі в яких з різних регіонів України надійшло 142 заявки. В деяких випадках заявки для участі у різних конкурсах надходили декілька разів від однієї й тієї ж особи, що є свідченням постійності науковця у стосунках з Харківським Центром, а також привабливості участі у конкурсах. **В. Сташис** звернув увагу на роботу працівників Харківського Центру по створенню веб-сайту, використання якого дає позитивні результати. В плані виконання Програми малих грантів одним із таких є налагодження широких зв'язків з науковцями України. Так, на веб-сайті розміщено найбільш цікаву інформацію про діяльність Харківського Центру і його програми. Крім того, все більше осіб залишають свої електронні адреси у книзі розсилки інформації, яка відкрита на веб-сайті для всіх бажаючих і

завдяки якій відбувається персональне повідомлення про оголошення чергового конкурсу та поширення іншої важливої інформації, тощо.

В. Сташис також позитивно відмітив пропагандистську діяльність співробітників Харківського Центру, які, перебуваючи у складі міжнародної делегації, брали участь у трьох семінарах. Ці семінари проводились 12, 14 і 15 березня поточного року у містах Одесі, Львові та Києві і мали на меті обмін досвідом роботи Харківського Центру, обговорення можливостей використання ресурсів Інтернету в боротьбі зі злочинністю та питань, пов'язаних із застосуванням програмного забезпечення при проведенні міжнародних Інтернет-конференцій. Для участі у цих семінарах запрошувались особи, які брали участь у попередніх конкурсах за Програмою малих грантів, працівники навчальних закладів і науково-дослідних установ, студенти та ін. На думку учасників семінарів, обговорення проблемних питань під час зустрічей проходило на високому науково-пізнавальному рівні.

Аналізуючи процедуру проведення Конкурсу № 6 та наукового семінару, В. Сташис відмітив, що для участі у Конкурсі № 6 до нашого Центру надійшла 21 заявка, із них 15 заявок одержали грант на виконання дослідження. За результатами надходження до Харківського Центру наукових досліджень учасників Конкурсу № 6 було з'ясовано, що 11 учасників повністю виконали взяті на себе зобов'язання і подали завершені наукові дослідження. Один учасник — В. Всеволодов — не виконав зобов'язання за грантом і рішенням Вченої ради Центру був знятий з Конкурсу № 6. У деяких випадках наукові дослідження, виконані учасниками цього Конкурсу, одержали зауваження рецензентів, і учасникам, які їх виконували, було запропоновано доопрацювати дослідження або подати аргументовані заперечення.

Після вступного слова було заслухано наукові доповіді дослідників. У них учасники семінару акцентували увагу на різних аспектах проведених досліджень за заявленими темами.

Так, викладач кафедри кримінального права та кримінології Луганської академії внутрішніх справ імені 10-річчя незалежності України **А. Беніцький** доповів про дослідження за темою «Кваліфікація діяльності організованих груп, які легалізують злочинні доходи». Він навів статистичні дані про кількість по-

рушених кримінальних справ і порівняв їх з аналогічними даними, одержаними по Росії. При цьому доповідач відмітив, що в Росії та інших країнах СНД відбувається зростання кількості зареєстрованих кримінальних справ, порушених за фактом легалізації доходів, одержаних від незаконного обігу наркотичних засобів. Відповідно до цього зростала кількість справ, що були розглянуті та вирішені в судах. В Україні ж, як стверджував у своїй доповіді А. Беніцький, за цими видами злочинів немає жодного обвинувального вироку. В зв'язку з наведеними даними дослідник визнав, що одержання доходів від незаконного обігу наркотичних засобів — це підґрунтя для існування і розширення обсягів тіньової економіки України. На думку доповідача, необхідно доповнити статтю 209 КК України частиною третьою, в якій слід передбачити посилення відповідальності організованих злочинних угруповань за легалізацію (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом. Крім того, А. Беніцький запропонував більш чітко сформулювати диспозиції статей 209 та 256 КК щодо приховування злочинної діяльності з метою повного розмежування ознак передбачуваних злочинів.

У доповіді аспіранта кафедри криміналістики Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **В. Білоуса** на тему «Місце фіктивних суб'єктів підприємницької діяльності в процесі тінізації економіки України» значну увагу було приділено аналізу статистичних даних щодо виявлення і засудження осіб за фіктивне підприємництво, а також здійснено спробу сформулювати власне поняття фіктивної підприємницької діяльності.

