

2002



# ВІСНИК

АКАДЕМІЇ

ПРАВОВИХ  
НАУК  
УКРАЇНИ

4

(31)

# ВІСНИК

## АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

№ 4 (31)

*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. Мироносицька, 29, Академія правових наук України, тел. 43-40-37.

© Академія правових наук  
України, 2002  
© «Право», 2002

# ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

---

*П. Рабінович*, член-кореспондент  
АПрН України

## **Проблеми трансформації методології вітчизняного правознавства: досягнення, втрати, перспективи**

У жовтні 1996 р. вперше в незалежній Україні у м. Києві відбулася зніційована Академією правових наук України науково-практична конференція «Проблеми методології сучасного правознавства». В ухвалених нею Рекомендаціях відзначалося, зокрема, таке: «Загальний стан розробки методологічних проблем українського правознавства відстає від сучасних потреб, хибує відчутними недоліками. Поширення набули методологічна невизначеність, склектизм, некритичне запозичення певних методів та методичних засобів інших наук поза межами їх можливого використання у дослідженнях соціально-правових проблем. Трапляються непоодинокі прояви абстрактного соціально-безмістовного визначення державно-правових явищ, нерозбірливого застосування концепцій та норм, що належать до різних, нерідко протилежних зарубіжних правових систем, недооцінки правових принципів, вимог відповідності об'єктивній реальності, потребам та критеріям практики»<sup>1</sup>.

Яка ж доля цих висновків і пропозицій? Якою мірою вдалося їх реалізувати? Та й загалом в якому стані перебуває нині методологія вітчизняної юридичної науки (праводержавознавства), насамперед її загальнотеоретичної частини?

Висловимо деякі міркування (аж ніяк не претендуючи на їх беззаперечність), які, можливо, стануть у пригоді при подальшому обговоренні зазначених питань.

---

\* Статтю підготовлено на основі доповіді, виголошеної на пленарному засіданні міжнародної науково-практичної конференції «Проблеми методології правової науки».

<sup>1</sup> Див.: Вісник Академії правових наук України. — 1997. — №1. — С. 151.

Стан методології праводержавознавства (як, зрештою, й інших суспільних наук) визначається принаймні такими обставинами:

- *потребами, запитами соціальної практики;*
- обумовлюваними ними *модифікаціями об'єкта і предмета* цієї науки — відповідно праводержавної дійсності та її специфічних праводержавних закономірностей;
- розвитком як цієї галузі суспільствознавства, так й інших наук, чії здобутки можуть використовуватись нею для вдосконалення власного методологічного арсеналу.

Розглянемо коротко, які ж методологічні зрушення відбулися (та й продовжують відбуватись) у вітчизняному *загальнотеоретичному* праводержавознавстві під впливом зазначених чинників.

Глибинним змістом потреб соціальної практики в Україні, «квінтесенцією» сучасних практичних запитів є забезпечення **переходу** до такого способу суспільного виробництва, до такої організації виробничих відносин (і в першу чергу відносин власності на засоби виробництва), які дозволили б стимулювати якісно вищий рівень продуктивності праці — настільки вищий, аби на цій основі кожна людина змогла би своєю працею створити гідні умови життя для себе і своєї сім'ї. Гуманізація, олюднення («очеловечивание») усіх сфер суспільного життя, передусім найголовніше сфери економічної, становить стратегічну мету їх радикального реформування.

Ця фундаментальна потреба сучасного українського суспільства дістає відповідну конкретизацію у певних запитах до тих чи інших видів діяльності його суб'єктів.

Стосовно саме методології загальнотеоретичного праводержавознавства найактуальнішим із запитів практики виявився такий: відмовившись від тих положень світоглядно-філософської доктрини, що неподільно панувала у радянський період, які було спростовано соціальною практикою, виробити (або обрати) такі філософсько-правові підходи, котрі якнайбільше відповідали б означеній основній потребі перехідного періоду існування українського суспільства, сприяли б її задоволенню. У цьому, як видається, й можна вбачати *об'єктивну* причину стрімкого зростання уваги вітчизняних дослідників до **філософії права**, положення і висновки якої утворюють *світоглядно-концептуальну складову методології науки*, що розглядається.

Процес такої *фундаменталізації правознавчої методології* має так чи інакше дуже важливе значення: адже, як зауважував свого часу один із корифеїв української теорії права П. Недбайло, саме філософсько-правові засади юридичної науки (як і будь-якої іншої суспільної науки) визначають загальний підхід до мети і спрямування дослідження, до відбору досліджуваних фактів і явищ та до інтерпретації результатів дослідження<sup>1</sup>. Тому, до речі, було б добре, якби й представники філософії права завжди чітко і відповідально уявляли та визнавали, до яких дослідницьких, та й зрештою практико-прикладних наслідків може призвести використання обстоюваних ними постулатів і рекомендацій.

Зараз уже можна констатувати, що на цій ділянці української загальнотеоретичної юриспруденції вдалося подолати світоглядно-філософський монізм, притаманний адміністративно-командній «системі» радянського періоду, відійти від низки положень єдино дозволеної у той час історико-матеріалістичної парадигми, які не виправдали себе повністю, навіть у тодішній практиці, і, спираючись на дорадянський і зарубіжний досвід, запровадити у дослідницькі пошуки такі філософсько-правові підходи, котрі раніше розглядалися у нас лише як об'єкт нищівної критики з огляду на їх суб'єктивно- чи об'єктивно-ідеалістичне підґрунтя. Завдяки цьому відбулась плюралізація філософсько-правових підходів і концепцій<sup>2</sup>.

Ці філософсько-правові напрацювання помітно відрізняються між собою і за предметною тематикою, і ще більше за світоглядною основою, внаслідок чого їх методологічне навантаження стає досить неоднозначним. З одного боку, ця «строкатість» сприяє різноаспектності досліджень такого складного, багатогранного, неоднорівневого соціального явища, яке відображається поняттям права, а з іншого — вона здатна обертатись, якщо можна висловитись образно, філософсько-правовим розсудом.

Про останній можна говорити тоді, коли спочатку, суто апоріорно, якийсь соціальний феномен (скажімо, індивідуальна

<sup>1</sup> Див.: Недбайло П. Е. Введение в общую теорию государства и права. (Предмет, структура, функции). — М., 1971. — С. 57–59.

<sup>2</sup> Див., напр., видані у 1998–2002 рр. монографії В. Бачиніна, А. Гарника, А. Козловського, С. Максимова, Л. Петрової, В. Шкоди та підручник «Філософія права» за редакцією М. Костицького і В. Чміляя.

свідомість або ж окремі її елементи — воля, почуття тощо) постулюється, задекларовується як предметний корелят терміно-поняття «право», а вже потім під це «проголошення» вибудовується, конструюється певна світоглядно-філософська концепція. І при цьому, зазвичай, питання про те, чому ж саме таке явище, а не якесь інше задекларовано «правом» («правовою реальністю»), майже не обговорюється. А тому відповідь на нього лишається радше брати на віру, аніж діставати з раціональної аргументації.

Окрім того, — чи то на хвилі надмірної захопленості «філософізацією» правових досліджень, чи то внаслідок прагнення не відстати від наукової кон'юнктури — розглядуваний процес супроводжується, як видається, й деякими перегинами. Так, після включення ВАК України філософії права до складу спеціальностей, з яких можуть здобуватись наукові ступені (а це — факт сам по собі, безперечно, позитивний), під неї почали підводитись дисертації з таких тем, котрі навряд чи відповідають предмету і наукознавчому статусу цієї галузі знань. Зустрічаються й такі, так би мовити, «натяжки», коли у працях, що задекларовуються як філософсько-правові, висвітлюються питання, наприклад, про «акторську» та про «вогнепальну» культуру юриста, котрі теж важко віднести до філософсько-правових.

Усі такі ситуації є ще одним свідченням того, наскільки актуальними залишаються дослідження специфіки *предмета* філософії права, її наукознавчого статусу, зокрема її зв'язків та співвідношення із загальною теорією права і держави. (Нагадаємо, що ця проблема інтенсивно обговорювалась ще у радянські часи.)

Уявляється, що загальнотеоретичне праводержавознавство покликане принаймні не меншою мірою, аніж філософія права (якщо, зрозуміло, її не включати до його складу), давати відповідь на питання: *що є право*, а кажучи точніше — яке ж, власне, явище має відобразитись терміно-поняттям «право» і чому саме.

Спробуємо схарактеризувати сучасні тенденції у зміні об'єкта і відповідно предмета загальнотеоретичної юриспруденції та з'ясувати, яким чином вони позначаються на стані її методології. До таких тенденцій передусім, гадаємо, належать: *антропологізація, глобалізація і деформалізація*.

**Антропологізація.** Вона полягає у тому, що саме людина стає центральним об'єктом загальнотеоретичного праводержавознавства, а її природні правові властивості та закономірності їх державно-юридичного забезпечення поступово перетворюються на найважливішу складову предмета цієї науки.

Одним з переконливих проявів названої тенденції є відчутне посилення уваги науковців до *антропології права*<sup>1</sup> — міждисциплінарної комплексної галузі знань, яка найближче дотична, «причетна», мабуть, до загальної теорії права, особливо ж до її філософсько-методологічної частини. Міждисциплінарний статус антропології права обумовлює використання нею методологічних можливостей декількох суспільних і гуманітарних наук.

Та чи не найяскравішим свідченням людиноцентристського «повороту» вітчизняного праводержавознавства стали включення до його предмета закономірностей виникнення, функціонування і розвитку загальносоціальних (тобто до- і неюридичних) прав, свобод та обов'язків людини та, як наслідок, становлення — в його рамках — основ *загальної теорії прав людини* як неодмінного підрозділу, а тепер, на наш погляд, навіть концептуального ядра, вітчизняної загальної теорії права та держави. Певний внесок у формування і розвиток цього актуального наукового напрямку намагається вносити Львівська лабораторія прав людини і громадянина АПРН України. Цьому ж сприяли дослідження.

Зазначена тенденція дає себе знати, так чи інакше, й у галузевих юридичних науках (праці В. Авер'янова, Ю. Тодики та ін.)

У методології загальнотеоретичного праводержавознавства щойно констатовані зміни у його об'єкті і предметі спричиняють істотне розширення застосування так званого *персоналістичного підходу*, а також помітно актуалізують необхідність використання *потребового підходу* (тобто інтерпретації та оцінки державно-юридичних явищ як інструментів, важелів, засобів задоволення потреб людини, соціальних спільнот, суспільства в цілому). З позицій цих підходів у загальній теорії прав людини використовуються не тільки традиційні методи юридичної науки, а й методологічно значущі положення «суміжних» гуманітарних наук — етики, психології, соціології тощо.

<sup>1</sup> Див., напр.: *Оборотов Ю. Н.* Традиции и новации в правовом развитии. — Одесса, 2001. — С. 23—32; *Ковлер А. И.* Антропология права: Учебник для вузов. — М., 2002.



Водночас на цьому науковому напрямку можна спостерігати, як видається, деякі методологічні неадекватності. Так, в окремих працях названі дослідницькі підходи надмірно гіперболізуються, «завищуються» їх евристичні можливості. Внаслідок цього людина протиставляється суспільству, розглядається «атомістично» — ізольовано, у відриві від конкретно-історичного соціуму. Тим часом, як відомо, тільки у суспільстві й лише завдяки йому, можна сказати, з його «рук» — кожна людина може (має) дістати усе, що їй необхідно для існування та розвитку.

Подекуди також мають місце виключення із кола загально-теоретичних досліджень проблеми обов'язків людини (як загально-носоціальних, так і юридичних), «відрив» їх від її прав. Не завжди досить чітко розрізняються права людини, з одного боку, та юридичні права фізичних осіб як суб'єктів державного (об'єктивного юридичного) права — з іншого, через що деякі дослідницькі підходи та методи застосовуються, так би мовити, не за належною адресою.

**Глобалізація.** Щодо загальнотеоретичного правознавства ця тенденція проявилася в тому, що його об'єктом — окрім національних держав та їх правових систем — все більшою мірою стають також їх «сім'ї» (групи, різновиди), а також системи міжнародно-правові — причому різних рівнів: як всесвітнього, так і регіонального.

Що ж стосується методології юридичної науки, то названий процес відкриває нові можливості для застосування *системного підходу* та тих пізнавальних процедур і методів, які його обслуговують, — структурного, функціонального тощо. Саме завдяки реалізації цього підходу — коли національна правова система осмислюється як *елемент* (реальний або ж потенційний) іншої правової системи, скажімо, правової системи Ради Європи чи Європейського Союзу, — можна науково обґрунтувати умови, вимоги, напрямки, засоби і наслідки перетворень, яких повинна зазнати перша, аби набути відповідних системоутворюючих параметрів і органічно «вписатись» у системно-правове утворення більш «високого» рівня. Згаданий методологічний підхід — обов'язковий інструмент розробки рекомендацій щодо адаптації правової системи України до паневропейського правового поля.

У зв'язку з цим декілька слів про так зване «інтегративне праворозуміння», або, інакше кажучи, «інтегральний підхід» до

праворозуміння (а підхід — це вже сфера методології!). Такі варіації, започатковані ще на початку ХХ ст. у Росії<sup>1</sup>, а через півстоліття розвинуті деякими західними теоретиками, трапляються нині й у російській літературі<sup>2</sup>, не виключені вони й в Україні<sup>3</sup>.

Названий підхід об'єктивно обумовлений низкою закономірних соціальних процесів, у тому числі й тим, про який шойно йшлося. Однак він не тільки не повинен суперечити вимогам системного підходу, а має бути його своєрідною конкретизацією, інструментом реалізації його вимог. У протилежному випадку «інтеграція» є не чим іншим, як *еклектизацією*, тобто механічним, досить довільним переміщенням декількох, зазвичай добре відомих теорій, концепцій, поглядів. І хоча при першому, поверховому сприйнятті такої «суміші» може скластися враження новизни, однак якісно нових знань тут навряд чи вдасться здобути. Будь-яке дійсно інтегральне праворозуміння не може не розбудовуватись навколо певного концептуально-змістовного ядра, певного світоглядно-філософського стрижня. Розшукавши, виявивши (назвавши) це «ядро», ми дістаємо можливість аналізувати фундамент, базис, основу інтегрування, з'ясувати його принципи і механізми, а відтак, і його обґрунтованість.

Процес глобалізації предмета і методу юридичної науки зумовив також, ясна річ, неабияку актуалізацію порівняльно-правових досліджень. Він призвів, можна сказати, до своєрідного прориву в формуванні вітчизняного *порівняльного правознавства* як вагомого підрозділу загальнотеоретичної юриспруденції. Накопичення відомостей про колишні та нинішні правові та й державні системи, про їх угруповання, їх спільні та відмінні риси дозволило й в Україні поступово запроваджувати ці знання у закладах вищої юридичної освіти<sup>4</sup>.

Зауважимо, до речі, що об'єктом зазначених досліджень виступають і національні, а також регіональні наукові школи, те-

<sup>1</sup> Див.: Яценко А. С. Синтетические теории права в юридических науках // Журнал Министерства юстиции. — Январь 1912.

<sup>2</sup> Див., напр.: Государство и право на рубеже веков: Материалы Всероссийской конференции «Проблемы истории и теории» — М., 2001. — С. 107—119.

<sup>3</sup> Див., напр.: Пацурківський П. С. Взаємозумовленість цілей та методів пізнання права // Ерліховський збірник. Вип. 3. — Чернівці, 2002. — С. 18—27.

<sup>4</sup> Див., напр.: Скаун О. Ф. Теория государства и права. — Х., 2000. — С. 558—693; Харитонова О. І., Харитонов С. О. Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції: Посібник. — Х., 2002.

чії, напрямки і, відповідно, ті методологічні парадигми та інструменти, які ними використані. Навіть з цієї причини увагу вітчизняних теоретиків права і держави не можуть не привертати суто методологічні дослідження колег, насамперед із Росії (з огляду на велику подібність завдань, які розв'язують наші країни)<sup>1</sup>, а також з «далекого зарубіжжя»<sup>2</sup>. Тим більше, що праць із такої проблематики в Україні обмаль<sup>3</sup>.

Проте й у нинішніх вітчизняних загальнотеоретичних порівняльно-правових та порівняльно-державознавчих розвідках не виключені певні «збої», спричинені, гадаємо, методологічними огріхами. Так, у разі, коли здобуті шляхом порівняльно-правового аналізу висновки «механічно» застосовуються до юридичних систем чи державних формувань, *неоднакових за їх соціальною сутністю*, можуть робитися ті помилкові висновки, які призводитимуть до негативних практичних наслідків.

Ще більш істотну пізнавальну ваду, що її здатне потягти за собою перебільшення можливостей порівняльного методу, може спричинити таке явище, яке було колись названо нами «втеча від сутності»<sup>4</sup>. Адже у нинішньому порівняльному правознавстві групування правових систем здійснюється зазвичай за суто юридичними, тобто формальними, здебільшого зовнішніми властивостями. Знання, які продукуються такими порівняльними процедурами, у багатьох випадках є, безперечно, вельми корисними, пізнавально і практично необхідними. Однак *соціальної сутності* правових систем такі знання не розкривають. (Аналогічна ситуація досить поширена й у порівняльному державознавстві.) І лише від того, що окремі автори просто перейменовують на «типи» деякі класифікаційні різновиди правових «сімей» або ж, скажімо, різновиди держав залежно від форми правління чи від політичного режиму останніх, — знання про соціальну сутність порівнюваних явищ одержати не вдається.

<sup>1</sup> З останніх праць особливий інтерес викликають опубліковані у 2000–2002 рр. монографії С. Алексєєва, Ю. Гревцова, Д. Керімова, Г. Мальцева, В. Нерсєсянца, А. Полякова, І. Честнова, а також статті А. Бризгалова, Ю. Вєтютнева, М. Дамірлі, І. Нєвважая, М. Тарасова, С. Чичневої.

<sup>2</sup> Див., напр.: *Право ХХ века: идеи и ценности*. – М., 2001.

<sup>3</sup> Див., зокрема: *Сєліванов В. М.* Право і влада суверенної України. Методологічні аспекти. – К., 2002. – С. 332–634.

<sup>4</sup> Див.: *Рабінович П. М.* Методологія правознавства: проблеми пліуралізації // *Вісник Академії правових наук України*. – 1995. – № 3. – С. 84.

Нагадаємо у зв'язку з цим, що такою сутністю є підстави вважати здатність правової системи (або, відповідно, держави) задовольняти основні потреби та інтереси індивідів, їх спільнот і об'єднань, а також усього суспільства.

Наведене ще раз засвідчує актуальність того пізнавального підходу, що його було названо «потребовим». Саме його застосування якраз і дозволяє встановити, потребам якої частини соціально неоднорідного суспільства (а серед них завжди є потреби специфічні, не загальні) відповідає найбільшою мірою реальне функціонування держави і права, а потребам якої його частини воно, можливо, навіть не суперечить.

Якщо ж і є місце для застосування порівняльного методу, коли йдеться про соціальну сутність праводержавних явищ, то якраз при зіставленні їх не за формально-юридичними — зовнішніми, «явищними» — властивостями, а з огляду на їх роль у задоволенні відповідно індивідуальних, групових (колективних) та загальносоціальних потреб.

І, нарешті, у зв'язку із розглядуваними змінами в об'єкті і предметі юридичної науки видається доречним запропонувати до обмірковування таку наукознавчо-методологічну гіпотезу: чи не прийшов час більш чітко диференціювати і відповідно розпрацьовувати: а) загальну теорію національного праводержавства, б) загальну теорію міжнародного права і міжнародно-державних інституцій (включаючи й міждержавні) та в) загальну теорію будь-якого права і будь-яких державних утворень?

Саме остання покликана відкривати, виявляти такі закономірності та формулювати такі положення, котрі зазвичай поширюються на які б то не було правові і державні явища.

І якраз з огляду на зазначену глобалізацію потреба у формуванні такої — гранично загальної — теорії права і держави стає нині надто актуальною, а це — ще одна причина інтенсифікації філософсько-правових досліджень, про що йшлося вище.

**Деформалізація** об'єкта і предмета загальнотеоретичних праводержавознавчих досліджень теж є однією з тих тенденцій, які відчутно впливають на стан методології наукової юриспруденції.

Зазначена тенденція полягає в тому, що якісні рамки того явища, яке відображається поняттям права, дещо розмиваються, втрачають чіткість. Воно плавно дифузуюється, начебто зливається з деякими суміжними, «родинними» соціальними фе-

номенами: найбільше із мораллю, правовою свідомістю, дослідження яких зазвичай вимагає окремих, специфічних методів.

Цей правоперетворювальний процес теж не є випадковим, він закономірно зумовлений реальними потребами перехідного стану, в якому перебуває нині Україна, зокрема необхідністю забезпечити підвищену динамічність, рухливість, гнучкість державно-юридичних інституцій, їх здатність швидко реагувати на соціальні зміни, пристосовуватись до них (а ці зміни, як відомо, бувають досить неоднозначними, навіть суперечливими і до того ж не завжди прогнозованими).

Деформалізація зачіпає насамперед зміст об'єктивного юридичного права, що знаходить прояв, зокрема, у розширенні сфери загальнодозволеного регулювання і методу диспозитивності, у зростанні у законодавстві питомої ваги відносно визначених норм — оцінних, альтернативних тощо. Але вона стосується також і зовнішніх форм («джерел») цього права, які стають за сучасних умов більш різноманітними, плюралістичними і подекуди набувають так чи інакше ознак працездатності. Такі зрушення у державно-юридичному регулюванні мають загалом гуманістичну, знов-таки людиноцентристську, спрямованість: адже вони дають можливість при вирішенні юридичних справ брати до уваги конкретні особливості кожної життєвої ситуації, ретельніше враховувати і повніше реалізовувати індивідуальні інтереси окремих осіб — суб'єктів правовідносин, забезпечувати не тільки законність і обґрунтованість, а й справедливість правозастосувальних рішень.

Відповідно до цього відбувається новелізація праводержавознавчої методології на основі використання у пізнавальній діяльності здобутків таких наук, як герменевтика, соціопсихолінгвістика, синергетика, що дозволяє глибше збагнути функціональні, адаптаційні, творчі потенції державно-юридичних інструментів та механізми реалізації таких можливостей.

За допомогою подібних пізнавальних засобів можна досить коректно вивчати якраз такі державно-юридичні явища, котрі не є цілком визначеними у формальному аспекті: скажімо, правотлумачний і правозастосувальний розсуд, особливості реалізації юридичних норм з оцінними поняттями, практику визначення «балансу», «пропорційності» між інтересами особи і суспільства (до такої практики, як відомо, систематично вдається Європейський суд з прав людини).

На філософсько-правовому рівні означена тенденція проявилась, наприклад, у тому, що у дефініцію загального поняття права деякі вчені пропонують включити категорію справедливості (хоча вона, як відомо, ніколи не інтерпретувалась та й на-вряд чи коли-небудь буде інтерпретуватись однаково).

У методології ж правознавства внаслідок відзначених змін дістали «друге дихання» такі випробувані дослідницькі інструменти, як діалектична логіка, конкретно-соціологічні дослідження правосвідомості, зокрема громадської думки, узагальнення правозастосувальної, особливо судової практики.

Проте й тут, як видається, не все однозначно. Так, подекуди виникає не виправданий дефіцит формальної визначеності державно-юридичного регулювання. А тим часом якраз ця властивість останнього у багатьох випадках становить значну цінність саме для людини, оскільки забезпечує так потрібну їй нині чіткість, зрозумілість, організованість, передбачуваність правових відносин. І сьогодні не втрачає актуальності відоме обґрунтування того, що формальна визначеність юридичних інструментів — це неабияке особистісне і соціальне благо, що сприяє, зокрема, запровадженню рівності усіх і кожного перед законом і перед судом.

Послаблення формальної визначеності юридичного регулювання не могло не позначитися і на методології праводержавознавства. Нині ж такі засоби наукового (та й практико-прикладного) пізнання, як нормативи і процедури формальної логіки, правила філологічного (текстового) та систематичного тлумачення законодавства, за допомогою яких значною мірою з'ясовується законність чи, навпаки, незаконність діянь, рішень, де що відійшли у тінь, відсунулись на другий план наукознавчих пошуків. А якщо вони й згадуються, то здебільшого у критичному аспекті як знаряддя того юридичного позитивізму (нормативізму), який — за певних соціально-політичних умов — дискредитував себе начебто вщент і вже нічого доброго дати не може.

Однак кожен юрист-практик, якщо він прагне чинити законно, має бути *логіком*, навіть «формалістом» — хоча й у позитивному, соціально корисному сенсі цього поняття. Вихваляння, виправдовування, «оспівування» невизначеності у праві є об'єктивно потуранням сваволі. Дискредитація, «нігілізація» методів, завдяки яким зберігається змістовна визначеність юридичної регламентації, «лле воду на млин» правопорушників.

Прикладом теоретико-методологічної конструкції, спрямованої на розв'язання реально існуючої суперечності між формальною визначеністю і, так би мовити, углядовістю у правовому регулюванні може слугувати досить відома концепція «лібертатно-юридичного» праворозуміння, тривалий час обстоювана російським вченим В. Нерсисянцем. Як би не ставитись до цієї концепції, все ж не можна не схвалювати того, що, висувуючи на перший план природне право (свободу людини), її автор робить це не за рахунок заперечення формальної рівності, а, навпаки, визначаючи останню іманентною, невід'ємною властивістю того явища, яке відображається поняттям права.

На закінчення підкреслимо, що більшість із новелізованих підходів і методів юридичної науки, про які йшлося вище, являють собою, вважаємо, не що інше, як сучасну конкретизацію класичних принципів і вимог діалектики — «вічнозеленої» пізнавальної парадигми суспільствознавства.

*Надійшла до редколегії 25.10.02*

*М. Цвік, академік АПРН України*

## **Про систему юридичних актів**

Недостатня увага, що приділяється багатьом аспектам теорії юридичних актів<sup>1</sup>, є істотною прогалиною у розвитку державно-правових досліджень. Як правило, розглядаючи терміни «юридичний» і «правовий» як синоніми, науковці ототожнюють юридичні акти з правовими<sup>2</sup>. Внаслідок цього у дослідженнях відсутня належна ясність щодо низки аспектів розуміння ознак і змісту цих актів, їх співвідношення, характеру їх зв'язків з нор-

<sup>1</sup> Слід застерегти, що в цій статті увагу звернено на такий різновид цих актів, як акти-державні документи, а акти-дії як різновид правомірної поведінки до предмета дослідження не входять. Стаття може претендувати лише на фрагментарний огляд деяких аспектів теорії юридичних актів, загальну постановку питання про їх природу і види.

<sup>2</sup> Саме таке ототожнення є в російському виданні (див.: Большой юридический словарь / Под ред. А. Я. Сухарева и В. Е. Крутских. — М., 2000. — С. 22, 466), де обидва ці терміни виступають синонімами.

мами права і юридичними приписами. На жаль, і досі не встановлено вплив на теорію юридичних актів загальних положень юридичної науки, відсутня класифікація актів, не проведено аналіз їх окремих видів, не встановлено принципи їх розмежування. Питання про систему юридичних актів багато в чому підмінюється дослідженням різних аспектів системи права.

Необхідність відповідних досліджень гостро відчувається в Україні у зв'язку з потребами правової реформи. Вміле використання великої кількості юридичних актів є необхідним для вдосконалення законодавчих робіт, поліпшення організації державного управління, вдосконалення юридичної практики. Все це повинно сприяти підвищенню значення правової форми в забезпеченні соціального прогресу.

Наслідком недопустимої для юридичної науки термінологічної неохайності у вигляді ототожнення юридичних актів з їх різновидом — правовими актами — є й відсутність у вітчизняній літературі загального наукового поняття юридичного акта, що веде до розчинення правових актів у системі всіх юридичних актів. З такого підходу логічно випливає визнання правовими безлічі актів, які не мають ознак права. Тим часом з аксіоматичного положення про *обов'язково нормативний характер права* безперечно випливає, що ненормативні юридичні акти аж ніяк не можуть визнаватися правовими. А це, в свою чергу, веде до висновку про недопустимість широко розповсюдженого поділу саме правових актів на нормативні та індивідуальні<sup>1</sup>.

Проте і з занадто широкого підходу до поняття правового акта можна одержати певну користь. Прихильники цього підходу сформулювали деякі ознаки, які є спільними для всіх видів юридичних актів. У цьому аспекті може бути використана характеристика акта як письмового документа, що породжує юридичні наслідки<sup>2</sup>; як офіційних владних наказів, що є заєбом регулювання суспільних відносин<sup>3</sup>; як проявів державної волі, спрямованих на досягнення певного юридичного ефекту<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Див., напр.: Юридическая энциклопедия. — М., 1993. — С. 503.

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> Див.: Тихомиров Ю. А., Котелевская И. В. Правовые акты: Учебно-практическое пособие. — М., 1995. — С. 12.

<sup>4</sup> Див.: Алексеев. С. С. Общая теория социалистического права. Курс лекций. — Свердловск, 1996. — С. 7.



Правильну, хоча і гранично загальну, характеристику юридичного акта ми знаходимо у Ж.-Л. Бержеля, який означає його як «акт, що вносить зміни в юридичну ситуацію»<sup>1</sup>.

В юридичних актах слід перш за все бачити форму, що складається із окремих приписів, за допомогою якої функціонують усі елементи правової системи. Ця форма повинна бути змістовною. Зміст юридичного акта залежить від характеру суспільних відносин, що ним регулюються (матеріальний зміст); від характеру відображення в ньому державної або народної волі (вольовий зміст); типу і характеру правових приписів, що ним встановлюються, і особливостей відображення в ньому вимог справедливості, законності і доцільності (юридичний зміст). Юридичний акт формулюється уповноваженими державними органами або іншими ініціаторами його видання і затверджується цими суб'єктами або на референдумі.

В цілому дія всієї системи юридичних актів забезпечує впорядкування та ранжирування правових норм, приписів, надає формальної визначеності нормативним та іншим проявам юридичної матерії. Все це, безумовно, сприяє досягненню та підвищенню ефективності правового регулювання.

Відмінність змісту юридичних актів є головним критерієм їх класифікації. Цей зміст можуть становити як нормативні правила поведінки, так і ненормативні положення. Відповідно нормативні акти (в тому числі правові) та ненормативні є головними підсистемами в загальній системі юридичних актів, підґрунтям якої виступає не тільки система права, а й правова система в цілому.

Провідною і найбільш поширеною формою існування права в Україні є законодавство<sup>2</sup>, яке, в свою чергу, складається із системи нормативних актів. Треба зробити застереження, що термін «нормативний акт» має певною мірою умовний характер. По-перше, лише частина актів, які мають відповідну юридичну форму нормативного акта, є завжди нормативними (закони, інструкції міністерств, відомств), а більшість (укази, постанови уряду, місцевої адміністрації тощо) — як нормативними, так і ненормативними. По-друге, навіть ті акти, що дійсно є нормативними (наприклад, закони), на практиці час від часу можуть містити в

<sup>1</sup> Див.: Бержель Ж.-Л. Общая теория права. — М., 2000. — С. 433.

<sup>2</sup> У цій статті термін «законодавство» вживається в широкому розумінні — як система всіх видів державних нормативних актів.

собі ті чи інші ненормативні положення. В такому випадку нормативними слід вважати ті акти, більша і найбільш вагома частина приписів яких містять нормативні положення.

Існування нормативних актів підтверджує, що не тільки право, а й законодавство має власну структуру. Але відомо, що первісним елементом у структурі права є правова норма, а у структурі законодавства — законодавчий припис. Законодавство є головною формою існування права. Воно, як й інші правові форми, складається із законодавчих правових приписів.

Ці відомі положення є підставою для рішучого заперечення спроб протиставлення, з одного боку, юридичних і правових, та з іншого — правових і законодавчих норм<sup>1</sup>. Вони є методологічно неспроможним і суперечить вимогам понятійної культури. По-перше, ідея про існування юридичних норм, відокремлених від норм правових, є некоректною і некорисною, оскільки кожна, в тому числі й неправова, формально визначена норма має юридичний характер. По-друге, серед юридичних норм, які є правовими, є й такі, що виникають до появи законодавчих актів у вигляді судової і адміністративної практики і санкціонування державними органами, що народжуються, певних інших соціальних норм. Щодо законодавства, то оскільки його складовими є не норми, а приписи, то воно здатне виступати лише як форма існування відповідних правових норм. Отже, в правовій сфері діють не три види норм — юридичні, правові і законодавчі, а єдина нормативна категорія — норма права.

*Правові акти* стоять над усіма іншими юридичними актами. В їх нормативних приписах найбільш повно і концентровано втілюється всезагальна справедливість. Теорія правових актів є досить докладно розробленою юридичною наукою<sup>2</sup>, зокрема означено їх систему та ієрархічну супідрядність, проведено їх поділ на такі види, як галузеві й міжгалузеві, загальні й спеціальні, матеріальні й процесуальні, постійні й тимчасові, звичайні й надзвичайні, локальні тощо.

<sup>1</sup> Таке розмежування пропонує, наприклад, В. Гайворонська (див.: *Гайворонская В. К вопросу о понимании правовых и юридических норм // Правоведение. — 2001. — № 3*).

<sup>2</sup> Див., напр.: *Тихомиров Ю. А., Котелевская И. В.* Вказ. праця; *Полинина С. В.* Законотворчество в Российской Федерации. — М., 1996; Закон: создание и толкование / Под ред. А. С. Пиголкина и др. — М., 1998; *Богущий В. В.* Акты государственного управления: Текст лекций. — Х., 1998 та ін.

Як уже зазначалося, з усіх юридичних актів тільки правові містять норми права. Для їх відмежування від інших юридичних актів необхідне чітке означення сукупності ознак нормативності. До них слід віднести: а) загальний характер (неперсоніфікованість) їх змісту; б) можливість багаторазового застосування до передбачених нормою типових ситуацій; в) первісність сформульованих у них прав і обов'язків. Термін «правовий акт» доречно використовувати лише щодо тих юридичних актів, яким перш за все властиві перелічені ознаки, актів класичних, які складаються із приписів, що містять норми-масштаби поведінки.

Особливе місце в системі юридичних актів посідають ті з них, що містять поряд зі звичайними правовими приписами також принципи. До цих актів належать перш за все конституції, декларації та відповідні фундаментальні акти в різних галузях законодавства. Порівняно з приписами, що містять масштаби поведінки, їх приписи відрізняються підвищеним рівнем нормативності. Не формулюючи конкретного правила поведінки, приписи-принципи в загальній формі вказують на можливий або необхідний напрямок поведінки суб'єктів суспільних відносин. У літературі їх неточно називають нормами-принципами. В дійсності приписи-принципи не є нормами в звичайному розумінні цього слова. Вони істотно відрізняються від приписів-норм. Якщо норма-масштаб є еталоном для вирішення тільки однотипових життєвих ситуацій, то на принципи зобов'язані спиратися всі суб'єкти незалежно від конкретних життєвих обставин, з якими вони стикаються. Принципами насичені всі норми. Вони є своєрідними згустками, нервовими центрами права, що цементують усю його систему. Їх вимогам повинні відповідати і підкорятися всі правові норми, щодо яких принципи мають пріоритет. Саме тому приписи-принципи мають підвищено концентрований правовий характер. Звідси випливає висновок про те, що їх зміст слід не зводити до одного з видів правових норм, а розглядати як самостійний елемент системи права. Тому оптимальним є *розуміння права як системи не просто норм, а норм і принципів.*

Не зазіхаючи на негайне термінологічне оновлення нашого законодавства, слід зазначити, що зауваження викликає використання навіть такого фактично пануючого в тексті чинних нормативних актів і юридичній літературі терміна, як «нормативно-правовий акт». Його вживання веде до термінологічних

надлишків і порушення правил законодавчої техніки. Річ у тім, що вказівка на правовий характер акта поглинає його означення як акта нормативного, тому використання терміна «правовий акт» має безумовну перевагу як більш економне.

В цілому треба дійти висновку, що правове не слід ототожнювати з юридичним, а систему юридичних актів — із системою правових актів. Правовий акт завжди є юридичним, у той час як далеко не кожний, а тільки такий юридичний акт, що має ознаки нормативності, може бути визнаний правовим.

Щодо юридичних актів ненормативного характеру, то їх природа (за винятком актів застосування і тлумачення права) залишається майже недослідженою. Нерідко відсутня навіть термінологічна визначеність їх різних видів. Тим часом існує велика кількість різноманітних за природою і функціональним призначенням видів цих актів, що вже само по собі обумовлює необхідність проведення відповідних досліджень. Крім актів правотлумачення і правозастосування до відповідного понятійного ряду слід віднести також акти правоскасовуючі, праводелегуючі, правоініціюючі, правопризупинуючі, правоохвалуючі, акти призначення і звільнення, акти правосуддя, акти контрольні, наглядові, вето, ратифікації, запити, подання, інформаційні, консультативні та ін.

Всі юридичні акти ненормативного характеру є вторинними щодо правових, мають допоміжний характер і виконують різноманітні функції — процедурні, конкретизуючі, індивідуалізуючі (персоніфікуючі), оперативного управління, означення умов, строків і характеру дії правових нормативних актів тощо.

Серед нормативних і ненормативних актів варто розрізняти акти *правомірні і неправомірні* (дефектні). Факт наявності у різних видів актів певної юридичної форми не є сам по собі свідченням їх належної спрямованості. Соціальну цінність мають лише ті з них, які є правомірними. З цих позицій система чинних юридичних актів складається із нормативних правових, нормативних неправових, ненормативних правомірних і нормативних неправомірних.

Стосовно нормативних актів відомо, що не всі вони мають правовий характер. Деяким із них властиві значні відхилення від конститутивних ознак права. До першої групи таких актів належать ті, що є дефектними за своїм змістом, тобто є неправовими. Йдеться про акти, які узаконюють свавілля, видані з пе-

ревищенням повноважень державних органів, є помилковими, внаслідок чого суперечать вимогам соціального прогресу.

Другим різновидом неправових нормативних актів є такі, що не відповідають докорінним ознакам права, а саме: здатності впливати на суспільні відносини, загальнообов'язковості і гарантованості їх виконання, застосування до порушників державного примусу. Велику групу серед них становлять акти, що є фактично нечинними, містять так звані мертві норми (*jus pudum*). Вони з'являються внаслідок фактичного припинення дії певних актів, які застаріли і перестали відповідати суспільним відносинам, що їх породили; відсутності належної матеріальної бази та організаційних умов для їх виконання. Нечинними є акти, які були видані в популістських цілях і щодо яких немає шансів на реальне забезпечення їх реалізації.

Не належать до правових, хоча і не можуть бути визнані дефектними, й так звані рекомендаційні акти, виконання приписів яких для адресатів не є обов'язковим. Їх віднесення в літературі до правових можна пояснити лише нерозробленістю загальної теорії юридичних актів. Деякі автори нібито не помічають відсутність у нормах, формою яких виступають ці акти, таких властивих праву конститутивних ознак, як обов'язковість його вимог і можливість застосування за їх невиконання державного примусу. В той же час заперечення правового характеру таких актів аж ніяк не принижує їх значення. Більш того, процеси загальної деєтатизації в господарській сфері, що відбуваються в умовах сьогодення, дають підстави для подальшого підвищення значення таких рекомендацій для діяльності автономних суб'єктів суспільних відносин. Але з погляду юридичної оцінки рекомендаційні акти є не правовими, а юридичними актами *sui generis*, тобто займають самостійну нішу в їх системі.

Спірним є питання про правову природу правоскасовуючих актів. Останнім часом популярним стало твердження про те, що при скасуванні правової норми «суд фактично створює нову норму»<sup>1</sup>. Таке визнання пов'язане з поділом правотворення на позитивне і негативне. Якщо позитивним правотворенням визнається процес створення нових, то негативним — процес скасування старих правових актів, що «по суті рівнозначно

<sup>1</sup> Див.: Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права // Судебная практика как источник права. — М., 1997 — С. 8.

прийняттю іншого нормативного акта»<sup>1</sup>. Але такий підхід аж ніяк не є переконливим. Правоскасовуючі акти цілковито позбавлені ознак нормативності. Вони не формулюють нові правові приписи, а виконують виключно руйнівну роботу. Навіть суто термінологічно формула «законоскасування» є антиподом формули «законотворення». Видання правоскасовуючого акта не означає, а лише підготовлює (до того ж не в усіх випадках) заміну старих приписів новими. Отже, правоскасовуючий акт виконує лише допоміжні функції, і хоча й вносить зміни в правову ситуацію, але нормативним його не може бути визнано. Таке визнання суперечить вимогам логіки, оскільки прирівнює роботу по скасуванню неконституційних, незаконних або застарілих актів до творчого процесу правозакріплення і правотворення.

На відміну від правових нормативних актів, які забезпечують постійність і стабільність правового регулювання, ненормативні юридичні акти є об'єктивно необхідною передумовою формування, дії і реалізації правового законодавства. Різноманітність цих актів обумовлює існування в їх середовищі окремих підсистем. Вони так чи інакше прив'язані до правових актів. Наявність системи ненормативних актів викликає необхідність комплексного дослідження її складових, встановлення юридичної природи окремих видів актів і системних зв'язків між ними, здійснення їх класифікації, встановлення взаємовпливу.

Окремі групи ненормативних юридичних актів необхідно розглядати як результати певних різновидів державної діяльності по формуванню, створенню, розвитку, вдосконаленню, реалізації та припиненню дії законодавства як форми існування права. Ці юридичні акти є підставою виникнення, зміни або припинення правовідносин у державно-правовій сфері, тобто юридичними фактами. При цьому окремі їх групи в їх співвідношенні з правовими актами мають ті чи інші особливості.

Як уже наголошувалося, ненормативні акти, як і нормативні юридичні, поділяються на дві великі групи — можуть бути як правомірними, так і неправомірними. Велика кількість ненормативних актів породжує і безліч властивих їм дефектів, які перетворюють їх на неправомірні. Серед них можна назвати помилковий, такий, що не відповідає закону, умовам і потребам

<sup>1</sup> Див.: Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права // Судебная практика как источник права. — С. 19.

життя, зміст акта, порушення встановленої законом процедури його прийняття, передчасність або запізнення його появи, неможливість реалізації прийнятого акта тощо. В цілому неефективними, неправосудними, або відкрито свавільними має бути визнано всі ненормативні акти, прийняті з порушенням прав людини, вимог і принципів законності в сфері як матеріального, так і процесуального права, які є недоцільними та необґрунтованими. Особливу небезпеку становить практика видання актів, які завідомо не можуть бути виконані внаслідок відсутності належних матеріальних, організаційних умов для їх реалізації або саботажу з боку чиновників. Наявність таких явищ викликає необхідність встановлення суворої юридичної відповідальності за умисне невиконання прийнятих компетентними органами актів ненормативного характеру. На особливо суворе покарання заслуговує невиконання рішень судових органів.

Головним методологічним критерієм для визначення природи окремих юридичних актів є їх дослідження у зв'язку з докорінними проблемами правознавства. Йдеться перш за все про праворозуміння, правові принципи, правотворення, систему права і законодавство тощо. Так, з розуміння права як складної нормативної системи, що існує нібито на двох рівнях<sup>1</sup>, треба виходити при проведенні первинної класифікації нормативних актів. Перший рівень існування права, що характеризується появою актів визнання, схвалення і захисту державою суспільних відносин, які постійно повторюються, на базі чого складаються основи правового регулювання, можна характеризувати як правозакріплення. На другому рівні виникає потреба у створенні уточнюючих ці основи більш докладних і конкретних нормативів. Ця робота здійснюється державою шляхом видання актів, в яких ці потреби безпосередньо формулюються і які мають правовстановлюючий характер. Таким чином, двом рівням нормативності відповідає поділ відповідних юридичних актів на *правозакріплюючі* і *правовстановлюючі*, що має фундаментальне значення. Вони виникають відповідно на першому і другому етапах правотворення. Правовстановлюючі юридичні акти мають менш загальний, а правозакріплюючі — більш загальний характер. Безпосередньо держава формулює лише правовстановлюючі акти. Тільки до їх встановлення можливе

<sup>1</sup> Див.: Цвік М. В. Про сучасне праворозуміння // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — №4 (27). — С. 5.

застосування терміна «правотворчість», якому в сучасній юридичній літературі надають набагато більш широкого змісту. Правозакріплюючі акти мають пріоритет щодо правовстановлюючих, які є похідними від них. Але обидва зазначені види актів є не тільки юридичними, а й правовими. Вони завершують процес правотворення або безпосередньо створюють нове право.

Значущим при дослідженні питання про співвідношення окремих видів юридичних актів є з'ясування юридичної сили кожного з них. Слід рішуче відкинути зведення юридичної сили акта до аксіоматичного положення про його здатність «реально діяти», породжувати юридично обов'язкові наслідки<sup>1</sup>. Насправді вимір юридичної сили повинен будуватись на порівнянні актів залежно від їх призначення, форми, змісту і супідрядності. При врахуванні всіх названих чинників першочергове значення для встановлення юридичної сили акта мають вимоги відповідності за змістом нижчестоящих актів вищестоящим, ненормативних актів — однотиповим нормативним, можливості скасування одних актів іншими.