Наступною було заслухано доповідь викладача кафедри правознавства Кримського економічного інституту Київського економічного університету **П. Берзіна** на тему «Проблеми кримінальної відповідальності за незаконну конвертацію грошей, що вчиняється організованими злочинними групами», в якій дослідник зупинився на кваліфікації дій щодо незаконної конвертації грошей, а також додав, що редакція ст. 209 КК України потребує деякого уточнення. За твердженням доповідача, ст. 209 КК лише частково охоплює ознаки незаконної конвертації, що ускладнює притягнення до кримінальної відповідальності всіх причетних осіб. На думку дослідника, не вирішує цієї проблеми застосуван-

ня ст. 209 КК за сукупністю зі ст. 212 КК «Ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів».

Асистент кафедри кримінального права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **Ю. Пономаренко** в доповіді на тему «Кримінально-правова боротьба з легалізацією доходів від наркобізнесу: українські перспективи в контексті іноземного та міжнародного досвіду» навів порівняльні дані про відповідальність за цей вид злочинів у різних країнах світу (Китай, Бельгія, Росія, Латвія та ін.). Доповідач вказав на необхідність закріплення у законодавчому порядку адміністративної (і фінансової як її різновиду) відповідальності для юридичних осіб.

Денне засідання розпочалося з виступу доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Академії правових наук України, завідувача кафедри криміналістики Національної юридичної академії України імені Ярослав Мудрого **В. Шепітька** на тему «Легалізація (відмивання) грошових коштів: злочинні технології та способи їх викриття». Доповідач висвітлив основні способи та механізми легалізації (відмивання) грошових коштів, запропонував і всебічно обґрунтував пропозиції щодо вдосконалення методик викриття цих злочинів. При цьому дослідник продемонстрував глибоке знання міжнародного досвіду з проблем боротьби з легалізацією (відмиванням) грошових коштів, поділився з присутніми відповідними статистичними даними.

Наступною була доповідь кандидата юридичних наук, професора кафедри криміналістики Національного університету внутрішніх справ **А. Волобуєва** на тему «Легалізація тіньового капіталу в Україні і шляхи її запобігання», в якій дослідник, використовуючи різні системи оцінок, розповів про обсяги тіньового капіталу в Україні, а також зазначив, що до національного бюджету України потрапляє лише 1/3 від можливих грошових надходжень. Далі доповідач зупинився на досвіді застосування нового КК України, а саме — на труднощах, що виникають при застосуванні ст. 209 КК та пов'язані із встановленням ознак суб'єктивної сторони цього злочину.

Кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики Гуманітарного університету «Запорізький інститут державного та муніципального управління», директор Запорізького Центру дослідження проблем комп'ю-

терної злочинності **В. Голубев** у доповіді на тему «Створення Центру дослідження проблем комп'ютерної злочинності» зупинився на досвіді створення такого Центру і проблемах його функціонування, поділився досвідом вирішення питань фінансування роботи очолюваної ним науково-дослідної установи.

Наступною було заслухано доповідь доктора юридичних наук, доцента кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності органів внутрішніх справ Національного університету внутрішніх справ **О. Рябченко** на тему «Еволюція тіньової політики і корупції». Після наведення цікавих даних про оцінку стану тіньової економіки з позиції теорії управління дослідниця зробила основний висновок про взаємозалежність подолання тіньової економіки в Україні та поліпшення її економічного стану.

Кандидат юридичних наук, доцент, докторант кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **О. Кальман** у доповіді на тему «Корупція і організована економічна злочинність: їх причинні та функціональні зв'язки» навів основні чинники, які впливають на існування та поширення в нашій країні корупції і організованої економічної злочинності і, як висновок, запропонував розробити Концепцію боротьби з корупцією і організованою економічною злочинністю.

На завершення було заслухано доповідь кандидата юридичних наук, доцента Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, вченого секретаря Інституту вивчення проблем злочинності АПрН України **О. Шандули**. Провівши дослідження на тему «Корупція і організована злочинність: їх функціональні взаємозв'язки», доповідач навів поняття корупції, проаналізував відповідальність за корупцію в різних країнах світу (Німеччина, Франція, США, Японія та ін.), а також визначив низку чинників, що детермінують її існування.

Всі заслухані доповіді викликали жваве обговорення. Присутні ставили доповідачам питання, які потребували більш докладного висвітлення окремих аспектів виконаних досліджень, демонстрації поглибленого знання своєї теми.

Після обговорення наукових доповідей члени оргкомітету визначили переможця Конкурсу № 6 за Програмою малих грантів, а також відзначили його кращих учасників.

Так, переможцем Конкурсу № 6 було визнано доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Академії правових наук України, завідувача кафедри криміналістики Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого В. Шепітька. Серед кращих були відмічені доктор юридичних наук, доцент кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності органів внутрішніх справ Національного університету внутрішніх справ О. Рябченко, викладач кафедри правознавства Кримського економічного інституту Київського економічного університету П. Берзін та асистент кафедри кримінального права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого Ю. Пономаренко.

Матеріал підготували:

В. Борисов, професор, заступник директора ХЦВОЗ,

С. Гізімчук, доцент, менеджер Програми малих грантів ХЦВОЗ,

І. Христич, доцент.

НАШІ ЮБІЛЯРИ



Виповнилося 75 років від дня народження відомого українського правознавця, провідного фахівця в галузі аграрного, земельного та адміністративного права, члена-кореспондента НАН України, академіка Академії правових наук України, доктора юридичних наук, професора **Віталія Івановича Семчика**.

В. І. Семчик народився 19 липня 1927 р. в с. Байківка Калинівського району Вінницької області в селянській родині.

Сімнадцятирічним юнаком у 1944 р. був мобілізований до Радянської армії. Строкову службу ніс до 1951 р. Учасник бойових дій Великої Вітчизняної війни. Після демобілізації працював на різних роботах: обліковцем Вінницького міськвійськкомату, інструктором, помічником начальника політвідділу по комсомолу Шепетівського, Фастівського, Коростенського відділків Південно-Західної залізниці, секретарем партійної організації в Пилипівському і Великоснітинському колгоспах Фастівського району Київської області. З 1958 р. працював за юридичною спеціальністю: адвокатом, завідувачем Фастівської юридичної консультації Київської обласної колегії адвокатів, народним суддею, головою Фастівського міського народного суду Київської області. З 1975 р. працює старшим, провідним, головним науковим співробітником Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, а також за сумісництвом завідувачем кафедри аграрного, екологічного і трудового права Київського університету права (з 1997 р.) і директором Центру енергетичного та ядерного права при Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України (з 2002 р.).

Закінчив юридичний факультет Київського державного університету імені Тараса Шевченка у 1959 р., аспірантуру при КДУ імені Тараса Шевченка (заочно) у 1974 р. У 1975 р. за дисертацію на тему «Правове становище спеціалістів колгоспу». В. І. Семчику присуджено науковий ступінь кандидата юридич-

них наук, а в 1986 р. за дисертацію на тему «Проблеми організаційно-правового забезпечення раціонального використання майна сільськогосподарських підприємств в умовах АПК» — науковий ступінь доктора юридичних наук за спеціальністю «Державне право і управління; адміністративне право». У 1997 р. присвоєно вчене звання професора по спеціальності «Аграрне і земельне право».

У 1993 р. В. І. Семчика обрано членом-кореспондентом НАН України за спеціальністю «Підприємницьке право», а в 1993 р. він став академіком Академії правових наук України. З 1996 р. — голова спеціалізованої вченої ради при Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України по захисту докторських дисертацій (за спеціальностями трьох блоків: земельного, цивільного і кримінального права).

В. І. Семчик — науковий радник Комітету (комісії) Верховної Ради України з питань правової політики (правової реформи) з 1994 р., член Спілки юристів України — з 1992 р.

В. І. Семчик — член науково-методичної ради Верховного Суду України (1984–1993 та з 1999 рр.), член кваліфікаційної комісії Вищого господарського (арбітражного) суду з 1995 р. Він також член вчених рад Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Київського університету права, Інституту інтелектуальної власності Академії правових наук України, член наукової ради журналів «Право України», «Інтелектуальний капітал», член редакційної колегії журналу «Вісник господарського судочинства», збірників наукових праць Інституту держави і права ім. В. М. Корецького «Правова держава» та «Держава і право», шеститомного видання «Юридична енциклопедія» Видавництва «Українська енциклопедія» імені М. П. Бажана та інших збірників наукових праць.

З 1993 р. В. І. Семчик очолює раду науково-правових експертиз при Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.

У полі зору науковця — питання державного управління, адміністративного, аграрного, земельного, цивільного і підприємницького права. В. І. Семчик одним з перших опрацював правові проблеми розвитку аграрного і кооперативного права, права власності на землю, майнових відносин в АПК. Він є автором понад 300 наукових праць, зокрема 3 індивідуальних і 20 колек-

тивних монографій, 7 юридичних довідників. Серед них монографії: Имущественные правоотношения в сельском хозяйстве (К., 1984), Правовое положение специалистов колхоза (в соавторстве) (М., 1979), Кооперация и право (К., 1991). Під його редакцією вийшли колективні монографії: Правовые вопросы межхозяйственной кооперации в сельском хозяйстве (К., 1981), Нові форми сільськогосподарського виробництва (організаційно-правові питання (К., 1994); Право власності в споживчій кооперації, Право власності за Конституцією України (1997); Аграрне законодавство України: проблеми ефективності (К., 1998), Проблеми права власності та господарювання у сільському господарстві (К., 2001).