В умовах дії принципу поділу влади викладені положення потребують деяких застережень. Оскільки органи кожної гілки влади мають у своєму віданні чітко окреслене коло питань, далеко не в усіх випадках коректною є навіть загальна постановка питання про співвідношення за юридичною силою актів органів, що належать до різних гілок влади. З правила про відокремленість різних гілок влади впливає неможливість видання органами однієї з них таких за змістом актів, що є предметом відання іншої гілки влади. Тому в деяких випадках порівняння їх актів за юридичною силою стає недоречним. У межах однієї гілки влади юридичні акти, змістом яких є питання основної частини компетенції окремих органів (основні акти), мають більш високу юридичну силу щодо допоміжних актів, правовстановлюючі — щодо правореалізуючих. Разом з тим із цих загальних правил існують винятки. Головний із них впливає з конституційного принципу верховенства закону. Завдяки встановленню ним відправних засад правового регулювання закон завжди має вищу юридичну силу. Підвищена юридична сила властива також тим актам державних органів, що приймаються в порядку здійснен-

<sup>1</sup> Див., напр.: *Лазарев В., Липень С. В. Теория государства и права.* — М., 1998. — С. 236, 315.



ня притаманних системі поділу влад стримувань і противаг, коли в окремих питаннях відбувається «вторгнення» органів однієї гілки влади до сфери повноважень іншої. В цих випадках окремим ненормативним юридичним актам може бути властива більш висока юридична сила, ніж нормативним актам, з якими вони пов'язані (правоскасовуючі рішення Конституційного Суду).

Щодо судової влади, то Конституція України не передбачає прийняття судами нормативних актів. Багатофункціональність судових актів обмежується здійсненням ними поряд з правосуддям також таких самостійних функцій, як тлумачення норм права і контроль. При цьому приписи офіційного (автентичного і такого, що здійснюється Конституційним Судом) тлумачення стають загальнообов'язковими при вирішенні всіх справ відповідної категорії, тобто мають ознаки прецеденту. На цій підставі в юридичній літературі їх відносять до актів так званого нормативного тлумачення. Завдяки постійному застосуванню до передбачених витлумаченою нормою типових ситуацій, такий інтерпретаційний акт має ознаки, що зближують його з правовими приписами. Але разом з тим він не має усіх ознак нормативності — не створює нових правил поведінки, а лише роз'яснює зміст вже існуючих правових приписів. З цих позицій можна констатувати, що цей акт не є зразком нормативності і має, умовно кажучи, «прикордонний характер», а тому не може бути безумовно віднесений до розряду правових.

*Надійшла до редколегії 05.10.02*

**Ю. Клімашевська**, завідувачка лабораторії проблем інформатизації судочинства НДЦПІ АПрН України,  
**В. Савицький**, заступник директора НДЦПІ АПрН України,  
**М. Швець**, директор НДЦПІ АПрН України, професор

## **Сучасні проблеми інформатизації судочинства**

Інтенсивне проникнення комп'ютерної техніки та інформаційних технологій в життя і діяльність людини є фактом неза-

перечним, і на цьому шляху одержані вагомі результати. Важливі завдання вирішуються в рамках Національної програми інформатизації України. Потужні системи розроблено для підтримання діяльності законодавчої влади в Україні. Активно ведуться роботи по створенню систем в органах державної влади. І хоча скаржитися на власну історію — це однаково, що плакати над своєю долею, мусимо зазначити, що комп'ютерне та інформаційне забезпечення діяльності судової системи аж ніяк не можна визнати задовільним. Відсутні засоби електронної пошти, немає доступу до баз даних правової інформації, відсутні автоматизовані системи діловодства та документообігу. І, на жаль, результати, одержані у Верховному Суді, в системі господарських судів, деякі інші спроби впровадження інформаційних систем не в змозі зняти всю гостроту проблеми. Вирішення цих завдань відзначаються істотними недоліками щодо системності, не розроблено стандарти щодо цілей та шляхів їх досягнення, недостатньо враховується світовий досвід. Це загрожує хаосом, недоцільними фінансовими, трудовими витратами, одержанням неузгоджених результатів і т. ін.

Однією з причин такого стану справ є повна відсутність фахівців з проблем інформатизації в судах. Внаслідок цього з питань інформаційних технологій дуже часто приймаються необгрунтовані рішення. І базуються такі рішення не на фактах, а на тому, наскільки яскравими фарбами зуміють подати свої обіцянки розробники-заробітчани тих чи інших технологій, не знаючи проблем судочинства та методів їх вирішення, особливо на міжгалузевому рівні. Найчастіше це звучить приблизно так: «Ми зробимо так, щоб ви натиснули одну «кнопочку» — і все одержали». І люди, змучені нескінченними стосами паперів, їх писанням і переписуванням, їх пересиланням, охоче вірять таким обіцянкам. Тільки в результаті тривалого процесу розробки та впровадження таких систем стає зрозумілим, як багато потрібно коштів і скільки організаційних і кадрових питань треба вирішити для того, щоб, натиснувши багато «кнопочок», дещо одержати. І це ще добрий результат. Часто ж трапляється, коли ніщо не одержано.

Якщо звернутися до досвіду інших країн, можна навести приклади централізованого, системного вирішення завдань впровадження інформаційних технологій. В Росії судовий де-

партамент здійснює на засадах єдиного системного підходу забезпечення діяльності всіх судів (у 1999 р. судовим департаментом прийнято концепцію інформатизації судів, схвалену Радою суддів Російської Федерації 29 жовтня 1999 р.). У Сполучених Штатах Америки створено Лабораторію судових технологій, яка здійснює експертну оцінку технологій, що повинні впроваджуватися в судах.

На жаль, положення Закону України «Про судоустрій України» не сприяють такому системному підходу до вирішення питань впровадження інформаційних технологій в судах України.

Згідно зі ст. 120 цього Закону головними розпорядниками коштів Державного бюджету визначено: Верховний Суд України, Вищий господарський суд України, Вищий адміністративний суд України, Державну судову адміністрацію.

Отже, маючи чотирьох розпорядників коштів, можна очікувати і незалежних розробок інформаційних систем для судів. І вже на сьогодні маємо такі приклади:

1) у Верховному Суді на платформі Oracle розроблено і впроваджено з 1998 року систему КАРС;

2) у системі господарських судів на платформі Inter Base теж розроблено і впроваджено систему в господарських судах усіх рівнів;

3) у рамках проекту за програмою Верховенства права ведуться розробки системи для міських та апеляційних судів з використанням платформи Microsoft SQL Server;

4) окремі приклади систем напівпрофесійного, а то й цілком «аматорського» виконання.

Таким чином, в єдиній, з точки зору «виробничих» процесів, судовій системі маємо різні системи автоматизованої обробки даних. Різними є технічні платформи, закладені ідеї, принципи, ступінь готовності систем та рівень їх використання. Істотно різняться фінансові затрати як на розробку, так і на підтримання їх працездатності. І це в ситуації, коли жодна з цих систем не має повного публічного опису, зіставлення і обговорення. Тільки деяку порівняльну характеристику цих систем може дати дуже вузьке коло фахівців. Але навіть така характеристика не завжди доведена до відома осіб, які приймають рішення. Треба чітко усвідомлювати, що впровадження інформаційних технологій пов'язане зі значними інвестиціями як на

етапі їх розробки, так і в процесі подальшого супроводу. Тому вкрай важливим є чітке формулювання проміжних і кінцевих цілей процесу інформатизації, обґрунтованого вибору шляхів їх досягнення.

Це стосується діяльності державних структур, а відтак, і бюджетних коштів. Навіть за умови позабюджетного фінансування слід враховувати участь працівників державних установ у розробках, випробовуваннях а потім і у використанні систем. Отже, має бути створено колектив із залученням фахівців усіх причетних професій для всебічного вивчення питання. Адже йдеться про автоматизацію діяльності, яка регулюється процесуальним законодавством. Тому в роботі по створенню відповідних систем разом з програмістами-розробниками повинні брати участь фахівці даної предметної галузі. Тільки в такому випадку можна розраховувати, що на шляху стандартизації та структуризації даних, формалізації правил і фактів не буде зроблено відхилень від норм законодавства.

Окремо слід підкреслити необхідність відкритого обговорення технічних рішень. На світовому ринку інформаційних технологій працюють багато фірм, які можна назвати «законодавцями» в цій галузі. Але вся продукція, що випускається цими фірмами, детально аналізується експертними лабораторіями. Результати такого аналізу та зіставлення друкуються в численних виданнях як за кордоном, так і у нас. Отже, придбаваючи той чи інший продукт, завжди можна орієнтуватися на думку неупереджених експертів. Що стосується судів, то, як уже зазначалося, маємо три дуже різні розробки автоматизованих систем для них. І подальший розвиток справ у цьому напрямку важко прогнозувати.

Чому Oracle, можливо Inter Base достатньо? Щоб відповісти на це запитання, треба охарактеризувати інформаційні потоки у судовій діяльності та діяльності правоохоронних органів, інтенсивність їх оновлення та спосіб використання. Якщо йдеться про впровадження системи діловодства та документообігу, то наскільки судове діловодство відрізняється від традиційного діловодства та діловодства інших відомств? Якщо маємо потребу в розробці спеціалізованої системи (як зроблено, наприклад, для завдань бухгалтерського і кадрового обліків), то чи можна з деякими модифікаціями застосовувати існуючі автоматизовані системи діловодства та документообігу? З якими витратами

пов'язана така модифікація? А перелік і характеристика функцій та операцій, які підлягають автоматизації, — чи є узгоджене і затверджене бачення в цьому питанні?

Стосовно роботи судової установи в цілому важко зрозуміти, як при такому навантаженні і за повної відсутності нормальних умов праці судді України ще здатні розглядати справи і здійснювати правосуддя. Через це питання «Автоматизація діяльності судових канцелярій — це добре, але що зроблено безпосередньо для судді?» — є надзвичайно актуальним і цілком правомірним. Слід визнати, що значна кількість не завжди сумлінних виконавців програмного забезпечення відразу, «з порогу» обіцяють оту, вже згадувану «одну кнопочку». А разом з тим, чи можна уявити, що справа відразу з експедиції лягає на стіл судді для розгляду? Ні. Спочатку кожна справа має бути зареєстрована, має бути заповнено численні картки, форми, журнали. І саме завдяки існуванню цих вторинних документів готуються довідки і звіти, за допомогою яких, з одного боку, можна здійснювати управління процесом розгляду справ (одержувати об'єктивну інформацію про стан розгляду справ, аналізувати завантаженість суддів, здійснювати розподіл справ на розгляд і т.д.), а з другого боку — це є частина інформаційного матеріалу, який допомагає судді приймати рішення. Іншого шляху не існує — спочатку створюється база даних, потім — функціональна система, і вже потім, на підставі зробленого, із залученням інших відомчих і зовнішніх інформаційних ресурсів створюються аналітичні, експертні системи. І «нечесність» виконавців полягає в тому, що вони, обіцяючи, або мають дуже слабкі знання з предмета судової діяльності, або, маючи такі знання, спекулюють на труднощах за принципом «головне — гроші». Адже їм добре відомо, що, ставши на шлях розробки інформаційної системи, дуже важко, майже неможливо, змінити виконавця.

Судовий розгляд справи відбувається шляхом її проходження від суду першої інстанції по вертикалі до Верховного Суду. Так проходить паперова справа. Отже, від суду однієї інстанції до суду іншої може передаватися «електронна проекція» цієї справи. Звичайно, можна передавати файли, домовлятися про формати даних і заносити їх у свої бази, можна будувати складні конструкції інтерфейсу між системами. Але такий шлях уже немає нічого спільного із сучасними досягненнями України в галузі розробки

інформаційних систем, розподілених банків даних і сховищ документів. І якщо мислити категоріями, усталеними вже на сьогодні в галузі інформаційних технологій, пам'ятати про день завтрашній, то замість того, щоб збільшувати кількість предметно неузгоджених, технічно несумісних, сумнівно перспективних систем, слід приступити до розробки принципів створення інформаційних систем для судів, базованих на системному підході до цілей, технічних рішень, з використанням сучасних інформатизаційних і телекомунікаційних досягнень.

Такий підхід до справи дозволить створити інтегровані банки даних, забезпечити суди відповідними інформаційно-пошуковими системами, сертифікованими засобами захисту інформації. Тільки в рамках єдиного системного підходу можна уникнути дублювання, суперечностей і неузгодженості, нераціонального використання коштів і людських ресурсів.

Вирішення завдань автоматизації судового діловодства та створення систем документообігу слід розглядати тільки в аспекті створення єдиної інтегрованої системи судочинства, пов'язаної і взаємодіючої з системами інших відомств. З огляду на результати, досягнуті в процесі інформатизації органів внутрішніх справ України, слід розраховувати на позитивні результати від впровадження в судах систем, які забезпечать необхідний доступ до електронних інформаційних матеріалів, що накопичуються у відповідних базах даних органів внутрішніх справ під час досудового розгляду справи.

Впровадження систем електронного документообігу скоротить час і спростить роботу по передачі справ і матеріалів між різними правовими інституціями, що охоплюються процедурами судочинства. Стандартизація облікових документів (статистичної картки на особу, що вчинила злочин, статистичної довідки про судимість і т.д.), їх передача від установи до установи, формування єдиних принципів і форм статистичної звітності сприятимуть істотному підвищенню рівня боротьби зі злочинністю, захисту прав і свобод громадян України. Важливо відзначити, що забезпечення доступу до баз даних, впровадження автоматизованих робочих місць, що включає в себе автоматизацію створення та зберігання процесуальних документів, значно полегшать роботу суддів і тим самим сприятимуть істотному підвищенню якості розгляду судових справ.

Отже, в Україні в системі судочинства вкрай важливо об'єднати зусилля наукових, практичних установ, узагальнити досвід впровадження автоматизованих систем в діяльність тих правових інституцій, які складають систему судочинства. На підставі цього слід чітко визначитися з концепцією, визначити головну установу з виконуваних по цьому напрямку робіт, інших виконавців, передбачити джерела фінансування. І кожен рік, навіть кожні півроку зволікання у вирішенні цих питань ускладнюють ситуацію, втягують усі правові інституції у прийняття непрофесіональних рішень, спричиняють нераціональне використання коштів та людських ресурсів, що аж ніяк не йде на користь судовій реформі, державному будівництву.

Підкреслюючи системні підходи до вирішення проблем інформатизації у судовій діяльності України, не можна не звернути увагу на правові аспекти цього питання. Так, на сьогодні чинним законодавством України не визначено вимоги, правила, механізми та фінансування щодо створення, функціонування і використання в Україні банків даних у сфері правоохоронної діяльності. Відсутність відповідних нормативних актів, інструкцій, положень не дозволяє на сучасному рівні вирішувати питання накопичення та обміну інформацією між міністерствами, установами та відомствами, що істотно впливає на строки і якість їх функціонування.

З прийняттям Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» склалася ситуація, при якій весь комплекс проблем по впровадженню тієї чи іншої інформаційної системи зводиться безпосередньо до процедури закупівлі і тому вирішується виключно тендерним комітетом. Так, коли йдеться про придбання типових робіт (послуг, товарів) за умови, що на ринку України можна розраховувати на численні пропозиції з таких закупівель, то питання справді полягає тільки в одержанні та оцінці цих пропозицій. Але і в даній ситуації, враховуючи вже згадувану проблему відсутності фахівців з проблем інформатизації в судах, виникає питання: наскільки тендерні комітети компетентні в прийнятті рішення про перевагу якоїсь певної пропозиції над іншими? На нашу думку, слід звернути увагу на експертне забезпечення прийняття таких рішень. За аналогією можна звернутися до порядку надання експертних висновків при розгляді справи в системі судочинства, чітко ви-

значити, як і до кого слід звертатися за одержанням експертних висновків і як такі висновки повинні надаватися.

Наприклад, щоб встановити причину смерті, потрібен висновок експерта, оформлений згідно із законодавством. Аналогічну відповідальність має бути впроваджено і у сфері інформаційних відносин.

Ще гостріше стоїть питання у випадках, коли йдеться про розробку інформаційної системи, особливо коли розробка таких систем здійснюється вперше. При вирішенні всього комплексу питань, пов'язаних із розробкою, закуповуватися повинні і послуги, і роботи, і товари. Слід звернути увагу на положення, закріплені в постанові Кабінету Міністрів України від 4 лютого 1998 р. № 121 «Про затвердження переліку обов'язкових етапів робіт під час проектування, впровадження та експлуатації систем і засобів автоматизованої обробки та передачі даних». Зазначені роботи складаються з таких етапів:

- техніко-економічне обґрунтування необхідності створення системи або розробки засобу автоматизованої обробки та передачі даних;
- розробка технічного завдання на створення системи або засобу автоматизованої обробки та передачі даних;
- розробка технічного проекту системи або технічної і нормативної документації на засіб автоматизованої обробки та передачі даних;
- підготовка персоналу, який повинен забезпечувати функціонування системи;
- виконання пусконаладжувальних робіт;
- проведення випробувань з приймання системи;
- виконання робіт відповідно до гарантійних зобов'язань;
- післягарантійне обслуговування системи.

Для прикладу розглянемо проблему впровадження систем звукозапису в залах судових засідань. У чому полягає процедура повного фіксування судового процесу? Ось перше питання, на яке слід дати відповідь. Найповніше на це відповідають В. Стефанік і Н. Лукашкова у «Віснику Верховного Суду України» (2001. — № 2). Але стаття — це матеріал, на який треба орієнтуватися. А при вирішенні загальнодержавної проблеми має бути затверджене на державному рівні бачення проблеми і шляхів її вирішення. І тільки так можна уникнути ситуації «хто — в ліс, а хто — по дрова».



Європейські країни стрімко прямують шляхом створення інформаційного суспільства, як того вимагають демократичні засади цих країн. Україні згідно з проголошеним нею курсом вступу до Ради Європи треба якомога швидше напрацювати відповідні закони та інші необхідні нормативні акти у сфері збирання, накопичення, опрацювання, використання та обміну інформацією між усіма установами, задіяними у правоохоронній та судочинній діяльності.

Для цього треба скористатися досвідом вирішення проблем інформатизації, набути як за радянських часів, так і в сучасних умовах розвитку незалежної України. Створення у 2001 р. Науково-дослідного центру правової інформатики Академії правових наук України та залучення до роботи у ньому фахівців-практиків з великим досвідом вирішення питань інформатизації правоохоронної та судової діяльності надають можливість у стислі строки систематизувати набутий досвід для створення та прийняття концептуальних засад з проблем інформатизації у цій сфері. За основу можна взяти розроблені та затверджені у МВС України Концепцію та Програму інформатизації органів внутрішніх справ України на 2000–2005 роки, досвід інформатизації підрозділів Міністерства юстиції, Верховного Суду і Генеральної Прокуратури України та Верховної Ради України.

Такий досвід доводить, що інформатизація починається з визначення і затвердження системи обліків: яка інформація і яким чином буде збиратися, оброблятися і використовуватися. Наприклад, таким документом у правоохоронній діяльності є «Інструкція про єдиний облік злочинів», яка розробляється і затверджується Генеральною прокуратурою України, Міністерством внутрішніх справ України, Службою безпеки України, Державною податковою адміністрацією України та Міністерством юстиції України. Відповідно до цієї Інструкції система єдиного обліку злочинів і осіб, які їх вчинили, базується на реєстрації злочинів з моменту порушення кримінальної справи на осіб, які вчинили злочини, з моменту затвердження прокурором обвинувального висновку або винесення вмотивованої постанови про направлення справи до суду для вирішення питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності і на подальшому коригуванні цих даних залежно від наслідків розслідування та судового розгляду справи. В той же час згідно з п. 3 р. 1 Ін-

струкції правила єдиного обліку злочинів поширюються лише на органи прокуратури, органи внутрішніх справ, податкової міліції та Служби безпеки України, залишаючи невизначеними перелік та порядок обліків для судів, хоча єдина система обліку злочинів та осіб, які їх вчинили, визначає форми облікових документів, якими можуть користуватися і суди. Це стосується безпосередньо довідки про наслідки розгляду кримінальної справи судом — статистичної картки форми 6.

Інструкцією визначено, що реєстрація злочинів, осіб, які їх вчинили, кримінальних справ, розслідуваних прокурорами, слідчими прокуратури, слідчими і органами дізнання МВС, податкової міліції, їх облік, обробка, ведення статистичної звітності здійснюються органами внутрішніх справ та Службою безпеки України. Звичайно, ці обліки в першу чергу враховують специфіку та інтереси цих відомств.

Суди, до яких справи надходять у паперовому вигляді, змушені вводити всю інформацію до баз даних повторно і багаторазово. Розробка та впровадження єдиної системи діловодства та документообігу матимуть позитивні результати на шляху поліпшення умов праці в судах (а відтак — підвищення продуктивності їх діяльності).

З прийняттям нового Кримінального Кодексу України, Закону «Про судоустрій України» посилилася роль судів, які встановлюють тепер порядок подальшого розгляду справи, а отже, вага та значущість їх інформаційних систем. Важливим напрямком діяльності Верховного Суду України, вищих апеляційного та касаційного судів України є вивчення та узагальнення судової практики (п. 3 ч. 1 ст. 26, п. 2 ч. 1 ст. 33, п. 2 ч. 1 ст. 39, п. 5 ч. 2 ст. 47 Закону «Про судоустрій України»). І якщо відстоювати засади єдності судової практики, забезпечення однакового застосування законодавства всіма судами загальної юрисдикції, то зрозумілим стає важливість існування в Україні єдиного класифікатора матеріалів судової практики, що, крім сказаного, є абсолютною передумовою створення баз даних цих матеріалів та забезпечення доступу до них суддів, всіх інших осіб, які проявляють правомірний інтерес до судової практики.

Поставлені завдання можна вирішити на основі плану спільних заходів єдиного координаційного центру на базі підрозділів системної інформатизації Верховної Ради України, МВС,

Верховного Суду, Вищого господарського суду, Генеральної прокуратури України, НАН України та АПРН України, відповідним чином трансформували їх структури та функції. Це дозволило б надавати кваліфіковану допомогу в розробці та прийнятті законодавчих актів і формувати законодавче поле України, забезпечити ефективне використання його всіма гілками влади, а також вести моніторинг щодо додержання чинного законодавства України при вирішенні актуальних питань, що хвилюють громадян та владу. Такий науково-координаційний центр міг би бути підпорядкований Верховній Раді України і сприяв би руху України до відкритого інформованого суспільства.

*Надійшла до редколегії 15.07.02*

**В. Колісник**, доцент НЮА України

## **Форми використання національно-етнічного чинника в системі територіальної організації держави**

Практика державотворення надає численні приклади використання чи хоча б урахування в процесі визначення територіальної організації держави національно-етнічного чинника. Компактність проживання національних меншин, національно-етнічний склад населення в деяких країнах були достатньою підставою для формування окремих національних адміністративно-територіальних одиниць. Існують також федеративні держави, в основу побудови яких покладено повністю або частково саме національно-етнічний критерій. Крім того, численні, хоча й далеко не всі, автономні утворення також були започатковані саме з урахуванням національно-етнічного чинника.

У 1654 р. Україна увійшла у підданство до російського царя на договірних засадах саме з огляду передусім на національно-етнічний чинник, історичні передумови та наявність власної системи державних інституцій і власної правової системи. І. Крип'якевич писав, що «своєрідний устрій України, наявність власних державних установ і війська та обставини її об'єднання з

Росією забезпечили їй таке самоуправління, якого вона не мала під владою шляхетської Польщі<sup>1</sup>. Однак поступово Україна почала втрачати ознаки державності, перетворившись спочатку на прообраз національно-територіальної автономії, а згодом була позбавлена й останніх елементів самоврядування та особливого адміністративно-територіального поділу. Це сталося насамперед тому, що демократична за своєю юридичною природою військово-козацька форма правління української автономії не тільки суперечила самодержавній владі, а й до того ж самим фактом свого існування навіть у обмеженому вигляді постійно підкреслювала деспотичний характер російської державності.

Історичний досвід, пам'ять про минуле та існування недемократичного самодержавного політичного режиму обумовили зростання популярності ідей поновлення української автономії та ідей федералізму починаючи з кінця XVIII ст. На початку XIX ст. учасники закордонного походу російських військ змогли наочно ознайомитися з державними процесами в Західній Європі. Саме вони стали провідниками ліберально-демократичних ідей. У 1819 р. в Києві було створено таємну організацію «Об'єднання слов'ян», члени якої відстоювали ідею федерації слов'янських республік як союзу держав, серед яких гідне місце мало належати Україні<sup>2</sup>, тобто вони пропонували створити федерацію саме за національно-етнічним критерієм.

Частина російської інтелігенції вважала, що Російська імперія мала перетворитися на федерацію. Проте небагато з них припускали можливість використання при цьому саме національно-етнічної ознаки. Зокрема, М. Ковалевський був прихильником автономії національних територій. П. Струве і П. Мілюков категорично відкидали ідею федералізму і припускали створення обмеженої автономії для Фінляндії та Польщі. Відомий правознавець А. Яценко стверджував, що жодна федерація не зможе вирішити національне питання, а створити в Росії федерацію, побудовану за національною ознакою, взагалі неможливо<sup>3</sup>.

Та все ж першою державою, яка на практиці застосувала національно-етнічний чинник для побудови федерації, стала

<sup>1</sup> Крип'якевич І. П. Богдан Хмельницький. — 2-е вид., випр. і доп. — Львів, 1990. — С. 308.

<sup>2</sup> Див.: Потульницький В. А. Теорія української політології. — К., 1993. — С. 57.

<sup>3</sup> Див.: Яценко А. С. Теорія федералізму. — Юрьев, 1912. — С. 392.

саме Росія. Д. Златопольський зазначав, що «особливістю Російської Федерації є те, що її суб'єктами стали не лише національні держави, а й інші форми національної державності»<sup>1</sup>.

У 1922 р. Україна стала суб'єктом нової специфічної федеративної держави — СРСР. Специфічної тому, що, по-перше, в основу її побудови було покладено саме національно-етнічний чинник. По-друге, це була асиметрична федерація з різним статусом її суб'єктів. До складу СРСР входили такі складні суб'єкти, які або ж самі мали статус федерації, або ж мали у своєму складі автономні утворення, залишаючись при цьому унітарними. По-третє, федерацією СРСР залишався недовго й відразу ж після його утворення почалися відверте нехтування союзного договору та поступове згортання федеративних відносин. Федеральний центр поступово перебрав на себе значні важелі, постійно обмежуючи права суб'єктів федерації. Але несправедливість, образи та приниження накопичувались і знайшли вихід у другій половині 80-х років ХХ ст. у вигляді масових мітингів, відвертого нехтування республіканськими інституціями рішень загальносоюзних органів та інших форм протесту. По-четверте, незважаючи на офіційну пропаганду та запевнення в тому, що багаторівнева радянська федерація стала новою формою вирішення національного питання, насправді національно-етнічний чинник всупереч прогнозам взяв гору над інтеграційними тенденціями, й тому політичним елітам союзних республік вдалося досить легко підштовхнути свої національно-етнічні спільноти до відмови від «верхнього поверху» федерації.

Певний досвід використання національно-етнічного чинника для формування федерацій було накопичено і в деяких зарубіжних країнах. За національною ознакою були побудовані югославська та чехословацька федерації, проте й вони не витримали перевірки часом.

У науковій літературі висловлено думку про те, що федерації, створені за національною ознакою, не є життєздатними. При цьому наводиться приклад СРСР, СФРЮ та ЧСФР, в основу побудови яких було покладено саме національно-етнічний чинник і які вже припинили своє існування. На перший погляд така точка зору видається переконливою, однак повністю по-

<sup>1</sup> Златопольський Д. Л. Процесс развития федеративных отношений в России // Государство и право. — 1998. — С. 3—4.

годитися з нею дуже важко. Адже процес розпаду та припинення існування зазначених держав був обумовлений не тільки національно-територіальним устроєм, а й багатьма іншими причинами, зокрема тоталітарним політичним режимом, історичними образами та несправедливістю, насильством щодо цілих народів, а також соціально-економічною нестабільністю. В. Чиркін вважає, що «в розпаді більшості федерацій, заснованих на союзі держав, окрім тоталітарної, недемократичної структури держави важливим чинником було те, що вони створювалися за національною (національно-територіальною) ознакою, націоналістичні тенденції взяли гору над інтеграційними процесами і економічною необхідністю. Національний чинник набув відцентрового значення, став дезінтегруючою обставиною. У зв'язку з цим, очевидно, можливою є нова оцінка тих переваг та недоліків, які тягне за собою національно-територіальний принцип побудови федерацій»<sup>1</sup>. Погоджуючись в цілому з думкою цього автора, не можна, однак, не обминути ту обставину, що акцентування уваги на так званих «націоналістичних тенденціях» як одній з головних причин розпаду федерацій є певною мірою спрощенням тих складних процесів.

У Канаді історично склалося так, що одна з десяти провінцій (Квебек) була утворена саме з урахуванням національно-етнічного (в тому числі лінгвістичного) чинника. Значна частина громадян франкомовного Квебеку на референдумах, що проводилися протягом останніх років, висловилися за вихід із федерації та перетворення її в суверенну державу.

Цікавим є досвід Бельгії, яка тривалий час існувала як унітарна держава. Конституційні реформи 1893 і 1921 рр., пов'язані з розширенням виборчого права та запровадженням системи пропорційного представництва, фактично посилили роль фламандського населення в політичній сфері. Проте одночасно не відбулося жодних змін у сфері мови та культури, в якій фламандське населення було дещо принижене. Жюль Дестре, звертаючись до короля Альберта I у 1912 р., навіть сказав, що у Бельгії є валлійці та фламандці, але немає бельгійців<sup>2</sup>. Юридичною основою вирішення міжнаціональних проблем та прикла-

<sup>1</sup> Чиркін В. Е. Основы сравнительного правоведения. — М., 1997. — С. 140.

<sup>2</sup> Див.: Конституции государств Европейского Союза / Под общ. ред. Л. А. Окунькова. — М., 1999. — С. 103.

дом використання національно-етнічного чинника в територіальній організації держави на сучасному етапі стали конституційні реформи 1970, 1980, 1988 рр. та 1993 р., які визначили поступовий перехід Бельгії від унітаризму до федерації. Тепер Бельгія визнається федеративною державою, до складу якої входять три співтовариства: Французьке, Фламандське та Німецькомовне. Вона поділена на три регіони: Валлонський, Фламандський і Брюссельський та на чотири лінгвістичні регіони: французької мови, нідерландської мови, двомовний регіон Брюсселя та регіон німецької мови. Причому зміна чи уточнення меж чотирьох лінгвістичних регіонів допускається лише законом, який має бути ухвалений більшістю голосів у кожній лінгвістичній групі кожної з палат парламенту, за умови, що присутніми є більшість кожної групи і загальна кількість поданих голосів в обох лінгвістичних групах становитиме не менше двох третин тих, хто взяв участь у голосуванні<sup>1</sup>.

Однією з небагатьох сучасних федерацій, в основу побудови яких покладено разом з іншими чинниками й національно-етнічний критерій, на сьогодні є Росія. Після закінчення радянського етапу окремі регіони та їх еліти мали занадто різне уявлення про систему їх стосунків з центральною владою. Так само й центральна російська влада не змогла нав'язати регіонам власну модель федерації. Неможливо було й просто знехтувати вже досягнутим рівнем конституційно-правового закріплення правового статусу, хоча й формально, та все ж існуючих суб'єктів федерації. Все це й обумовило особливості сучасної моделі російського федералізму як доволі «розмитої» та варіативної<sup>2</sup>. І федеральні, і регіональні владні інституції, дотримуючись власного бачення напрямків розвитку конституційної моделі російського федералізму, допускають порушення не тільки окремих положень Конституції, але й її основоположних принципів<sup>3</sup>. На думку Е. Тадевосяна, до

<sup>1</sup> Див.: Конституции государств Европейского Союза / Под общ. ред. Л. А. Окунькова. — С. 109.

<sup>2</sup> Див.: Варламова Н. Конституционная модель российского федерализма // Российский федерализм: конституционные предпосылки и политическая реальность: Сборник докладов / Под ред. Н. В. Варламовой, Т. А. Васильевой. — М., 2000. — С. 50.

<sup>3</sup> Див.: Варламова Н. В., Скурко Е. В. Российская Федерация и ее субъекты: проблема укрепления государственности // Государство и право. — 2001. — № 7. — С. 95–96.

кінця 90-х років у розвитку російського федералізму «переважали централістські тенденції. Це знайшло відображення і в деклараціях про суверенітет республік, і в Федеративному договорі, і в конституціях республік, і в широкому застосуванні договірної регулювання розмежування предметів відання та повноважень тощо. Ця тенденція переважно була реакцією на колишній реальний надцентралізм радянського федералізму»<sup>1</sup>.

Таким чином, можна вважати, що процес формування Російської Федерації все ще продовжується. Її розвиток відбувається за різними напрямками. Пошук оптимальних та прийнятних моделей регулювання федеративних відносин триває. Тому говорити про ефективність та життєздатність сучасної російської федерації, в основу побудови якої покладено національно-етнічний чинник, ще зарано.

На Африканському континенті федерацією, створеною з урахуванням національного чинника, стала Федеративна Республіка Нігерія, яка з 1954 р. була колоніальною федерацією, а з 1960 р. набула статусу незалежної держави під назвою Федерація Нігерія. З метою боротьби з трайбалізмом поділ на штати в цій державі спеціально було здійснено так, щоб об'єднати декілька племен в одному штаті або розділити велике плем'я (народність) по різних штатах. Це приклад урахування національного чинника «навпаки»<sup>2</sup>.

Отже, не можна абсолютизувати ні територіальний, ні національний, ні національно-територіальний підходи до створення федерацій, адже кожен із них має свої переваги та недоліки. Як зазначається в літературі, «національно-територіальний підхід відповідає міжнародно-визнаному праву народів (націй, етносів) на самовизначення, тобто колективному праву на самостійний вибір форм організації життя. Він може сприяти інтеграції частин держави, що розпадається (якщо така інтеграція відповідає інтересам населення), прискореному економічному і культурному розвитку окраїнних регіонів країни, населених національними меншинами, здатний зняти певні суперечності між національностями»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Тадевосян Э. В. К вопросу о характере государственной власти субъекта федерации // Государство и право. – 2002. – № 3. – С. 24.

<sup>2</sup> Див.: Чиркин В. Е. Вказ. праця. – С. 144–145.

<sup>3</sup> Сравнительное конституционное право. – М., 1996.



У практиці конституційно-правового регулювання багатьох держав національно-етнічний чинник застосовується також у зв'язку з формуванням та функціонуванням територіальної автономії. Зокрема, національно-етнічний чинник частково було враховано в процесі встановлення сучасної територіальної організації Іспанії, яку називають «державою автономій (автономних територій)». Т. Татаренко вважає, що «такий інституційний вибір державного територіального устрою, який задовольняв усі сторони, був обумовлений необхідністю пошуку вирішення проблем сепаратизму, проявів націоналістичного екстремізму, а також інших питань національно-етнічного і соціально-економічного характеру... Модель автономно-територіального управління ґрунтується на двох принципах: єдність держави і визнання автономних національностей і регіонів»<sup>1</sup>.

Адміністративна автономія, побудована за національно-територіальною ознакою, функціонує в КНР, де національні меншини становлять лише 9 % населення, але проживають на території, яка охоплює більше половини країни. Законом про національну районну автономію від 31 травня 1984 р. передбачено створення трьох видів автономних утворень: автономного району, автономного округу та автономного повіту. Всього в КНР 159 різноманітних за формою одиниць національно-територіальної автономії.

Цікавий історичний досвід використання національно-територіальної автономії було накопичено в 20–30-х роках в УСРР. На кінець 1925 р. в Україні було створено 8 національних районів (5 — німецьких, 2 — болгарських, 1 — польський), в цей час існували 593 національні сільські ради (185 — німецьких, 111 — польських, 100 — єврейських, 90 — російських, 57 — болгарських, 27 — грецьких, 13 — чеських, 9 — молдавських, 1 — білоруська). У 1927 р. кількість сільських рад збільшилася до 843, а селищних — до 42. У 1932 р. в Україні існувало вже 27 національних районів. Така політика сприяла збереженню самобутності, подальшому розвитку мови і культури національних меншин. Однак у другій половині 30-х років відбулися кардинальні зміни в національній політиці СРСР. Тому в Україні

<sup>1</sup> Татаренко Т. Територіальні автономії в Іспанії як модель децентралізації держави // Людина і політика. — 2001. — № 6. — С. 23–24.

національні райони і сільради було ліквідовано<sup>1</sup>, а їхнім значним потенціалом знехтувано. Так само нетривалий час (з 1924 р. по 1940 р.) у складі УСРР перебувала Автономна Молдавська СРР, яка за юридичною природою була політичною автономією, створеною за національною ознакою.

Формою певного урахування національно-етнічних ознак у територіальній організації окремих держав є утворення резервацій для корінного населення, яка заслуговує на неоднозначну оцінку. З одного боку, це форма дискримінації корінного населення, але з іншого — договори племен з урядом федерації певною мірою захищають племінні землі від грабінницьких апетитів монополій, які прагнуть до розробки корисних копалин, що знайдені на цих, загалом безплідних землях, куди раніше було витіснено корінне населення. Резервації певною мірою сприяють збереженню традиційної культури<sup>2</sup>.

Таким чином, урахування національно-етнічного чинника в системі територіальної організації держави (на рівні як державно-територіального устрою, так і адміністративно-територіального поділу) різних держав свідчить про його істотні потенційні можливості, які ще не були задіяні повною мірою практично в жодній країні. Досвід правового регулювання статусу територіальних одиниць та територіальних утворень, які були створені за національно-етнічною ознакою і вже припинили своє існування, не може бути проігноровано. Ще більший інтерес має досвід тих національно-територіальних утворень, які існують і розвиваються в межах сучасних держав. З огляду на зарубіжний та наш власний історичний досвід, на загальну спрямованість та характер міжнародно-правового закріплення специфічних прав національних меншин та корінних народів, а також з огляду на визнання міжнародним співтовариством (хоча й у досить абстрактній формі) права на самовизначення (в тому числі вільно встановлювати свій політичний статус і вільно забезпечувати свій економічний, соціальний і культурний розви-

<sup>1</sup> Див.: Постанова ЦК КП(б)У від 10 квітня 1938 р. «Про реорганізацію національних шкіл в Україні»; постанова ЦК КП(б)У від 5 березня 1939 р. «Про ліквідацію та реорганізацію національних районів і сільрад» // Національні відносини в Україні у ХХ ст.: Збірник документів і матеріалів. — К., 1994. — С. 236–240.

<sup>2</sup> Див.: Чиркин В. Е. Вказ. праця. — С. 152–152.

ток), напевно, слід було б визнати і право національних меншин та корінних народів за певних умов створювати національні адміністративно-територіальні одиниці та інші форми територіальної автономії за національно-етнічною ознакою. Адже якщо визнається (теоретично допускається, а на практиці нерідко реалізується) право на створення власної незалежної (національної) держави, то тим більше логічно було б визнати й право на створення окремих національних адміністративно-територіальних одиниць чи національних автономних утворень. Як зазначає А. Чинчиков, «з плином часу людство виробило певні міжнародно-правові способи регулювання міжнаціональних відносин. Вони полягають у такому: право націй на створення суверенної держави; право націй на вільне приєднання до незалежної держави або об'єднання з нею; право націй на встановлення будь-якого іншого статусу...»<sup>1</sup>

Зрозуміло, що право на створення адміністративно-територіальних одиниць чи автономних утворень за національно-етнічною ознакою може бути визнано лише за тими національно-етнічними спільнотами, які розселені не дисперсно, а проживають компактно на певній території. Крім того, вони мають становити абсолютну або відносну більшість населення на певній території, тобто або переважати на цій території за чисельністю всі інші національні групи, або щоб вони переважали за чисельністю кожен з них. При цьому обов'язковою умовою формування таких територіальних одиниць, можливо, слід було б визнати якусь мінімальну кількість громадян певної національно-етнічної належності.

На сучасному етапі державотворення Україна вже двічі в офіційних нормативно-правових документах високого рівня визнавала право на створення адміністративно-територіальних одиниць саме за національною ознакою. Причому обидва документи до цього часу офіційно вважаються чинними і разом з Конституцією складають фундамент української правової системи та правове підґрунтя сучасної української державності. Це Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. і Декларація прав національностей України від 1 листопада 1991 р. Проте відповідні положення зазначених основоположних, фундаментальних документів були знехтувані і під час

<sup>1</sup> Общая теория права и государства. — М., 1994. — С. 337.

прийняття Закону України «Про національні меншини в Україні», і під час розробки та ухвалення чинної Конституції України. Можна зрозуміти обережність законодавців, на думку яких в майбутньому це може потягти за собою прагнення до підвищення статусу території, до зростання сепаратистських тенденцій, до дестабілізації обстановки та ескалації міжнаціональної напруженості, до відторгнення частини території держави та призвести до інших негативних наслідків. Проте не можна виправдати таку непослідовність, коли двічі пообіцявши надати таке право і закріпивши його в документах засадничого характеру, вони в подальшому просто замовчують проблему, фактично перетворивши зазначене «формальне» право на гасло політичної реклами, яке використовувалося лише для досягнення певних політичних цілей. А після здобуття Україною незалежності дуже легко і просто відмовилися від власних обіцянок, а відтак, замовчавши і не створивши відповідні правові механізми реалізації цього права, кардинальним чином змінили пріоритети державної політики в національно-етнічній сфері. Ще більш вражаючим є такий підхід з огляду на те, що українські парламентарі досить легко погодилися на утворення Кримської автономії у формі «республіки» у складі УРСР (а згодом у формі «автономної республіки» як невід'ємної частини України), проте зважитись на створення національних адміністративних районів українські парламентарі так і не змогли.

У такій складній, делікатній та нестійкій сфері суспільних відносин, якими є національно-етнічні відносини та питання національно-культурного розвитку (а отже, і питання державної політики у зазначеній сфері), слід остаточно відмовитися від подвійних підходів. Нещирість діалогу, зверхність, мовчазлива зміна пріоритетів, неповага, замовчування існуючих проблем, неправда чи напівправда, нехтування елементарними правами можуть порушити крихку рівновагу і створити стіну недовіри, за якою припиняється будь-яке бажання і прагнення до взаєморозуміння, співпраці та спільного пошуку компромісів. Можливо, в Криму, з огляду на ті кривди та страждання, яких зазнав кримськотатарський народ у ХІХ–ХХ століттях, та з урахуванням того, що він мав свою державність протягом тривалого часу, слід було б піти на створення кількох (чи хоча б одного) національних кримськотатарських районів або національних

сільрад<sup>1</sup>. Причому створення будь-якого з національних районів чи інших адміністративно-територіальних одиниць нижчого рівня можна було б обумовити необхідністю кожного разу ухвалення Верховною Радою України окремого Закону, якому має передувати підготовча робота спеціальної урядової комісії з залученням народних депутатів України, депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, депутатів місцевих рад, представників національних меншин, а також наявності експертних оцінок та відповідного обґрунтування. На нашу думку, такі політичні кроки сприяли б зміцненню довіри до Української держави з боку національних меншин та корінних народів, задоволенню їх національно-культурних потреб, піднесенню національно-етнічної політики України на якісно новий рівень. Разом з тим слід зазначити, що в Україні створено достатні конституційні гарантії, підкріплені істотними повноваженнями відповідних державних інституцій, починаючи з Президента України, які поза всяким сумнівом дозволяють не допустити в майбутньому перетворення таких районів на джерело політичної нестабільності, не кажучи вже про широкі можливості для збереження територіальної цілісності держави та протистояння теоретично можливим сепаратистським тенденціям.

*Надійшла до редколегії 10.09.02*

---

<sup>1</sup> Із 26-ти адміністративних одиниць автономії в 15 кримськотатарське населення становить уже від 15 до 32 % при середньому показнику 11,9% (див.: Асанов А. Особливості здійснення місцевого самоврядування кримських татар // Вісник Української академії державного управління. – 2001. – № 1. – С. 239).

# ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

*В. Єрмолаєв*, доцент НЮА України

## Віче в Київській Русі: питання компетенції (IX— середина XII ст.)

Однією з гарантій народного суверенітету в Україні стало положення Основного Закону держави про пріоритетність безпосередньої демократії, яка збагачується і доповнюється демократією представницькою через органи державної влади та місцевого самоврядування. Тобто чинна Конституція передбачає, що український народ має пріоритетне право безпосередньо вирішувати всі соціально значущі справи у суспільстві та державі. Таким чином, Основний Закон закріплює і розвиває давню, хоча і слабку традицію народоправства, яка втілювалася, зокрема, в архаїчних інститутах народовладдя — вічах.

Перші дослідники державного ладу і права Київської Русі — В. Сергеевич, М. Володимирський-Буданов, В. Алексеев, М. Довнар-Запольський, М. Дьяконов та ін. — виділяли три органи верховної влади: князя, боярську думу і віче. Історики українського права — С. Дністрянський, Р. Лащенко, М. Чубатий — теж визначали владу віча як верховну. Російські історики держави і права вважають, що безпосередньо високу активність віче мало лише у Новгороді<sup>1</sup>.

Якщо в історіографії XIX — початку XX ст. склалось переконання про віче як орган народної влади, то пізніше, в радянські часи, а то й зараз, як автор доводив у своїх попередніх публікаціях, його місце в державному механізмі Давньоруської держави значно знівельоване.

Роль віча у державному механізмі Київської Русі розкриває передусім аналіз його компетенції за літописними джерелами. Оскільки здавна вона не була об'єктом спеціального вивчення, спробуємо дослідити її в межах запропонованої статті.