За редакцією В. І. Семчика колективами авторів видано підручники: Кооперативне право (К., 1996); Земельне право (К., 2001). Він є автором розділів підручника «Аграрне право» за ред. В. З. Янчука (К., 1996, 1999).

В. І. Семчик брав активну участь у підготовці низки законопроектів, зокрема, альтернативних проектів законів «Про селянське (фермерське) господарство» (1992), «Про сільськогосподарську кооперацію» (1997); Земельного кодексу України (2001). Окремі положення проектів враховано при прийнятті відповідних законів.

В. І. Семчику присвоєно почесне звання «Заслужений діяч науки і техніки України» (1995), вручено Почесну грамоту Кабінету Міністрів України (2001).

В. І. Семчик нагороджений відзнакою Президента — орденом «Богдана Хмельницького» III ст. (1999), орденами УПЦ «Різдво Христове 2000» II ступеня (2001), «Святого рівноапостольного князя Володимира» III ступеня (2001), а також 12 медалями, в тому числі «За победу над Германией в Великой Отечественной войне 1941—1945 годов» (1945), «Ветеран труда» (1984); відзнакою Президента України «Захиснику Вітчизни» (1999).

Активна життєва позиція, талант науковця, глибока людська порядність, відповідальність за доручену справу, доброта — це лише деякі риси, що характеризують В. І. Семчика.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» широко вітають **Віталія Івановича Семчика** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги і подальших успіхів.



Виповнилося 60 років від дня народження відомого українського правознавця, провідного фахівця в галузі теорії та історії держави і права, історії політичних і правових вчень, доктора філософських наук, професора, члена-кореспондента Академії правових наук України, заслуженого діяча науки і техніки України **Олександра Миколайовича Мироненка**.

О. М. Мироненко народився 14 серпня 1942 р. у с. Покровське Веселинівського району Миколаївської області.

Трудову діяльність розпочав слюсарем на Миколаївському суднобудівному заводі, де працював з 1959 по 1962 р. Після служби в армії працював у комсомольських і партійних органах (1965—1983), займався науково-педагогічною діяльністю.

У 1971 р. закінчив юридичний факультет Одеського державного університету ім. І. І. Мечникова.

У 1977 р. закінчив Академію суспільних наук (Москва).

У 1977 р. захистив кандидатську дисертацію на тему «Роль мирного співіснування та міжнародного співробітництва у розв'язанні глобальних проблем сучасності». У тому ж році одержав науковий ступінь кандидата філософських наук.

У 1988 р. захистив докторську дисертацію на тему «Глобальні проблеми сучасності на межі третього тисячоліття. Соціально-політичний аспект». У тому ж році одержав науковий ступінь доктора філософських наук.

У 1993 р. О. М. Мироненку присвоєно вчене звання професора.

З 1983 по 1988 р. О. М. Мироненко — старший науковий співробітник відділу конституційного будівництва, відділу історії держави і права Української РСР Інституту держави і права АН УРСР. У 1988—1996 рр. — завідуючий відділом історії держави і права Української РСР, відділом історико-політологічних досліджень держави і права цього ж Інституту.

У жовтні 1996 р. Верховна Рада України призначила О. М. Мироненка суддею Конституційного Суду України.

У 1993 р. О. М. Мироненка обрано членом-кореспондентом Академії правових наук України. У 1997 р. йому присвоєно звання заслуженого діяча науки і техніки України.

Основні напрямки наукових досліджень О. М. Мироненка — історія держави і права України, історія держави і права зарубіжних країн, історія політичних і правових вчень, політологія, етностатусознавство.

О. М. Мироненко підготував понад 800 наукових публікацій, у тому числі — 12 індивідуальних монографій, 39 — колективних, 22 підручники і навчальні посібники для вищої школи, понад 25 індивідуальних науково-популярних видань. Серед тих, що вийшли з друку в останні роки, — зокрема монографії і навчальні посібники «Світоч української державності: політико-правовий аналіз діяльності Центральної Ради», «Мала енциклопедія етностатусознавства», «Українське державотворення: невитребуваний потенціал», «Історико-політичні уроки української державності», «Український парламентаризм: минуле і сучасність», «Історія світової і вітчизняної конституційної юстиції», «Теоретико-методологічні проблеми історії української державності» та ін.