<sup>1</sup> Див.: История отечественного государства и права. Ч. I.: Учебник / Под ред. О. М. Чистякова 3-е изд., перераб. и доп. — М., 2000. — С. 62.

Компетенція віча (як сукупність повноважень у системі влади Київської Русі, коло діяльності) була досить широкою. Вона включала такі основні повноваження віча як особливої інституції в системі влади Київської Русі.

1. *Покликання вічем князів для зайняття «столів»* як давня традиція, започаткована ще племінною демократією.

Одночасно вже в додержавні часи склалися князівські династії племен<sup>1</sup>. З другої половини IX ст., як свідчить, зокрема «Повість временних літ», почала поширюватися практика посадиництва, коли князь Олег повсюди в землях «посади мужа своя»<sup>2</sup>. Цю практику продовжували наступні великі київські князі — Святослав, Володимир Великий, Ярослав Мудрий, Володимир Мономах та ін. Але в моменти послаблення центральної влади в Києві, місцевих князів у Новгороді, Пскові, Володимирі, Суздалі, Полоцьку та інших землях Русі встановлення легітимності князівської влади здійснював, рятуючи безпеку країни та єдність її земель, орган народовладдя — віче. Йдеться про його повноваження покликання, затвердження або заміщення князів.

Першу згадку про таку подію теж знаходимо в «Повісті временних літ» — «покликання варягів» 862 р. княжити в Новгороді. В подальшому драматичні політичні події примушували народ не раз втручатися в зміну князів, їх обрання. Як свідчить літопис 1068 р., після поразки від половців «людьє кыевстий ... створиша вече на торговищи и реша...» звернутися до князя з вимогою озброїти народне ополчення. Проте князь Ізяслав Ярославович не тільки відмовився виконати рішення віча, а й продовжував тримати під вартою київську дружину. Внаслідок цього відбулося повстання на захист прав віча. Повсталі розгромили княжий двір, звільнили «ис поруба» Всеслава і «прославиша середи двора княжа».

Обравши Всеслава київським князем і скинувши Ізяслава, який врятувався втечею, віче здійснило, як виявилось пізніше, невдалий акт. Коли Всеслав покинув киян під Белгородом, «лю-

<sup>1</sup> Див.: Історія держави і права України: Підручник у 2 т. / За ред. В. Я. Тарця, А. Й. Рогожина. — К., 2000. — Т. 1. — С. 60.

<sup>2</sup> Див.: Полное собрание русских летописей. — Т. 1. Лаврентьевская летопись. — М., 1997. — С. 50 (далі — Лавр.); Т. 2. Ипатьевская летопись. — 2-е изд. — СПб., 1998. — С. 39 (далі — Ипат.).

дье князя» знов «створиша вече» і вирішили запросити на княжіння чернігівських князів Святослава і Всеволода Ярославичів. Та й цей вибір виявився невдалим і не врятував киян від княжої розправи. Повернення Ізяслава, хоча й було пов'язане з тим, що він багатьох киян «погубил», навіть «не испытав», було відзначено урочистою зустріччю, на яку «изидоша людье» і «прияша князь свой кияне» (Лавр., 1068 р.). Отже, віче стало жертвою не стільки своєї політичної недалекоглядності, скільки недалекоглядності й нерозважливості князів, калейдоскопічного внутрішнього і зовнішнього розвитку подій. Цей орган народоправства примушував князів рахуватись із його волею.

Віче прагнуло до створення сильної та стабільної великокнязівської влади, зважувало на державницькі й особистісні якості кандидатів на київський стіл. У 1113 р., після смерті Святополка, «свет створиша кияне и послаша к Володимеру, глаголюще: Поиде, княже, на стол отен и деден». Отже, в даному випадку віче було зацікавлене в підтримці династичного й легітимного принципу наслідування влади. Незважаючи на відмову Володимира Мономаха, віче виявило наполегливість в реалізації своєї волі: «аще не поидеши, то веси, яко много зло уздвигнетъся». «Се же слышав, Володимер поиде в Киев» (Лавр., 1113 р.). Мономах княжив до 1125 р., і становище Київської Русі значно стабілізувалося. Серед заходів, спрямованих на нормалізацію соціально-політичної ситуації, взаємин народу і князя, винятково важливе значення посідало його законодавство — славнозвісний «Устав», або доповнення до «Руської Правди», які значно обмежували безконтрольну діяльність князівської адміністрації.

Покликання («призваша», «посадиша») князів держави або окремих земель було в Київській Русі засобом встановлення легітимної, сильної і незалежної від корисливих інтересів, відповідної інтересам народу (землі, держави) князівської влади. Літописи містять згадки й про зайняття столів без або і всупереч покликанню віча, а внаслідок військової переваги князя. Але правління нелегітимного князя або ж було нетривалим, або набувало легітимності внаслідок згоди киян, як у випадку з Ізяславом, чи населення головних міст земель. І з цією волею народу князі вимушені були рахуватися і рахувалися не тільки в силу правового звичаю чи укоріненої практики політичного життя, а й для набуття повної законності своєї влади, миру в державі.



М. Грушевський підрахував: за часи від Ярослава Мудрого до монгольського походу ми маємо близько п'ятдесяти перемін князів на київському столі на основі рішень віча (від 1068 по 1200 рр. — близько сорока. Виділено мною. — В. Є.) Причому за ініціативою громади — всього 3–5 разів, 10–11 рішень віче підтвердило або підтримало князів і лише 4 рази віча затвердили нові умови з кандидатами на київський стіл<sup>1</sup>. До речі, сам М. Грушевський перед цим називає більше випадків ініціативи віча<sup>2</sup>.

Зрозуміло, що не всі випадки покликання князів відображені у літописах, і тому підрахунки М. Грушевського передають загальне співвідношення рішень народних зборів. Так, в Іпатіївському літописі за 1113 р. повідомляється про смерть київського князя Мстислава Володимировича, який «оставив княжение брату Ярополку». Можна подумати, що кияни ніякої участі в цій події не брали. Але Лаврентіївський літопис цю подію передає по-іншому: «Преставися Мстислав, сын Володимерь, и седе по нем брат Ярополк, княжа Киев: людье бо кыяне послаша по нь». Мабуть, таких випадків було більше.

На нашу думку, можна стверджувати, що не рішення князів про передачу влади, а рішення віча було вирішальним. Так, Мономах уклав «ряд» з Святополком про те, що відкличе з Новгороду свого сина, з яким з'явилися новгородські послы і оголосили: «Не хошем Святополка, ни сына его; аще ли две голове имеет сын твой, то послы и» (Іпат., 1102 р.). Князям довелось підкоритись народній волі.

Затвердження князя вічем набувало все більшого значення в умовах наростаючої удільщини як акту, зміцнюючого за ним князівський стіл порівняно з посиленнями на «отчинне» право<sup>3</sup>. Щодо цього є красномовною полеміка між Юрієм Долгоруким та Ізяславом Мстиславовичем (1154 р.). Якщо перший заявляв: «Мне отчина Киев, а не тебе», то другий заперечував: «Ци сам сел Кыеве, посадили мя кыяне». «Мужі» Ростислава Мстиславовича в 1154 р. нагадували князю: «А ты ся еси (ще) с людьми Кыеве не утвердил». У 1167 р. Мстислав Ізяславович

<sup>1</sup> Див.: *Грушевський М. С.* Історія України-Руси — В 11 т., 12 кн. / Ред. П. С. Сахань (голова) та ін. — К., 1993. — Т. 3. — С. 212.

<sup>2</sup> Див.: Там само. — С. 211.

<sup>3</sup> Див.: *Черепнин Л. В.* К вопросу о характере и форме древнерусского государства X — начала XIII в. // Исторические записки. — 1972. — № 89. — С. 363–364.

уклав «ряд» не тільки з «братъею и с дружиною», а й з «кыяны» (за Лавр. та Іпат. літописами)

## 2. Укладення «Ряду» з князем.

Як зазначав ще В. Сергеевич, «привиз» князя «є не що інше, як законодавчий акт»<sup>1</sup>, умовою реалізації якого й був ряд (угода) з князем. Це право віче визнавали князі і боярська дума (як у вищезгаданому випадку 1154 р. у Києві). Ряд укладався навіть у тих випадках, коли стіл було захоплено силою. Так, у 1169 р. Мстислав Ізяславович, покликаний киянами, укладає ряд. Те ж саме він повторює і тоді, коли вдруге займає Київ у 1172 р. (Іпат., 1169, 1172 рр.)

Як свідчить Іпатіївський літопис, у 1146 р. князь Ігор прийняв усі умови київського віча і «съсед с коня, и целова к ним (кыянам) крест на всей их воли». Ця формула Ігорової присяги — «на всей их воли» — безсумнівне свідчення про великі повноваження Київського віча, їх вищість над князівськими. Віче могло прийняти й умови угоди, запропоновані князем. Так, новгородці князя Святослава «въведоша опята на всей воли его» (Новгород, 1161 р.). За новгородськими договорами влада князя обмежувалася низкою умов: 1) не чинити суду без посадника; 2) не роздавати без нього волостей і грамот; 3) для управління волостями призначити новгородців і без вини їх не відсторонювати; 4) не набувати самому, княгині чи боярам нерухомого майна в межах новгородської землі<sup>2</sup>. Безперечно, такі обмеження не мали сили щодо князів інших земель Київської Русі, але зрозуміло і те, що ряд віча з князем обмежував і обумовлював князівську політику.

Віче значною мірою визначало обсяг повноважень князів, застерігало від міжусобиць, кровопролиття, антисоціальної політики тощо. За Новгородським літописом «черниговцы же възпиша ко Всеволоду, глаголяще: «мыслиши бежати в Половци; да к чему ся увернешь? Луче останися от своего высокоумья и проси мира; мы ведаем, не хошет Ярополк крестыянская (христіянської. — В. Є.) крови проливати, милосерд есть и смирен Бога ради, то бо соблюдает Рускую землю». Через рік — «и сду-

<sup>1</sup> Сергеевич В. И. Вече и князь. Русское государственное устройство и управление во времена князей Рюриковичей. — М., 1867. — С. 76.

<sup>2</sup> Див.: Дьяконов М. Очерки общественного и государственного строя Древней Руси. — 4-е изд., испр. и доп. — СПб., 1912. — С. 131.

мавше князь и людие»... и еще рекше: «не проливайте крови с своею братиею, негли Бог како управит своим промыслом» (Новгород, 1136, 1137 pp.).

Покликання, як правило, не встановлювало певного строку князювання і, очевидно, передбачалося пожиттєво. По смерті Ізяслава «посадиша в Києве Ростислава, кияне, рекуче ему: якоже і брат твой Ізяслав честил Вячеслава, тако же и ты чести; а до твоего живота Киев твой» (Іпат., 1154 р.). Новгородці ж домовлялись з Ростиславом Мстиславовичем про те, «якже им имети сына его (Святослава) собе князем, а иного князя не искати, оли ся с ним смертю розлучити» (Іпат., 1168 р.). Ряд киян з князем Ігорем включав вимогу і про порядок суду (Іпат., 1146 р.). Але траплялися, як вже зазначалося, випадки, коли сам народ припиняв повноваження князя, порушуючи навіть власну клятву.

3. Крім права віча покликання князів воно також мало *право неприйняття або вигнання князів*.

Кияни, невдоволені Ігорем Ольговичем, шлють до Ізяслава Мстиславовича запрошення: «ты наш князь, поеди, Ольговичев не хотим быти...» (Іпат., 1146 р.). Новгородці, не прийнявши князя Всеволода, «и реша ему: поиде прочь, а ми собе князя добудем... а иной волости ишеши, а не право...» І новгородці «посадиша у себя Мстислава на столе». Але згодом, у 1188 р., новгородці вимушені були відмовити і князю Мстиславу: «в то е лето выгнаша Новгородци князя Мстислава Давидовича, послаша к Всеволоду в Владимир по Ярослава Володимиреча; вниде в Новгород и седе на столе» (там же). В такий спосіб віче втілювало верховну волю народу.

Судячи з літописів, голос «горожан» окремих земель іноді теж має вирішальне значення при обранні чи вигнанні свого князя, визнанні великого Київського князя. За Лаврентіївським літописом, у 1095 р. князь Ізяслав Володимирович прийшов до Мурому, «и прияша и муромци». Наступного року в Муром «вниде» Олег Святославович, «и прияша и горожане», а коли Святополк Ізяславович і Володимир Мономах у 1096 р. «придоста к Зарубу», «гражане же узревша, ради быша и поидоша к нима». В 1146 р., коли Ізяслав Мстиславович підступив до Путивля, «путивлечи» «поклонишася ему, и тако реша: есми ждали, княже, а чалуй к нам хрест». У 1148 р. до князя Гліба Юрійовича дійшла звістка, що його «хотять... переяславци», але коли

він вже «еха к ним», то переконався, що був обманутий («пре-льстили мя переяслявци»).

Траплялося, що горожани насильно втримували у себе князів, коли ті збирались їх полишити. У 1139 р. «людие черниговци вьспиша» до князя Всеволода Ольговича: «Ты надеешься бежати в Половце, а волость свою погубиши, то к чему ся опять воротишь?». Всі ці літописні формули — «прияша», «поидоша», «реша», «вьспиша» тощо — характеризують правові акти визнання князів «людьми» Мурома, Смоленська, Путивля, Переяслава, Чернігова та ін.

Як підрахував сучасний російський дослідник О. Большаков, за два з половиною століття існування Київської Русі делегітимація влади в Києві (вічем) мала місце в 9 випадках, в тому числі в 7 — вигнанням попереднього князя (3) або його вбивством (4), у 2 випадках — загибелі на стороні<sup>1</sup>. Проте такого роду делегітимації треба вважати винятком із правил. Правилком було прагнення віча порозумітися з князем і боярською думою, якнайшвидше подолати політичну кризу.

Компетенція віча також включала й законодавчі функції. Історики держави і права суб'єктами правотворчості в Київській Русі, як правило, вважають лише великих князів, починаючи з X ст.

Як зазначав М. Володимирський-Буданов, у сфері законодавства вічу спочатку належали менші права, ніж князю: в Руській Правді немає слідів вічевого законодавства, але згодом законодавство стало функцією лише віча (у Новгороді, Пскові). Як вважав М. Дьяконов, немає підстав заперечувати таке право віча і в інших землях<sup>2</sup>.

В. Сергеевич дійшов висновку про те, що покликання князя є не що інше, як законодавчий акт. «Покликання безумовне, без визначення прав і обов'язків покликаного князя, немислиме»<sup>3</sup>. Віче встановлювало межі цих прав і обов'язків, визначало (очевидно, за пропозицією князя і боярської думи) умови міжнародних договорів, затверджувало їх. Договір князя Ігоря

<sup>1</sup> Див.: *Большаков А. А. Легальность и легитимность власти в политической идеологии и практике Древнерусского государства / Вестник Моск. ун-та. — Сер. 12. Политические науки. — 2001. — № 2. — С. 88–89.*

<sup>2</sup> *Дьяконов М. Вказ.праця. — С. 133.*

<sup>3</sup> *Сергеевич В. И. Вказ. праця. — С. 76.*

з греками 945 р. укладено від імені «великого князя руського, и от всего княжья, и от всех людей руския земли» (Лавр., 945 р.). Цього вимагала необхідність заручитися підтримкою всього населення держави чи окремої землі в разі порушення договору і ведення війни. Р. Лащенко вважав, що «законодавча діяльність віча виявлялася в обговоренні на народних зібраннях і в установленні законодавчих постанов, які мали, як закони, обов'язкову силу в державі»<sup>1</sup>.

Визначаючи компетенцію віча, М. Костомаров писав: «Віче встановлювало рішення по управлінню, договори з князями та з землями інших країн, оголошувало війни, укладало мир, закликало князів, обирало владик; виносило розпорядження про збір війська і охорону країни, вступало у власність або «в кормленьє» землі, визначало торгові права і якість монети, іноді зводило «миром» церкви й монастирі; встановлювало правила й закони — було отже законодавчою владою, а разом з тим було і судовою, особливо у справах, що торкалися громадянських прав»<sup>2</sup>. Хоча він мав на увазі «північноруські народоправства в часи удільно-вічового укладу», немає підстав заперечувати основні повноваження віча в інших землях у попередні часи, які не відзначались чіткістю їх визначення та функцій.

На наш погляд, тут слід зробити два застереження. По-перше, віче не брало систематичної участі в законодавстві та управлінні. Як писав М. Грушевський, «взагалі віче вважає себе вправі втручатися в усі сфери політичного життя, організації чи управління землі, і його право щодо цього визнається за ним і князями. Але, зробивши поправку... віче повертало поточне управління його звичайним господарям... Віче було корективом княжодружинного управління, але не правило само»<sup>3</sup>. Додамо, що корективи, очевидно, стосувалися передусім порушень звичаєвого права, прав народу або окремих станів чи їх безпеки. Ці корективи, на нашу думку, не що інше, як прояви вищості цієї форми народовладдя над князівською владою.

<sup>1</sup> Лащенко Р. Лекції по історії українського права. — К., 1998. — С. 104.

<sup>2</sup> Костомаров Н. И. Исторические монографии. Исследования. — СПб., 1868. — Т. VIII. — ч. 2. — С. 35.

<sup>3</sup> Грушевский М. С. Очерки истории украинского народа/Сост. и ист.-биогр. очерк Ф. П. Шевченко, В. А. Смолия; Прим. В. М. Рычки, А. Грузия. — К., 1990. — С. 80–81.

По-друге, звичайно ж законодавча діяльність великих князів була досить активною. Великий князь ухвалював найважливіші рішення, якщо на це була згода його оточення — бояр, «княжих мужів», «старцев градских», які утворювали раду при князеві. Княжа рада у Київській Русі теж не мала чіткої організаційної структури, проте її діяльність була досить стабільною. Вона обговорювала переважно питання війни і миру, порядок зайняття столів, питання законодавства<sup>1</sup>. Отже, можна зробити висновок: суб'єктами законодавчої діяльності у Київській державі виступали в різних мірі і формі князь, віче і боярська рада.

5. Найбільші права з найдавніших часів вічу належали в питаннях війни і миру, як вважав М. Володимирський-Буданов<sup>2</sup>.

У кожному конкретному випадку сам народ на вічі вирішував питання про участь народного ополчення у поході чи умови договору з сусідньою країною. Вирішення питань війни і миру вимагали інтереси безпеки, необхідність нових витрат на війну, зміцнення укріплень тощо. Отже, для того, щоб вести війну, князь повинен був одержати згоду і підтримку віча. Саме за ним залишалося остаточне рішення. Так, Ярослав Мудрий запросив новгородців йти в похід проти Святополка і ті, незважаючи на те, що самі постраждали від князя, погодились: «аще, княже, братья наша исечна суть, можем по тебе бороти» (Лавр., 1015 р.). Як уже зазначалося, іноді ініціатива війни належала самому населенню. В 1067 р. кияни вимагали від свого князя Ізяслава, щоб він ще раз виступив проти печенігів (Лавр., 1067 р.). Розбиті половцями кияни «створиша вече на торговищи, и реща, пославшесе ко князю се половци росулися по земли; дай, княже, оружье и кони, и еше бьемся с ними» (Лавр., 1068 р.). В інших випадках населення відмовлялося від участі у воєнних походах. Перед приходом князя Юрія до Києва кияни говорять князю Ізяславу: «Мирися, княже, мы не идем» (Іпат., 1149 р.). Як свідчать літописи, менш за все народ підтримував міжкнязівські, міжудільні сутички і суперечки. І це зрозуміло. В питаннях війни і миру саме вічу завжди належало верховенство у владних повноваженнях.

6. *Управління і суд* належали до виключної компетенції князів і тому суд не був відділений від адміністрації<sup>3</sup>, але часом на-

<sup>1</sup> Історія держави і права України. — Т. 1. — С. 62.

<sup>2</sup> *Владимирский-Буданов М. Ф.* Вказ. праця. — С. 81.

<sup>3</sup> *Сергеевич В. И.* Вказ. праця. — С. 66.

род втручався в юрисдикцію князів і останні визнавали це право віча.

Як уже зазначалося, кияни вимагали від князя Ігоря зміни тіунів, що й було зроблено: «а се вам і тивун, а по вашей воли» (Іпат., 1146 р.). Як відзначали дослідники історії українського права, у сфері судової діяльності вічу спочатку належало право участі в кожному суді (принаймні суд чинився князем і боярами в присутності народу. — В. Є.). Вічу належав суд *верховний*, в тому числі і над князями, головним чином у справах політичних.

Втручання віча у справи внутрішнього управління стосувалися головним чином призначення посадових осіб (як у випадку призначення нових тіунів), організації воєнних походів, стягнення податків тощо. Зокрема, літопис фіксує рішення новгородського віча 1018 р. під час боротьби Ярослава із Святополком Окаянним і його союзником польським князем Болеславом щодо розмірів податків «от мужа, бояр, старост, дворів» (Лавр., 1018 р.). Населення контролювало привілеї, збори мита і податки.

7. З наведених вище літописних свідчень досить виразно видно ще один важливий напрям діяльності віча — *контрольну діяльність*.

Віче стежило за виконання князем і боярською радою при ньому укладеного «ряду», управлінських рішень, діяльністю посадових осіб, використанням фінансів тощо. Зокрема, характерними для такої діяльності віча були збори киян 1068 і 1147 рр. Першого разу зібрали віче «людье киевский» «на торговищи». Причиною скликання вічового зібрання було невдоволення відсутністю коней і зброї для продовження боротьби з половцями, діями воєводи Коснячка, ув'язнення когось із «киевских людей». Збори перетворилися на повстання, результатом якого було звільнення «ис поруба» князя Всеслава і втеча до Польщі Ізяслава (Лавр., 1068 р.). Рішуче діяло віче і в бурхливих подіях 1146–1147 рр. у Києві в зв'язку зі спробою князя Всеволода Ольговича закріпити Київ за своїм потомством. Кияни, зібравшись на віче, почали обвинувачувати тіунів покійного Всеволода за те, що ті «погубили» населення, і вимагали від Святослава хрестоцілування за себе і за відсутнього брата князя Ігоря: «аще кому нас будеть обида, да ты прави». Віче теж закінчилося тим, що горожани стали громити двори тіунів і мечників. На їх місце були призначені інші тіуни за волею віча

(Іпат., 1146, 1147 рр.). Очевидно, таких випадків втручання віча в управління державою було значно більше, ніж зафіксовано в літописах.

Таким чином, з утворенням Київської держави народні збори продовжували функціонувати не тільки як архаїчний інститут звичаєвого права («изначала»), а й були «використані власниками землі й поставлені на службу державі у формі своєрідної феодальної демократії»<sup>1</sup>. Із племінних сходів давніх слов'ян віче перетворилося на збори громадян, в яких брали участь вільні жителі міста — купці, ремісники та ін.<sup>2</sup> Але вирішальна роль у них належала міській верхівці — «старцам градским», боярам, представникам духовенства, купцям. В ІХ—Х ст.ст. віче скликалось, як правило, князем перед початком воєнних походів, під час облоги міста, з питань податкової політики, інколи — на знак протесту проти політики князя.

*Надійшла до редколегії 05.09.02*

*А. Козаченко, кандидат юридичних наук*

## **До проблеми кваліфікації державно-правового зв'язку між Україною і Росією за Переяславсько-Московською угодою 1654 року (з нагоди 350-річчя укладення угоди)**

Важко переоцінити значення та наслідки, як позитивні, так і негативні, україно-російської угоди 1654 р., що вплинули на процес становлення української національної державності у другій половині XVII ст. І більш ніж через два з половиною століття, в 1917 р. окремі представники Центральної Ради намагалися вести переговори із Тимчасовим урядом Росії, посилаючись на те, що відречення Романових від престолу означає денонсацію Переяславсько-Московської угоди

<sup>1</sup> Пашуто В. Т. Черты политического строя Древней Руси // Древнерусское государство и его международное значение. — М., 1965. — С. 33–34.

<sup>2</sup> Див.: Історія держави і права України. — С. 66.



1654 р. та відновлення державного суверенітету України<sup>1</sup>. Як непересічна історична подія угода 1654 р. і зараз може непрямо впливати на політичні рішення та відносини між Україною і Російською Федерацією. Свідченням цьому є Указ Президента України «Про відзначення 350-річчя Переяславської козацької ради 1654 року».

Переяславсько-Московська угода постійно перебувала в полі зору вітчизняних і зарубіжних істориків та правознавців (з історіографією цієї проблеми можна ознайомитися у монографії О. Апанович<sup>2</sup>). Внаслідок різноманітних об'єктивних і суб'єктивних причин науковці по-різному кваліфікували державно-правовий зв'язок між Україною — Військом Запорозьким і Московським царством, який передбачався вказаною угодою. Особливо негативно на об'єктивному висвітленні проблеми позначилася політична кон'юнктура за радянських часів. Лише після проголошення незалежності України вітчизняні вчені дали неупереджену історико-правову оцінку угоди 1654 р. Проте і нині серед представників різних наукових шкіл не існує одностайності стосовно характеру угоди, а відтак, проблема Переяславсько-Московської угоди залишається актуальною.

Дослідники україно-російської угоди 1654 р. здебільшого акцентували свою увагу на змісті та фактичних наслідках її укладення (що цілком виправдано). Автор пропонує, крім того, розглядати цю угоду також і крізь призму тих взаємовідносин, які склалися між українським козацтвом — основним носієм національної державотворчої ідеї та Московським царством впродовж першої половини XVII ст. Аналіз цих відносин засвідчує, що вони були досить складними і суперечливими, існувало дві діаметрально протилежні тенденції. Час від часу козацтво тісно співпрацювало з Москвою, або навпаки — суперничало. Співпраці сприяли, як відомо, такі чинники: спільне історичне минуле, етнічна близькість, належність до однієї релігійної конфесії українського і російського народів.

На ґрунті схожої соціальної організації та спільності інтересів дружні стосунки склалися між запорозькими, донськими

<sup>1</sup> Див.: Шелухін С. Україна — назва нашої землі з найдавніших часів. — Дрогобич, 1992. — С. 68–69.

<sup>2</sup> Див.: Апанович О. Україно-російський договір 1654 р. Міфи і реальність. — К., 1994. — С. 73–92.

та яйцькими козаками. Вони здійснювали походи на Крим та Османську імперію, проводили спільні козацькі ради<sup>1</sup>. Боротьба російських та українських козаків із потенційними противниками Росії, безумовно, підтримувалася нею, а в окремих випадках і фінансувалася царським урядом. У свою чергу, скрутне матеріальне становище та утиски польського уряду змушували запорожців шукати заступництва у Москві. Так, у 1620 р. запорожці направили до царя Федора Михайловича посольство на чолі з отаманом П. Одинцем, яке заявило, що вони «хотят служити его царскому величеству»<sup>2</sup>. Але цар не прийняв послів, посилаючись на великий піст, і не дав конкретної відповіді на прохання козаків, а лише встановив їм «лехкое жалование 300 рублев денег»<sup>3</sup>. У 1625 р. представник митрополита київського І. Борецького єпископ І. Борискович під час переговорів з царським урядом повідомив, що запорожці «государской милости рады и под государевой рукой быти хотят»<sup>4</sup>. Про плани запорозького козацтва перейти у підданство московського царя згадував у своїх свідченнях і чернець О. Яхія: «они послали бити челом государю царю ..., чтоб их принял под свою державу»<sup>5</sup>. Можливо, що це було лише дипломатичним ходом, який мав за мету з'ясувати реакцію царського уряду на пропозицію Запорозької Січі, адже ні про продовження переговорів, а тим більше про фактичне встановлення протекції у 20-ті роки XVII ст. нічого не відомо. Врешті, навряд чи сторони могли піти на такий крок, зважаючи на охлократично-демократичну ментальність запорожців. Однак ці події свідчать про те, що козацтво задовго до Визвольної війни середини XVII ст. не відкидало можливості у тій чи іншій формі встановити державно-правовий зв'язок із Росією.

Відносини реєстрового козацтва з Московським царством склалися інакше, ніж у запорожців. Це пояснюється двома очевидними обставинами: 1) реєстровці, як відомо, були підданими польського короля і перебували на військовій службі Речі

<sup>1</sup> Див.: *Сергійчук В.* Іменем Війська Запорозького. Українське козацтво в міжнародних відносинах XVI – середини XVII ст. – К., 1991. – С. 122.

<sup>2</sup> Див.: *Воссоединение Украины с Россией. Документы и материалы:* В 3 т. – М., 1954. – Т. 1. – С. 7.

<sup>3</sup> Див.: Там само.

<sup>4</sup> Див.: *Грушевський М.* Історія України-Руси. – Т. 7. Козацькі часи – до року 1625. – К., 1995. – С. 524.

<sup>5</sup> Див.: Там само. – С. 549.

Посполитої, а отже, офіційно вони не могли вступати у будь-які стосунки з іноземними державами інакше як із санкції польського уряду; 2) наприкінці XVI — першій чверті XVII ст. реєстрова старшина, зокрема гетьмани К. Косинський, С. Наливайко, С. Кішка, П. Сагайдачний, М. Дорошенко, виношувала плани створення Української держави — автономії у складі Речі Посполитої легітимним шляхом унаслідок результативних переговорів із польським урядом.

Більше того, у першій половині XVII ст. реєстрові козаки неодноразово у складі польсько-литовської армії брали участь у військових діях проти Московського царства. На початку XVII ст. вони були учасниками походів на Москву Лжедмитрія I і Лжедмитрія II та польської інтервенції у Росії 1609–1612 рр. Завдяки успішним діям козаків на чолі з гетьманом П. Сагайдачним у війні 1617–1618 рр. польський уряд уклав вигідне для себе Деулінське перемир'я з Росією. Під час польсько-російської війни 1633–1634 рр. козаки становили більшу частину польсько-литовського війська. Поразка Московського царства у цій війні дала можливість Речі Посполитій підписати вигідний для неї Полянівський договір.

Потепління у стосунках реєстрового козацтва із Росією намітилося тоді, коли козаки переконалися, що їх сподівання на здобуття державності від Польщі легітимним шляхом є марними. Особливо це стало помітно після поразки антипольського виступу козаків 1637–1638 рр., коли розпочалося масове переселення реєстровців на територію Московщини. Царський уряд визнавав їхнє військове самоврядування, приймав на військову службу, надавав матеріальну допомогу<sup>1</sup>.

Не викликає сумніву, що ці події, у випадку як із реєстровцями, так і з запорожцями, згодом послужили прецедентом для генерального уряду Б. Хмельницького просити захисту в московського царя, а для царського уряду — взяти під своє заступництво козаків. Але враховуючи демократичні традиції, військовий та дипломатичний досвід козацтва, навряд чи можна припустити, що вони пішли б на такий союз із Московським царством, який би обмежував їх «права та вольності».

Визначальна роль у процесі укладення україно-російської угоди 1654 р. належала главі Української держави — гетьманові

<sup>1</sup> Див.: Грушевський М. Історія України-Руси. — Т. 8. Роки 1626–1650. — К., 1995. — Ч. 2. — С. 66.

Б. Хмельницькому. Відомо, що у пошуках надійного союзника Б. Хмельницький проводив різновекторну зовнішню політику, адже без допомоги ззовні Україна не змогла б відстояти свою державність. Так, на початку Визвольної війни, спираючись на набутий козацтвом військово-політичний досвід, гетьман ініціював укладення військового союзу з Кримським ханством. У результаті складних україно-польських переговорів постала Зборівська угода 1649 р., за якою Польща визнала українську автономію у складі Речі Посполитої. В зв'язку із порушенням умов Зборівської угоди польським урядом у 1650 р. Б. Хмельницький погодився на протекцію Османської імперії — перейти «під крила і протекцію неосяжної Порти»<sup>1</sup>. Однак проти такого союзу виступила козацька старшина, адже Османська імперія розглядала Україну як зону своїх геополітичних інтересів і союз з нею неодмінно призвів би до ліквідації української державності. А після блискучої перемоги під Батогом у червні 1652 р. Б. Хмельницький рішуче взяв курс на побудову незалежної держави. Та невдала спроба створення антипольської коаліції, до якої мали ввійти придунайські князівства, змусила гетьмана в 1653 р. активізувати дипломатичні зносини з Московією. Але Б. Хмельницький не міг вважати Московське царство надійним союзником з огляду на те, що в 1647 р. царський уряд уклав оборонний союз з Польщею проти татар і на початку Визвольної війни існувала загроза виступу Росії проти України та її союзника — Кримського ханства на боці Польщі. На думку гетьмана, не була Росія і достатньо сильним союзником зважаючи на її поразки в першій половині XVII ст. від Польщі та Швеції, а також спустошливі міські повстання 1648–1650 рр. Хоча слабкість Росії вселяла надію на те, що вона не наважиться на ліквідацію української державності. Противником україно-російського союзу був генеральний писар І. Виговський — друга після гетьмана особа в державі, який мав значний вплив на Б. Хмельницького<sup>2</sup>.

Отже, видається маловірогідним, що Б. Хмельницький як досвідчений політик і дипломат, котрий прагнув стати монар-

<sup>1</sup> Див.: *Смолій В. А., Степанков В. С.* Українська державна ідея XVII–XVIII ст.: проблеми формування, еволюції, реалізації. — К., 1997. — С. 66.

<sup>2</sup> Див.: Центральний державний історичний архів України у Києві. — Ф. 2236. — Оп. 1. — Спр. 15. — Арк. 32–33; *Шерер Ж.-Б.* Літопис Малоросії. — К., 1994. — С. 116.

хом, свідомо міг укласти з Московським царством такий договір, який би передбачав входження України до складу Росії.

Умови укладення україно-російської угоди та її зміст добре відомі, але їх варто нагадати, щоб аргументовано сформулювати власне бачення автора характеру цієї угоди. Отже, у жовтні 1653 р. Земський собор ухвалив: «чтоб их не отпустить в подданство турецкому султану или крымскому хану... гетмана Богдана Хмельницкого и все войско Запорожское ... принять под защиту Российской державы»<sup>1</sup>. На початку 1654 р. генеральний уряд і представники царя на чолі з боярином В. Бутурліним обговорили основні положення майбутньої угоди — сторони домовилися про військовий союз проти Польщі (на початку переговорів вони лише в загальних рисах уявляли собі характер союзницьких відносин). 8 січня 1654 р. загальна військова рада у Переяславі ухвалила принципове рішення про союз України з Росією. Взяті на себе зобов'язання сторони скріпили: Росія — «царським словом», Україна — присягою гетьмана, козаків та міщан<sup>2</sup>. 9—10 січня делегації сторін прелімінарно узгодили та письмово зафіксували основні умови україно-російської угоди, що знайшло своє відображення у статейному списку В. Бутурліна<sup>3</sup>. На основі досягнутих домовленостей генеральний уряд розробив проект україно-російської угоди — «Прохальні пункти»<sup>4</sup>, які розглянула та схвалила рада старшин за участю полковників у Чигирині. В березні 1654 р. у Москві козацьке посольство, очолюване генеральним суддею С. Зарудним і переяславським полковником П. Тетерею, узгодило проект угоди з царським урядом. Після цього проект угоди було передано на схвалення цареві. Олексій Михайлович погодився прийняти 11 статей із 23, передбачених «Прохальними пунктами». Цей документ, що одержав назву «Березневі статті Б. Хмельницького», складає першу частину україно-російської угоди. Другою частиною угоди стала ратифікаційна «Жалованная грамота Богда-

<sup>1</sup> Див.: Полное собрание законов Российской империи — СПб., 1830. — Т. 1. — С. 293 (далі — ПСЗРИ).

<sup>2</sup> Див.: Яковлів А. Договори Богдана Хмельницького з московським царем Олексієм Михайловичем 1654 року. — Нью Йорк, 1954. — С. 21.

<sup>3</sup> Див.: Акты, относящиеся к истории Южной и Западной России. — СПб., 1878. — Т. 10. — С. 242–245 (далі — Акты ЮЗР).

<sup>4</sup> Див.: Універсали Богдана Хмельницького 1648–1657. — К., 1998. — С. 64–67.

ну Хмельницькому и всему Войску Запорожскому»<sup>1</sup>. Також царем були надані жалована грамота про привілеї Війська Запорозького, грамота про права і привілеї української шляхти, грамоти Б. Хмельницькому на володіння Чигиринським і Гадяцьким староствами, грамоти про печатку Війська Запорозького та про оголошення війни Польщі Росією<sup>2</sup>. Слід зазначити, що козацькій делегації не було надано можливості парафувати остаточний текст документів — переконатися в їх автентичності. Згодом генеральний уряд втратив свій екземпляр «Березневих статей», а Росія при укладенні Переяславської угоди 1659 р. пред'явила їх фальсифікат, який складався із 14 пунктів. А на початку XVIII ст. виявилось, що і в Посольському приказі Росії зберігся не оригінал угоди, а «список из белорусского письма» — переклад з української мови, який і було опубліковано в «Полном собрании законов Российской империи».

Генеральний уряд не оприлюднив текст договору, хоча козацький звичай вимагав промудрації міжнародних угод, зміст яких не був таємним. Пояснити це можна лише одним — гетьман і старшина були не задоволені змістом ратифікаційних актів і боялися невдоволення народу.

Юридичне дослідження україно-російської угоди 1654 р. та кваліфікація форми державно-правових зв'язків між Україною і Росією ускладнюються низкою обставин, серед яких можна виділити такі: сумніви щодо автентичності документів, відмінність у поглядах сторін на характер угоди, свідоме намагання сторін вживати неоднозначні формулювання, відмінність між юридично закріпленою формою державно-правових відносин та їх фактичною реалізацією, недосконалість правотворчості того часу, давність державно-правових явищ.

Автор схильний вважати, що Переяславсько-Московська угода 1654 р. мала характер двостороннього міжнародно-правового акта, де Військо Запорозьке і Московське царство виступали сторонами договірної угоди, який супроводжувався властивим для міжнародно-правових відносин узгодженням позицій, врахуванням взаємних потреб та інтересів сторін, встановленням їх прав і обов'язків<sup>3</sup>. Але вони не були рівноправни-

<sup>1</sup> Див.: ПСЗРИ. — СПб., 1830. — Т. 1. — С. 322–329.

<sup>2</sup> Див.: Акты ЮЗР. — СПб., 1878. — Т. 10. — С. 477–506.

<sup>3</sup> Див.: Тимченко Л. Д. Международное право: Учебник. — Х., 1999. — С. 90–91; Договір міжнародний // Юридична енциклопедія. — К., 1999. — Т. 2. — С. 239.

ми контрагентами договору, адже Військо Запорозьке подавало проект угоди, а царський уряд вносив до неї поправки і ратифікував у формі «пожалування».

Сутність договору зводилася до заступництва, підтримки та надання військової допомоги Україні Росією у війні проти Польщі, що означало встановлення відносин протекторату. Саме так сторони розцінювали характер угоди 1654 р. на час її укладення. Наприклад, В. Бутурлін після Переяславської ради заявив, що Військо Запорозьке перебуватиме «в обороне и зашищени»<sup>1</sup> царя, котрий триматиме Україну «у своїй протекції при непорушному збереженні старовічних прав і вольностей»<sup>2</sup>. Б. Хмельницький у листі до запорожців повідомляв про перехід Війська Запорозького «у союз та під протекцію великого московського монарха»<sup>3</sup>. І козаки вважали, що угода передбачала протекторат Росії над Україною — «монарший союз і протекцію»<sup>4</sup>. Свідченням суверенітету України та встановлення відносин протекторату слід вважати і щедрі царські подарунки гетьману та козацькій старшині<sup>5</sup>.

За договором 1654 р. царський уряд визнавав державний суверенітет України — «прежние права и вольности». Військо Запорозьке зберігало власні органи державної влади і управління (ст.ст. 1, 2, 9), правову систему (ст. 1), судову систему (ст.ст. 1, 2), полково-сотенний адміністративно-територіальний та військовий устрій (ст.ст. 8, 9), фінанси, податкову систему та мито (ст.ст. 1, 9), державний кордон з Московським царством та іншими країнами (ст. 8), право на дипломатичні зносини (ст. 5)<sup>6</sup>.

Варто нагадати, що протекторат — суб'єкт міжнародного права з обмеженою міжнародною правосуб'єктністю, який існував до початку ХХ ст.<sup>7</sup> І дійсно, на правах держави, яка встановлювала протекторат, Московське царство обмежувало суверенні права Війська Запорозького: зобов'язало генеральний

<sup>1</sup> Див.: Акты ЮЗР. — СПб., 1878. — Т. 10. — С. 225.

<sup>2</sup> Самійло Величко. Літопис. — К., 1991. — Т. 1. — С. 137.

<sup>3</sup> Там само. — С. 144.

<sup>4</sup> Там само. — С. 138–139.

<sup>5</sup> Див.: Баскин Ю. Я., Фельдман Д. И. История международного права. — М., 1990. — С. 76.

<sup>6</sup> Див.: ПСЗРИ. — СПб., 1830. — Т. 1. — С. 322–329.

<sup>7</sup> Див.: Баймуратов М. А. Международное право. — Х., 2000. — С. 74.

уряд передавати частину прибутків до царської скарбниці (ст. 1); обмежувало компетенцію генерального уряду стосовно дипломатичних зносин із потенційними противниками Росії — Османською імперією та Річчю Посполитою (ст. 5); вимагало від гетьмана брати участь у військових діях на боці Росії<sup>1</sup>.

Отже, об'єктом міжнародно-правового регулювання Переяславсько-Московської угоди 1654 р. були політичні, правові, економічні та військові питання. Це була базова угода, на яку сторони посилалися, укладаючи нові україно-російські угоди впродовж другої половини XVII — на початку XVIII ст. «Вечное подданство» царським урядом тлумачилося як свідчення безстрокового характеру угоди, а уряд України, навпаки, вважав її строковою зі строком дії, що визначався перебуванням при владі династії Романових.

Таким чином, позитивними державно-правовими наслідками укладення Переяславсько-Московської угоди 1654 р. було юридичне закріплення державного суверенітету України, що одночасно означало визнання її суб'єктом міжнародного права. Завдяки військово-політичній підтримці Росії Україна відстояла свій суверенітет у війні проти Польщі і продовжила процес становлення та розвитку національної державності. До негативних наслідків угоди 1654 р. слід віднести те, що вона передбачала обмеження суверенних прав та міжнародної правосуб'єктності України Росією, а це стало підставою для царського уряду розпочати наступ на Українську державу. Але остаточно знищити національну державність українського народу російському самодержавству вдалося лише більш ніж через століття. Та сталося це не у зв'язку з укладенням україно-російської угоди, а внаслідок внутрішніх суперечностей між претендентами на гетьманство та старшинськими угрупованнями, переваги особистих амбіцій і корпоративних інтересів над загальнодержавними. Про цей гіркий історичний досвід національного державного будівництва України другої половини XVII—XVIII ст. слід пам'ятати й нині.

*Надійшла до редколегії 26.09.02*

<sup>1</sup> Див.: ПСЗРИ. — СПб., 1830. — Т. 1. — С. 323—326.



*А. Дмитрієв*, кандидат юридичних наук

## **Вестфальський мир 1648 р. як основа першого світового правопорядку**

Священна Римська імперія (*Sacrum Romanum Imperium*) в історичному минулому Європи була унікальним державним утворенням, яке проіснувало трохи більше тисячі років. Її історія почалася з коронування у 800 р. н.е. в м. Аахені імператора Карла Великого (02.04.742 — 28.01.814), короля франків, і закінчилася 1806 р., коли склав із себе імператорську гідність кайзер Австрії Франц II (12.02.1768 — 02.03.1835). Назва цієї держави пов'язана з проголошенням себе імператором Карлом Великим «Августом, цезарем Римської імперії»<sup>1</sup>, що не тільки символізувало спадкоємний зв'язок із Західною Римською імперією, яка розпалася 476 р. н.е., а й запровадило коронування обраного імператора Папою Римським у Римі.

Священна Римська імперія охоплювала в різні періоди її існування значну частину Європи — Німеччину, Нідерланди, Францію, Іспанію, Італію, Англію (в період царювання Марії Тюдор у 1553—1558 рр.). Із формуванням національного абсолютизму і зміцненням європейських національних держав окремі країни вийшли зі складу імперії. Таким чином, Священна Римська імперія усе звужувалася в своїх кордонах і концентрувалася навколо Німеччини, так що до періоду Тридцятилітньої війни про неї говорили як про Священну Римську імперію німецької нації. Це пов'язано також зі сходженням на престол 1519 р. і наступною активною діяльністю імператора Карла V (24.02.1500 — 21.09.1558) — представника впливового і багатого Австрійського дому Габсбургів, що фактично закріпили за собою з 1438 р. імператорську корону.

Священна Римська імперія являла собою своєрідну модель монополярного правопорядку в Європі, правовою сутністю якої була імперська «конституція» — сума основних законів і вольностей, що регулювали внутрішньоімперський правопорядок. Осмислення такої правової моделі, заснованої на правових ре-

<sup>1</sup> Білер Г., Дмитрієв А. Вестфальський мир 1648 року (до 350-ї річниці договорів). — К., 1998. — С. 6.

аліях того історичного періоду, дозволяє краще зрозуміти місце Вестфальського миру 1648 р. у створенні не тільки нового імперського, а й нового європейського правопорядку.