О. М. Мироненко здійснює велику науково-громадську роботу. Він — голова секції Ради з координації фундаментальних правових досліджень НАН України; голова першої в Україні спеціалізованої ради з захисту докторських дисертацій за фахом «Політичні науки»; засновник Української асоціації політологів, Української академії політологічних наук; голова редколегії серії «Пам'ятки політико-правової культури України».

О. М. Мироненко є лауреатом багатьох конкурсів на кращі монографічні і науково-популярні видання.

Ми цінуємо також людські якості О. М. Мироненка, які здобули йому авторитет і повагу широкої юридичної та політологічної громадськості.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Олександра Миколайовича Мироненка** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги і подальших успіхів.

ЗМІСТ

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

Рабінович П. Права людини: діалектика універсалізації найменувань та урізноманітнювання змісту й меж 3

Нижник Н. Роль кадрової політики в реалізації функцій держави 9

Дашковська О. Гендер і право: логіко-понятійний аналіз 16

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

Тодика Ю. Фактори реалізації Конституції України 22

Колісник В. Проблема співвідношення понять «національний» та «етнічний» доцільності їх використання у наукових дослідженнях 31

Яворський В. Принципи сучасного виборчого права України 40

Фомін А. Інститут державної мови в Російській Федерації: критичний погляд з боку 50

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Харитонов Є. Перші кодифікації цивільного законодавства в Україні ХХ і ХХІ століть: збереження старого чи початок нового права 61

Бойко І. Надання судового самоврядування вірменській громаді м. Львова (ХІV–ХVІІІ століття) 72

ПИТАННЯ ЮРИДИЧНОЇ ЛОГІКИ

Титов В. Розвиток американської юридичної логіки наприкінці 1950-х — на початку 1960-х років 81

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Спасибо-Фатєєва І. Сучасні проблеми корпоративного управління в Україні 92

Селіванов А. Кому належить право на фірмове найменування (фірму)? 103

Шишка Р. Немайнові права автора 110

Жилінкова І. Концепція шлюбного договору за новим Сімейним кодексом України 122

Кондик П. Правові аспекти визначення статусу військового майна 131

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

Варфоломєєва Т. Процесуальні, криміналістичні та етичні аспекти захисту 140

Антипенко В. Загальні підходи в оцінці міжнародно-правових можливостей боротьби з тероризмом та подолання інших кризових явищ 151

ПИТАННЯ КРИМІНАЛІСТИКИ І СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ

Журавель В. Криміналістична класифікація злочинів: засади формування та механізм застосування	160
Синчук В. Розслідування вбивств: шляхи вдосконалення та оптимізації	166
Абрамова В. Поняття помилки судового експерта	172
НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ	
Христова Г. Зміст і форма в праві: питання співвідношення і взаємовпливу	180
Гавриш Т. Особливості процесуального статусу осіб, викликаних для участі у провадженні по кримінальній справі в порядку міжнародної правової допомоги	188
Гриненко С. Особливості правового регулювання оперативно- розшукової діяльності	198
РЕЦЕНЗІЇ	
Філософський виклик недосконалій правовій реальності (Є. Бурлай, О. Петришин)	206
Теоретичні засади і практика боротьби з тероризмом (В. Ємельянов)	213
НАУКОВЕ ЖИТТЯ	
Міжнародна науково-практична конференція з проблем і перспектив судової реформи в Україні (Н. Сибільова, О. Шило, Л. Москвич)	217
НАУКОВА ХРОНІКА	
Про міжнародну науково-практичну заключну конференцію українсько-американської Науково-дослідницької Програми при Академії правових наук України (О. Кальман, В. Зайда)	226
Науковий семінар з підбиття підсумків Конкурсу № 6 за Програмою малих грантів (В. Борисов, С. Гізімчук, І. Христин)	229
НАШІ ЮВІЛЯРИ	
Віталій Іванович Семчик	236
Олександр Миколайович Мироненко	239

Збірник наукових праць

Вісник
Академії правових наук
України

№ 3 (30)

Відповідальний за випуск

А. М. Кумака

Редактор *К. Гулий*

Коректор *О. Верховень*

Комп'ютерна верстка

і дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 16.09.02.
Формат 60×84 1/16. Папір офсетний. Гарнітура Newton.
Ум. друк. арк. 14,2. Обл.-вид. арк. 13. Вид. № 138.
Тираж 500 прим. Ціна договірна. Зам. 148

Видавництво «Право» Академії правових наук України
Україна 61002 Харків, вул. Миросицька, 29
(Свідоцтво серії ДК № 559 від 09.08.2001)

Друкарня ПВПП «Слово»
Україна 61024 Харків, вул. Лермонтовська, 27