Дослідження проблеми встановлення правового порядку у взаємовідносинах європейських держав доцільно здійснити під кутом зору аналізу учасників Оснабрюцького та Мюнстерського мирних договорів 1648 р., які у сукупності й складають так званий Вестфальський мир 1648 р. При цьому слід виходити з такої передумови, що загальноєвропейське значення договорів не викликатиме сумнівів тільки тоді, коли досягається єдність у поглядах на те, що більшість європейських держав у тій чи іншій формі брали участь у цих договорах. Має бути показано: незважаючи на те, що як Оснабрюцький, так і Мюнстерський договори обидва є формально двосторонніми, все ж практично майже всі держави Європи того історичного періоду виявилися залученими до них, і це вивело Вестфальський мир на рівень загальноєвропейського правового акта.

Вестфальський мир, підписаний 24 жовтня 1648 р. у Мюнстері повноважними представниками сторін, є, як відомо, договорами про мир між Імператором і Швецією, а також відповідно між Імператором і Францією. Це відображено в преамбулі і ст. I Оснабрюцького, а також у преамбулі і § I Мюнстерського договорів. Однак на цьому коло учасників та їх статус у зазначених правових актах далеко не вичерпується. По-перше, як зафіксовано в преамбулах, обидва договори підписані за згодою імперських станів: «... у присутності і зі схвалення та згоди курфюрстів, князів і представників станів Священної Римської імперії во славу Господню і на благо християнського світу зійшлися в думках щодо миру і дружби по нижченаведених пунктах і домовилися...»<sup>1</sup>

Що стосується Оснабрюцького договору, то відповідно до §§ 10 і 11 ст. XVII у ньому з правового погляду закріплені і фігурують, за винятком Папи Римського і турецького султана, майже всі західноєвропейські держави і німецькі суб'єкти імперії<sup>2</sup>. Це дало можливість, наприклад, Й. Пюттеру в його книзі «Дух Вестфальського миру» стверджувати: «Отже, зібравши всі ці держави, можна сказати, що майже вся Європа була зацікавле-

<sup>1</sup> Див.: Білер Г., Дмитрієв А. Вказ. праця. — С. 38–39, 53–54.

<sup>2</sup> Див.: Там само. — С. 52.

на в цьому правовому акті миру»<sup>1</sup>. З правової точки зору вибір формулювання «вся Європа була *зацікавлена*» не випадковий. Він до певної міри характеризує широту правової участі перелічених у договорі сторін, яка являє собою дещо більше, ніж *простий інтерес*, але менше, ніж *договірне партнерство*.

Виходячи з аналізу категорій учасників договорів, ці категорії можна поділити на чотири групи: сторони договорів, імперські стани (як специфічна сторона договорів), союзники та інші залучені сили і держави. Правовою основою для цієї класифікації є, з одного боку, згадувані вище преамбули обох договорів, а також ст. I Оснабрюцького і § I Мюнстерського договорів, які визначають вказані нами дві перші категорії учасників.

«Стаття I [Відновлення миру]

Нехай між Його святою Імператорською Величністю, Австрійським Домом із усіма його союзниками і прихильниками і Його всіма наступниками і спадкоємцями, особливо між католицьким Королем, курфюрстами, князями і представниками станів імперії, з одного боку, і Її святою Королівською Величністю і королівством Швеції з усіма союзниками і прихильниками і всіма наступниками і спадкоємцями, особливо між Християннішим Королем і згаданими курфюрстами, князями і представниками станів, з іншого боку, панує християнський всеосяжний вічний мир так само, як і вірна та щира дружба; і цей мир повинен бути чесно і неухильно дотриманий і збережений, так щоб кожна частка [майбутньої] користі, пошани і переваги сприяла іншим і щоб як з боку Римської імперії з королівством Швеції, так і з боку королівства Швеції зі [Священною] Римською імперією, могло відновитися і розквітнути надійне сусідство, справжній мир і вірна дружба»<sup>2</sup>.

З іншого боку, такою правовою основою були §§ 10 і 11 ст. XVII Оснабрюцького договору, які містять перелік інших учасників. Зазначимо, що ці параграфи договорів свідчать про таке:

«[Учасники з боку Імператора]

[§ 10] У даний мирний договір мають бути включені з боку ясновельможного Імператора усі без винятку союзники і при-

<sup>1</sup>Pütter J.S. Geist des Westphälischen Friedens nach dem innern Gehalte und wahren Zusammenhänge der darin verhandelten Gegenstände historisch und systematisch dargestellt. — Göttingen, 1795. — S. 32 (цит. за: Steiger H. Der Westfälische Frieden. — Grundgesetz für Europa? — München, 1998. — S. 37).

<sup>2</sup> Цит. за: Білер Г., Дмитрієв А. Вказ. праця. — С. 39.

хильники Його Величності, а саме: католицький Король, Австрійський Дім, курфюрсти і князі Священної Римської імперії, серед них також герцог Савойї та інші стани Римської імперії, включаючи вільних лицарів і ганзейські міста; так само король Англії, король і королівство Данії і Норвегії з приналежними країнами, як і герцогство Шлезвіг, король Польщі, герцог Лотарингії і всі князі і міста-республіки Італії, провінції Об'єднаних Нідерландів, кантони Швейцарії і Граубюнден і князь Трансильванії (Семиграддя).

[Учасники з боку Швеції]

[§ 11] З боку найсвятішої Королеви і королівства Швеції повинні [бути включені] усі союзники і прихильники, а саме: Християннійший Король, курфюрсти, князі і [інші] стани, включаючи вільних лицарів і ганзейські міста, король Англії, король і королівство Данії і Норвегії з приналежними країнами, герцогство Шлезвіг, король Польщі, король і королівство Португалії, Великий князь Московський, [місто] республіка Венеція, Об'єднані Нідерланди, Швейцарія і Граубюнден і князь Трансильванії (Семиграддя)»<sup>1</sup>.

Виходячи з аналізу наведеного нормативного матеріалу, можна більш предметно зупинитися на запропонованій вище класифікації учасників договорів.

*Сторони договорів.* Ними є в Оснабрюцькому договорі Імператор і Королева Швеції, а в Мюнстерському договорі — Імператор і Християннійший Король Франції. Відповідно до преамбули договорів повноважні представники зазначених коронованих персон «зійшлися в думках щодо миру і дружби... і домовилися...» У заключних статтях договорів підкреслюється, що вони підписали ці договори на першому місці і обіцяли забезпечити їх ратифікацію відповідним чином. З урахуванням перевірених у встановленому порядку повноважень, які були у всіх представників, вони діяли правомірно з погляду міжнародного права від імені сторін, що їх направили.

*Імперські стани як специфічна сторона договорів.* Курфюрсти, князі та інші імперські стани, включаючи міста Ганзейського союзу і вільне імперське лицарство, в текстах Вестфальського миру згадуються як «прихильники», однак їх формальні по-

<sup>1</sup> Цит. за: Білер Г., Дмитрієв А. Вказ. праця. — С. 52.

зиції в договорах і до договорів є досить-таки відмінними від зазначеної формальної згадки.

Єдність імперських станів як ланок імперії з їх позицією союзника однієї з воюючих сторін все ж виразно проглядається в текстах обох договорів. Так, у преамбулах вказується, що представники Імператора і Королеви Швеції, а також відповідно Християннішого Короля Франції, як уже зазначалося вище, підписали договори «у присутності і зі схвалення та згоди курфюрств, князів і представників станів Священної Римської імперії». Іншими словами, саме в обстановці «схвалення та згоди» імперських станів. Однак саме вони з'явилися серед учасників конгресу і вели переговори в Мюнстері і Оснабрюку не поодиночці. Їх правова позиція там була складною. У кінцевому результаті вони використали свій досвід сприяння в прийнятті рішень за аналогією ведення засідань рейхстагу, тобто особисто, коли деякі імперські стани обстоювали свої особисті інтереси<sup>7</sup>. Вирішальним при цьому було те, що імперські стани не тільки допомагали порадами повноважним представникам Імператора, а й брали участь в обговоренні договорів як через своїх представників у Мюнстері та Оснабрюку, так і особисто. Таке саме особисте схвалення імперськими станами було не тільки політичною, а й насамперед також правовою передумовою укладення миру. В такій ситуації Імператор уже не вирішував сам за всю імперію питання війни і миру.

Отже, стає очевидним, що імперські стани, принаймні на кінцевому етапі переговорного процесу, зайняли досить самостійну позицію, яка вийшла за рамки простих статистів. Саме вони привносили у вектор переговорного процесу про мир ті останні політичні рішення, яких вимушений був дотримуватися й Імператор. А це вже щось більш обширне і вагоме, ніж закріплена в договорах категорія «прихильники», — скоріше, саме всеохоплююче поняття «імперія». Ця позиція імперських станів, що відображає правовий зміст договорів, була до цього пов'язана з їх позицією як суб'єктів імперії, однак як корпоративною, загальною позицією, а не як самостійною і власною позицією окремого стану, що суб'єктивно відповідає лише за себе.

Примітно, що ті 66 імперських станів, які взяли участь у переговорах шляхом направлення на них власного повноважного

<sup>7</sup> Див.: *Dickmann F. Der Westfälische Frieden. — 6 Aufl. — Münster, 1992. — S. 163, 187.*

представника<sup>1</sup>, були перерозподілені. Рішенням конгресу від 13 жовтня 1648 р. серед них була виділена група в кількості 15 імперських станів, представники яких безпосередньо підписали і забезпечили ратифікацію договорів.

У тексті обох договорів для врегулювання окремих специфічних проблем використана також інша формула партнерських взаємовідносин Імператора та імперських станів, а саме: «Імператор та імперія». У різних контекстах ця формула використана в §§ 69, 72 і 73 Мюнстерського договору, а також у §§ 1, 6 і 7 ст. X Оснабрюцького договору<sup>2</sup>.

Виходячи з цього, можна зробити висновок, що імперські стани все ж таки можуть бути віднесені до категорії специфічної сторони у Вестфальському мирі<sup>10</sup>. Саме імперські стани є органічною складовою формули «Імператор та імперія» у всій різноманітності і єдності, властивій цьому взаємозв'язку. В кінцевому результаті самостійною стороною в договорах не були ні Імператор, ні імперські стани.

*Союзники.* Вже в ст. I Оснабрюцького і § 1 Мюнстерського договорів однаково згадуються як союзники імперські стани. Але про інших союзників у цих актах говориться по-різному. Союзником Імператора в Оснабрюцькому договорі названо короля Іспанії (за текстом — «католицький Король»); а союзником Швеції — короля Франції (за текстом — «Християнний Король»). У § 1 Мюнстерського договору серед союзників Імператора не вказано короля Іспанії, в той час, коли на французькому боці як союзник згадується королева Швеції у контексті, аналогічному ст. I Оснабрюцького договору.

Це пояснюється тим, що король Іспанії як союзник Імператора не був сприйнятий французькою стороною. Остання аргументувала свою позицію тим, що не укладає договір про мир із королем Іспанії — держави, з якою ще перебуває в стані війни. Тому Франція висунула пропозицію не згадувати в договорі «католицького Короля»<sup>4</sup>.

Що ж до французької і шведської Корон, то вони виступали як союзниці одна одній, відповідно до «свого» договору. Імпе-

<sup>1</sup> Див.: Білер Г., Дмитрієв А. Вказ. праця. — С. 12–13.

<sup>2</sup> Див.: Там само. — С. 79–179.

<sup>3</sup> Про слуханість такого висновку можуть свідчити і міркування деяких німецьких дослідників (див., напр.: Steiger H. Вказ. праця. — S. 42–44).

<sup>4</sup> Див.: Steiger H. Вказ. праця. — S. 38.

ратор же в обох договорах постійними союзниками мав імперські стани.

Позиція союзників не була ні індивідуальною, ні самостійною. Вони не підписували договору і не ратифікували його, як не робили цього і сторони відносно «паралельного» договору, хоча формально всі союзники значилися партнерами по переговорах, принаймні в Мюнстері, де французи сперечалися з представниками Імператора з приводу повноважень і добилися того, щоб їх повноваження поширилися і на переговори з «союзниками і прихильниками»<sup>1</sup>. Під цим малися на увазі передусім союзні імперські стани, які таким чином були втягнуті в переговорний процес і серйозно ставилися до цього права. При цьому імперські стани вели переговори на основі імперських норм права.

*Інші залучені сили і держави.* У §§ 10 і 11 ст. XVII Оснабрюцького договору перелічені окремо від союзників інші залучені до договору держави. Вони утворюють три цілком визначені групи:

- 1) держави, названі від обох сторін, тобто від Імператора і Швеції, хоча і окремо;
- 2) держави, вказані на боці тільки Імператора;
- 3) держави, вказані на боці Швеції.

До представників держав, вказаних на боці Імператора, договір зараховує монархів Англії, Польщі і Данії, князя Семиграддя, Республіку Венецію та округи Швейцарії. Крім того, на боці Імператора серед імперських станів названі герцоги Савойї і Лотарингії, а також усі князі і міста-республіки Італії. Шведська сторона називає короля Португалії і Великого князя Московського. У свою чергу в Мюнстерському договорі (§ 119), крім Республіки Венеції, що виступала як посередниця, інші сили не згадуються.

Як відомо, починаючи з XVI ст. при підписанні Габсбургами міжнародних актів з'явився звичай залучати до числа своєрідних «свідків» договорів про мир монархів третіх країн. При цьому такі «свідки» у договорах дуже різні: Папа Римський, королі, князі і республіки, а також імперські стани чи навіть окремі персони мирського або духовного сану<sup>2</sup>. Цей звичай знайшов своє відображення і при підготовці Вестфальського

<sup>1</sup> Див.: Steiger H. Вказ. праця. — S. 39.

<sup>2</sup> Див.: Там само. — S. 45.

миру 1648 р. Тут, імовірно, позначилося ще і прагнення сторін до надання мирові універсального характеру «європейського» значення. Як подібні «свідки», вказані в Оснабрюцькому і Мюнстерському договорах ті іноземні сили, які до моменту підписання актів не брали участі у війні в Німеччині. Тільки Швейцарія, з правового погляду, безпосередньо залучена в договір.

Представники названих «залучених» сил, як правило, не брали участі в роботі Вестфальського конгресу. Які правові наслідки мало таке залучення до договорів сил, що не брали прямої участі в Тридцятилітній війні, важко пояснити<sup>1</sup>. З цього приводу самі договори не містять ніяких норм. Однак те, що в договорах зафіксовано найбільш помітні і впливові сили в Європі, додало їм справді «європейського» звучання, не кажучи вже про їх міжнародно-правове значення як основи створеного європейського правопорядку.

Оснабрюцький і Мюнстерський договори 1648 р. не тільки стали ефективним регулятором міжнародних відносин в період закінчення Тридцятилітньої війни 1618–1648 рр., а й заклали основу нового правопорядку в Європі аж до початку ХІХ ст. За формулою, вміщеною в статті І Оснабрюцького і § 1 Мюнстерського договорів, цей мир повинен був стати *християнським, всеосяжним, вічним і тривалим, пов'язаним з істинною і щирою дружбою* (виділено мною. — А. Д.). Такий мир сторони намагалися усталити як у взаємовідносинах між сторонами договору, так і між їх союзниками і прихильниками. Стан миру підбив підсумок стану війни і припинив воєнні дії. Мир настав відразу ж після підписання договорів повноважними представниками і скріплення їх печатками. Цим завершилося панування права війни і вступило в дію право миру. При цьому ратифікації договорів не чекали, а тлумачили стан, що склався відразу після підписання договорів, уже як природне перемир'я. Крім того, всі інші домовленості, які містяться в договорах, повинні були негайно виконуватися, що було звичаєвою нормою, властивою міжнародним відносинам того часу<sup>2</sup>.

Якщо говорити про всіх учасників Тридцятилітньої війни, які вели між собою воєнні дії в період з 1618 по 1648 рр., то Вест-

<sup>1</sup> Див.: Steiger H. Вказ. праця. — S. 47.

<sup>2</sup> Див.: Guggenheim P., Marek K. Art. «Verträge, völkerrechtliche» // «Wörterbuch des Völkerrechts / Hrsg. H.-J. Schlochauer. Bd 3. — 2. Aufl. — Berlin, 1962. — S. 528–544, hier 534.



фальський мир безпосередньо не передбачав установаження між ними перемир'я або миру. Мається на увазі, що ще в період самої Тридцятилітньої війни Імператором було укладено окремі мирні договори, наприклад, з Данією (22.05.1629 р.), з князем Семиграддя (16.12.1645 р.), а також між королевою Швеції і королем Данії (13.08.1645 р.). Тому Вестфальський мир став передусім миром для самої імперії, хоча і не для всієї. Зокрема, для Бургундії, що зафіксовано в § 3 Мюнстерського договору, мир відсувався до закінчення іспансько-французького воєнного протистояння<sup>1</sup>.

Отже, слід зазначити, що Оснабрюцький і Мюнстерський договори 1648 р. установили, з одного боку, стан миру безпосередньо між учасниками договорів, а з іншого — сприяли закінченню стану воєнних дій і між іншими суб'єктами міжнародного права. На це вказано в ст. I Оснабрюцького і § I Мюнстерського договорів, де написано: «... і цей мир повинен бути чесно і неухильно дотриманий і збережений, так щоб кожна частка [майбутньої] користі, пошани і переваги сприяла іншим...». Тобто, Вестфальський мир стосувався різних груп учасників договорів не тільки через встановлення стану миру як такого, а й через змістовне регулювання його нормами відносин між ними, цими групами, що, власне кажучи, і створило передумови, які дозволили закінчити війну.

Що ж до оцінки Оснабрюцького і Мюнстерського договорів як міжнародно-правових актів, то маються на увазі значною мірою також «вторинні зв'язки», що наділяють сторони договорів правами щодо дотримання і збереження їх умов, насамперед миру, порушення якого вважається недопустимим.

Така формула, що міститься в текстах договорів, запозичена із загального міжнародного права. Наприклад, ще Гуго Гроцій вказував на виняткові обставини порушення миру: «Мир розривається... і діянням, яке суперечить тому, що передбачено в мирному договорі. Під таким діянням розуміється також і нездійснення належної дії в належний час»<sup>2</sup>. Тому в наведених вище текстах §§ 4–6 ст. XVII Оснабрюцького і відповідних їм

<sup>1</sup> Див.: Білер Г., Дмитрієв А. Вказ. праця. — С. 162–163.

<sup>2</sup> Гроцій Г. О праве войны и мира: Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права. — М., 1994. — С. 782.

§§ 114–116 Мюнстерського договорів містяться норми, спрямовані виключно на гарантії дотримання домовленостей.

Хоча у тексті договорів, як бачимо, не містяться норми міжнародно-правового регулювання відносин між усіма союзниками та іншими залученими до договорів силами, важливим є положення § 5 про необхідність «передати матеріали для укладення мирної угоди...». Тому, спираючись на вказану норму, всі союзники і залучені суб'єкти міжнародного права могли додатково укладати між собою договори про мир. Таким договором, наприклад, став укладений 1681 р. договір між Нідерландами і Швецією про підтвердження сили Вестфальського миру 1648 р.<sup>1</sup>

Без сумніву, в наслідках Вестфальського миру так чи інакше були зацікавлені і багато інших європейських держав. Наприклад, король Англії був зацікавлений у сприятливому розв'язанні проблем свого родича у Пфальцькій справі; короля Данії зачіпали наслідки територіального врегулювання на узбережжі Північного і Балтійського морів на користь північної суперниці — королеви Швеції і т.под. Крім цього, обидва договори створювали загальне правове поле для Імператора та імперії як з погляду внутрішнього правового регулювання, так і для визначення їх позицій у системі європейських держав. І в цьому вбачалося загальне значення договорів. Мається на увазі, безумовно, те, що таке залучення до договору інших суб'єктів міжнародного права швидше гарантувало регулятивний процес, ніж спричиняло його відторгнення ззовні чи протести проти такого мирного врегулювання.

Залучення ж до участі в договорах у тому вигляді, як це було здійснено в Оснабрюцькому і Мюнстерському договорах, саме тих суб'єктів міжнародного права, статус яких у лабільній системі європейських держав того часу був ще недостатньо стабільним, мало найбільш важливе значення для становлення сучасного міжнародного права. Саме за допомогою такого залучення до участі у Вестфальському мирі вони визнавалися рівноправними членами лабільної системи держав: включення таких у текст договору однієї зі сторін викликало необхідність згоди з цією пропозицією іншої сторони. Наприклад, для Великого князя Московського таке включення в текст договору було важливе ще й тим, що європейські держави побічно визна-

<sup>1</sup> Див: *Steiger H.* Вказ. праця. — S. 52.

вали його договір зі Швецією (укладений в Столбовому 27.02.1617 р.) і договір з Польщею (укладений в Дойліному 3.01.1619 р.). Це ж дозволило новому російському цареві Олексієві Михайловичу після підбиття основних підсумків Тридцятилітньої війни відновити в 1654 р. дипломатичні відносини з Імператором Фердинандом III (відомо, що з 1617 р. Москва не підтримувала дипломатичних відносин зі Священною Римською імперією)<sup>1</sup>. Іншими словами, Москва знову активно підключилася до офіційних міждержавних відносин у системі європейських держав, після того як 37 років впливала на європейські події лише опосередковано (через Данію, Швецію та ін.). Це стало важливим міжнародно-правовим наслідком Вестфальського миру і для Московської держави. При цьому слід звернути увагу на те, що титул «цар» у Великого князя Московського на той період у Європі ще не був визнаний.

Отже, як висновок слід підкреслити, що в позитивно-правовому розумінні значення Вестфальського миру 1648 р. не треба тлумачити буквально як «основний закон» для Європи або для європейської міжнародно-правової системи держав. Такий фундаментальний характер у значенні *lex fundamentalis* Оснабрюцький і Мюнстерський мирні договори 1648 р. мають лише для імперсько-правових відносин і для самої імперії. На це звертають увагу і деякі німецькі дослідники права<sup>2</sup>.

Особливий же характер цих договорів для визначених ними сторін та інших учасників убачається в нормативно-правовій дії Вестфальського миру 1648 р. після його укладення. Маються на увазі його приписи, створена ним основа та умови для укладення наступних міжнародно-правових актів у системі європейських держав. Саме така дія Оснабрюцького і Мюнстерського мирних договорів легко простежується в позитивному міжнародному праві аж до кінця XVIII ст. Безпосередньо після 24 жовтня 1648 р. було укладено низку договорів між різними учасниками Вестфальського конгресу, наприклад, договір від 24 березня 1651 р. між курфюрстом Кельна (як єпископа Гільдесхайма) і євангелічними станами, а також договір між Швецією і князівством Бранденбург, укладений 4 травня 1653 р., та ін. Але

<sup>1</sup> Див.: Поршнев Б. Ф. Тридцатилетняя война и вступление в нее Швеции и Московского государства. — М., 1976. — С. 45.

<sup>2</sup> Докладніше про це див.: Steiger H. Вказ. праця. — S. 55.

найважливішими в цьому ряду визнані Нюрнберзька угода від 26 червня 1650 р. між Священною Римською імперією і Швецією, а також договір від 2 липня 1650 р. між Імператором і французьким Королем<sup>1</sup>. Саме вони істотно доповнили механізм реалізації мирних домовленостей після завершення Тридцятилітньої війни.

В подальшому істотне значення в цьому напрямку мали союзницькі (об'єднувальні) договори, такі як договір від 15 грудня 1654 р. між курфюрстами Кельна, Тріра і Баварії з єпископом Мюнстера; або об'єднувальний договір між курфюрстами Майнца, Тріра і Кельна з єпископом Мюнстера і пфальцграфом Нойбурга, укладений 11 серпня 1655 р.; або Перший рейнський союз між курфюрстами Майнца, Тріра і Кельна, єпископом Мюнстера, пфальцграфом Рейнським, шведським Королем, що виступав як герцог Бремена, герцогом Брауншвайг-Люнебурга і ландграфом Гессен-Касселя, скріплений договором від 14 серпня 1658 р.<sup>2</sup> Характерно, що в них є посилання на зобов'язання учасників Оснабрюцького і Мюнстерського договорів, визначалися завдання щодо захисту і втілення в життя ідей Вестфальського миру.

Підтвердження ідей і принципів Вестфальського миру можна знайти в пізніших договорах учасників конгресу, що поклав кінець Тридцятилітній війні. До таких договорів слід віднести Піренейський мир, укладений у 1659 р. між іспанським і французьким монархами. У ньому згадується Мюнстерський договір у зв'язку з відмовою іспанського Короля від прав на Ельзас. Що ж до іншої сторони договору — Короля Франції, то зв'язок із Вестфальським миром простежується лише в тому, що за традицією, що склалася, до договору з його боку залучені учасники Першого Рейнського союзу, згадуваного нами вище. Суттєвіший зв'язок Піренейського миру з Мюнстерським договором полягає в тому, що він приніс мир Бургундському округу відповідно до вимог § 3 Мюнстерського договору.

Іншим таким прикладом може слугувати Олівійський мир, укладений між шведським і польським королями 1660 р. У ньому згадується Оснабрюцький договір при формулюванні умов самого Олівійського миру<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Steiger H. Вказ. праця. — S. 56.

<sup>2</sup> Див.: Там само. — S. 56.

<sup>3</sup> Див.: Там само. — S. 59.

Одним із останніх договорів, де є прямі посилання на Вестфальський мир, був Раштаттський мирний договір, укладений 6 березня 1714 р. між французьким Королем і Королем Фрідріхом I Пруським, з одного боку, та Імператором і імперією — з іншого. Раштаттський мир входить до числа восьми договорів, які врегулювали невгамовні спадкові претензії іспанської Корони, що викликали воєнні зіткнення різної тривалості в період з 1678 по 1713 рр.<sup>1</sup>

До кінця XVIII ст. уже дещо змінюється сприйняття Вестфальського миру. Він стає вже частиною загального правопорядку і миропорядку в Європі, однак оцінюється як його початок, початковий пункт. Оснабрюцький і Мюнстерський договори становлять певним чином початок договірної і міжнародно-правового регулювання відносин між Імператором та імперією, з одного боку, і з французькою та шведською Коронами — з іншого. При більш предметному розгляді виявляється, що імперія до 1648 р. не уклала власних договорів з іншими державами. Це стало можливим і набуло фундаментального міжнародно-правового значення тільки після Вестфальського конгресу. Таким чином, нове право накладалося на старе; нові правові принципи брали верх над віджилими, навіть всупереч опору останніх. У цьому полягає сутність нового, що являли собою два мирних договори, які по праву стали початковим пунктом для нового правопорядку в Європі.

*Надійшла до редколегії 15.09.02*

<sup>1</sup> Див.: Steiger H. Вказ. праця. — S. 61.

# ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

*О. Підпригора, академік АПрН України*

## **Розмежування і взаємодія публічного і приватного права як методологічна проблема вітчизняного правознавства\***

Сьогодні на пострадянському просторі, зокрема в Україні, спостерігається певна криза цілісності традиційних радянських соціальних цінностей. Однією з головних ознак цієї кризи є масова втрата довіри до права — і з боку не тільки його споживачів, а й законодавців і «поширювачів» права. Якщо за радянських часів право певною мірою уособлювало почуття загальної мети, почуття певного суспільного порядку і соціальної справедливості, породжені для генерацій, що існували, суспільним ладом і державним устроєм, то з розпадом СРСР було підірвано колишню довіру до правових цінностей, державних інститутів і юридичних процесів, які забезпечували правопорядок в радянському суспільстві і підтримували справедливість, що існувала.

Як відомо, політичний рух до незалежності колишніх союзних республік не спирався на будь-яку науково обгрунтовану теорію трансформації суспільства. Відсутність необхідної наукової обгрунтованості державної політики трансформації суспільства стала по суті однією з важливих причин млявого і багатостраждального для народів пострадянських держав історичного руху. Тому впродовж десятиліття становлення та утвердження незалежності, в тому числі України, в центрі уваги політиків, державних і громадських діячів було і залишається питання про концептуальні засади демократичної трансформації українського суспільства, зокрема його державно-правових відносин. За цей час суспільство пережило ідеологію і практи-

---

\* Стаття є своєрідною рецензією на монографію В. М. Селіванова «Право і влада суверенної України: методологічні аспекти» (К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2002).

ку підміни демократичної трансформації українського суспільства ринковим перетворенням його економіки, майже абсолютного зречення від державного управління процесами соціально-економічного та політичного розвитку і досягло загальнодержавного усвідомлення незвідності категорії «демократична трансформація суспільства» до ринкових реформ, необхідності створення в Україні системи стратегічного державного управління (на основі не тільки прямих, а й зворотних зв'язків) публічними сферами суспільства, без яких годі навіть мріяти про забезпечення приватних інтересів людини, а отже, єдність і цілість, безпеку і виживання суспільства в цілому. Все глибше суспільство починає усвідомлювати, що лише добросовісна конкурентоспроможність різних його сфер функціонування, а не тільки економіки, заснованих, зокрема, на праві і ринковій мотивації, є підґрунтям соціального розвитку. Причому право в даному випадку слід розуміти не тільки в його формально-юридичному значенні як сукупність норм, правил поведінки, встановлених державою для запобігання соціальним конфліктам і забезпечення суспільного правопорядку, а й як об'єктивну соціальну функцію, що спрямована на збереження цілості суспільства і сприяння його сталому і динамічному розвитку і в соціальній дійсності проявляється через конкретну форму юридичної діяльності. Тобто суб'єктивний аспект права і в теорії, і в практиці має бути органічно пов'язаний з його об'єктивною стороною, вплив якої завжди необхідно враховувати, навіть якщо ми штучно, для дослідницьких цілей, виокремлюємо суб'єктивний аспект. Суб'єктивну і об'єктивну природу права обумовлено наявністю в соціальній дійсності взаємопов'язаних приватних і публічних інтересів, взаємодія яких (при всіх їх особливостях) і визначає цілість будь-якої системи права, складовими якої є норми так званих підсистем приватного і публічного права. Чому я акцентую увагу на словосполученні «так званих»? Бо в реальній соціальній дійсності немає ні приватного, ні публічного права. Це наукові абстракції, що відображають загальні сутнісні ознаки норм, які регулюють відносини, пов'язані з інтересами як держави (норми і галузі публічного права), так і приватної особи (норми і галузі приватного права). Такий підхід спостерігався ще у юристів Стародавнього Риму, які розуміли право, зокрема, як науку про добре і справедливе, що

корисне всім або багатьом, а термін «право» — як похідний від терміну «правосуддя» (*justitia*). При цьому під публічним правом розумілося головним чином таке, яке стосувалося стану Римської держави, а під приватним — яке стосувалося вигоди окремих осіб. Але вже римські юристи усвідомлювали певний взаємозв'язок публічного і приватного права, обумовлений наявністю в суспільстві об'єктивно взаємопов'язаних приватних і публічних інтересів. Безумовно, правова, як і будь-яка інша, дійсність не стоїть на місці, вимагає постійного пізнання і, якщо це диктується конкретно-історичними потребами, перетворення. Проте в свою чергу це завжди має відбуватися на нових методологічній і теоретичній засадах. Так само, як і сьогодні в Україні, всі трансформаційні процеси, серед них і державно-правові, з метою адекватного пізнання і перетворення сучасної політичної і правової дійсності вимагають новітніх методології і теорії, головною ознакою яких є перехід від абсолютизації принципу «монізму», характерного для радянської юридичної науки, до визнання принципу «плюралізму», від односторонніх поглядів та оцінок державних і правових явищ — до порівняльного аналізу методик, широкого впровадження принципів доповнюваності і різноманітності, а не заміни одного одномислення іншим.

Сьогодні, коли законодавець незалежної України закріпив в її Основному Законі норму, відповідно до якої людина визнається в Україні найвищою соціальною цінністю, він не тільки доповнив її застереженням, що кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, її обов'язки перед суспільством, а й зазначив, що утвердження і забезпечення законних прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Тому Конституцію України треба розглядати як певну політико-юридичну модель сучасного українського державно упорядкованого суспільства, в якому визнається і забезпечується (за даних матеріальних і духовно-інтелектуальних умов) не тільки відносна автономія, розмежування приватних і публічних інтересів, а й їх справедлива взаємодія. Звідси одним із основних напрямів демократичної трансформації української системи права і наукових досліджень на цьому шляху мають бути пошуки розв'язання проблеми взаємодії відносно самостійних підсистем публічного і приватного права, які постійно розвиваються. Пере-



дусім на зазначених напрямі і шляху мають бути переосмислені багато різних методологічних позицій як пізнання, так і правотворення і державотворення, які понад сімдесят років становили теоретичне підґрунтя радянського правознавства та державознавства, сприяли теоретичному обґрунтуванню юридичних засад функціонування адміністративно-командної системи господарювання і управління, законодавчої і законозастосовної діяльності. Це насамперед стосується переосмислення наших стереотипів щодо праворозуміння, наших уявлень щодо соціальної природи і сутності права, змісту і структури його системи, принципів її формування і функціонування, співвідношення права і юридичного закону, механізму правового регулювання економіки тощо.

Відомо, що за часів існування колишнього СРСР, а відтак, і України як союзної республіки, система радянського права, зокрема цивільного, значною мірою була одержавлена і будувалася переважно на засадах, властивих не приватному і навіть не взаємодіючому з публічним, а лише публічному праву, яке в той час було покликане регулювати головним чином владовідносини, а точніше, відносини підкорення суспільства державі. Такий підхід обґрунтовувався «державно-центристською ідеологією», відповідно до якої осердям соціального розвитку є держава. Зокрема, одним з ідеологічних гасел було таке, що в радянському суспільстві «все в галузі господарства є публічно-правове, а не приватне». Це гасло особливо було (безпосередньо) спрямоване на обслуговування потреб одержавленої, планово-розподільчої економіки, захист публічних інтересів, ототожнених до того ж з державними інтересами. Це стосувалося і норм Цивільного кодексу УРСР, прийнятого у 1963 р., який продовжує бути чинним у наші дні, відбиваючи риси, притаманні економічній і політичній структурам вже не існуючого суспільного ладу колишнього СРСР, незважаючи на не ухвалений у 2001 р. Верховною Радою України новий Цивільний кодекс України.

Публічно-правова спрямованість радянського законодавства, в тому числі цивільного, не могла не позначитися на межах дії, характері, змісті права і його системі. Що стосується цивільного права, яке за своєю сутністю є «найближчим» до людини та її інтересів, то й у ньому були відсутні деякі інститути, відомі цивільному праву інших держав як галузі приватного права (на-

приклад, сервітути, право інтелектуальної власності), деякі з них мали обмежену дію (наприклад, право на захист особистих благ громадян та організацій). Певний ряд відносин, наприклад, у сфері підприємництва, взагалі не розглядався як предмет цивільно-правового регулювання. Більш того, ці відносини в умовах адміністративно-командної економіки і директивного державного управління розглядалися як злочинні, кримінально карані.

Цілісні майнові комплекси (будівлі, споруди) вважалися вилученими із цивільного обороту. Вони не були предметом цивільно-правових угод, і на них не можна було звертати стягнення. Угоди поставки, перевезення вантажів різними видами транспорту і багато інших за своїм змістом обумовлювались обов'язковими для сторін адміністративно-правовими актами, і тому начебто зацікавлені сторони практично не мали про що домовлятися. Свобода власності як громадян, так і кооперативних та інших громадських організацій була юридично обмеженою. Обсяг правомочностей громадян-власників не міг перевищувати меж, обумовлених соціально-економічним призначенням особистої власності, тобто по суті її споживчим характером. Особисті немайнові права громадян і організацій у цивільно-правовому порядку мали захищатися лише в передбачених законом випадках (наприклад, при порушенні честі та гідності). При цьому правоздатність громадян розглядалась, що обумовлено зазначеною «державно-центристською» ідеологією, виключно як властивість, дарована їм державою з метою вирішення загальних державних завдань розвитку продуктивних сил та піднесення народного господарства.

Наслідки відповідного підходу до організації суспільного, в тому числі державного, життя, коли були абсолютизовані і гіпертрофовані «загальні засади», публічні інтереси, при фактичному ігноруванні приватних інтересів, «особистих засад», проявилися через деякий час. Історією було доведено, що держава, виконуючи поряд з політичною об'єктивну соціальну функцію упорядкування суспільства, сприяючи його консолідації, цілості та розвитку, не може і не повинна відриватися від потреб, інтересів та законних прав і свобод людини, яка по суті є метою і критерієм оцінки розвитку державно організованого суспільства. В протилежному разі ідеологічно, політично та юридично буде готуватися

благодатне підґрунтя для послідовного становлення і утвердження авторитарного політичного режиму з його подальшою обов'язковою трансформацією у тоталітарний суспільно-політичний лад.

Прагнення суверенної України до стандартів демократії, насамперед європейської, громадянського суспільства, якому притаманне соціально орієнтоване ринкове господарство, базоване на конституційних засадах верховенства права та забезпечення прав і свобод людини і громадянина, зумовлює необхідність утворення в Україні нової правової системи, зокрема системи права і законодавства, які мали б, передусім, людський вимір. Тобто формування нових суспільних відносин в Україні, насамперед відносин приватної власності, підприємницьких відносин та відносин, що виникають у сфері функціонування трьох гілок державної влади, тощо потребує сьогодні не просто реформування «успадкованої» радянської правової системи, її складових, а заміни її на якісно нову, яка відповідала б демократичній сутності перетворень суспільного життя в цілому. Йдеться не про адміністративно-політичне скасування колишнього радянського права, а про його поступову, обумовлену і обґрунтовану заміну на рівні як одного з начал людського співжиття, однієї із соціальних функцій організації суспільних відносин, складного соціального утворення з особливою природою і логікою розвитку, так і офіційно-владних юридичних реалій (загальнообов'язкових норм, актів, діяльності і рішень судових та інших юридичних установ), з якими стикається у житті будь-яка людина.

Зрозуміло, що кардинальне перетворення існуючої в Україні системи права як один з важливих напрямів правової реформи, має відбуватися на базі чинної Конституції України і передбачати як підвищення ролі правотворчого і правозастосовного процесів у життєдіяльності суспільства і функціонуванні держави, так і посилення контролю громадськості у цих процесах, додержання принципу соціальної справедливості. Це передбачає не тільки чітке усвідомлення поточних завдань перехідного періоду формування змішаної економіки, подолання в суспільній правосвідомості уявлень штучного протиставлення держави і ринку тощо, а й усвідомлення стратегічних завдань підвищення ефективності публічного впливу на суспільні відносини з боку чинного законодавства, правового прогресу України, пов'язаного із зростанням рівня суб'єктивності

суспільних, зокрема економічних, відносин, і відповідно ролі приватноправових норм у процесі законодавчого регулювання певних суспільних відносин. Щодо ролі приватноправового регулювання в процесі упорядкування суспільних відносин, то слід особливо наголосити на його значенні як певного критерію оцінки вдосконалення публічного права, зокрема таких його галузей, як кримінальне і адміністративне. Основною характеристикою системи вітчизняного права мають бути її гуманізація, спрямованість на захист законних інтересів людини, її прав і свобод, що, безумовно, передбачає наповнення «букви» сучасних законів своєрідним «духом».

Крім зазначеного, якщо ми обираємо стратегією розвитку українського суспільства європейський курс, про що наголошувалося у цьогорічному Посланні Президента України до Верховної Ради України, то в цьому випадку ми маємо розуміти необхідність гармонізації з Європою всіх сфер життєдіяльності нашого суспільства, в тому числі сфери права, українського законодавства. А, як відомо, підґрунтям законодавства, зокрема Європейського Союзу, є приватне право, що взаємодіє з публічно-правовими нормами, які спрямовані державою на захист інтересів сторін ринкових відносин, насамперед прав споживачів.

Отже, проблема розмежування і взаємодії норм публічного і приватного права є не тільки методологічною за своїм характером, а й актуальною як для вітчизняного правознавства, так і для практики вітчизняного державотворення і правотворення — важливих складових процесу демократичної трансформації українського суспільства. На жаль, зазначена проблема як в цілому проблема сучасного праворозуміння ще не одержала у вітчизняній юридичній науці необхідної розробленості, відповідної потребам сучасної державно-правової практики.

В цьому плані викликає значний інтерес книга доктора юридичних наук, члена-кореспондента Академії правових наук України В. М. Селіванова «Право і влада суверенної України: методологічні аспекти», видана на початку 2002 р. Видавничим Домом «Ін Юре».

На основі конструктивно-критичної оцінки позитивістського підходу до розуміння права, відповідно до якого право по суті зводиться до юридичного закону як політичного інструменту закріплення і реалізації державної волі, підкреслюється

системна характеристика природи права, де юридичний аспект становить лише один із багатьох, що впливають на функціонування існуючої системи суспільних відносин, формування реальних суспільних приватних і публічних потреб та інтересів, їх конкретно-історичний взаємозв'язок. Слушно наголошується, що основний антагонізм між тоталітарним політичним режимом і правом полягає у зведенні права як об'єктивної соціальної функції упорядкування суспільних відносин до владно-вольового суб'єктивного припису, владної команди загальнообов'язкового характеру, які не мають нічого спільного з об'єктивно необхідним правопорядком, соціальним прогресом.

У книзі справедливо зазначається, що лише врахування як в юридичних дослідженнях, так і в практиці юридичної діяльності взаємозв'язку об'єктивного і суб'єктивного аспектів права дозволить системно підійти як до пізнання права та його зв'язків, так і до створення сучасної вітчизняної правової системи, зокрема системи права і законодавства. Системний підхід, зокрема до пізнання права, дозволяє, на думку автора, інтегрувати знання природно-правових теорій, що вважали джерелом права суспільну мораль, і знання, що обґрунтовувалися і обґрунтовуються позитивістами, які джерелом права вважають державну волю, владу і політику.

З урахуванням об'єктивного взаємозв'язку приватних і публічних суспільних інтересів, без якого не може бути ні громадянської злагоди, ні цілості суспільства, в монографії здійснюється аналіз проблеми розмежування і взаємодії приватного і публічного права, який по суті проходить крізь усі глави роботи, крізь першу і другу частину книги, на тлі необхідності впровадження в сучасну вітчизняну юридичну науку і практику «людино-центристської» ідеології. Йдеться про ідеологію, яка має замінити традиційну для радянського політичного режиму «державно-центристську» ідеологію і відповідно до якої законні права і свободи людини і громадянина повинні визначати зміст і спрямованість діяльності держави, а не навпаки, як це фактично було, коли суспільство підкорялося державі. Зазначена проблема аналізується у зв'язку з питаннями організації державної влади, формами її реалізації, розвитком громадянського суспільства і відповідної йому правової, соціальної держави тощо.

Автор слушно наголошує, що сучасне наукове вирішення проблеми співвідношення приватного і публічного права при

створенні вітчизняної системи права є певною передумовою підвищення ефективності правової політики Української держави, її законодавчої і виконавчої діяльності, зокрема державного управління.

Здобуття і теоретичне опанування, а також практичне використання знань про закономірності розмежування і взаємодію приватного і публічного права вірогідно сприятиме уникненню в процесі державної діяльності ситуацій, коли, з одного боку, віддається перевага підзаконним актам, а не законам, а з іншого — вимагається встановлення диктатури закону замість розроблення і прийняття правових законів, тобто таких, які обов'язково повинні відповідати реальним потребам розвитку суспільства, а не тільки потребам та інтересам представників влади. Тим самим істина про право і в праві має шукатися поза волею законодавця, думками і позиціями офіційних представників державної влади (хоча вони повинні враховуватися в процесі дослідження права). Історично доведено, що правопорядок у суспільстві, зокрема як певна система формальних інститутів, юридичних норм і процедур тощо, за допомогою яких держава намагається впорядкувати хаос соціальних інтересів, мотивів, цілей, розв'язати можливі соціальні конфлікти тощо, своїм корінням сягає об'єктивно обумовленої потреби суспільства в його збереженні, підтриманні його цілості, забезпечення безпеки і виживання.

В монографії справедливо відзначається, що не можна зміщувати такі явища і поняття, як приватне і публічне право, як, власне, і абсолютизувати розмежування їх місця і ролі в системі права. Проблема співвідношення приватного і публічного права є однією з методологічних проблем, які мають визначальне значення для сучасного праворозуміння вітчизняного правознавства. І насамперед тому, як слушно зазначає В. Селіванов, що сучасне праворозуміння як в предметно розвинутому, так і змістовно розгорнутому вигляді має по суті охоплювати всю правову дійсність в її системному розумінні, а не тільки в юридичному як систему певних суспільних відносин, урегульованих державою за допомогою ухвалених нею загальнообов'язкових юридичних актів. Тоді й значення конституційно закріпленого принципу верховенства права не буде абсолютизуватися в процесі своєї реалізації, навпаки, розглядатиметься у необхідному взаємозв'язку з принципами верховенства Консти-

туції і закону, які хоча й формально не мають свого закріплення в Основному Законі, але впливають з його змісту. Тим самим зазначені принципи сприятимуть формуванню цілості системи вітчизняного права і системи законодавства, зниженню правового хаосу в суспільстві, а відтак, упорядкуванню в цілому існуючих суспільних відносин. У книзі слушно зазначається, що Конституція України за умов плюралізму поглядів, думок, позицій — це не тільки певна політико-правова модель упорядкування суспільних відносин (зокрема обмеження державної влади), а й єдиний нині в суспільстві інтегруючий політико-юридичний чинник, що має виступати основним офіційним критерієм оцінки на демократичність усіх реформ, які відбуваються в країні і по суті мають бути спрямовані на забезпечення справедливого розмежування і взаємодії приватних і публічних інтересів у суспільстві.

Слід відмітити, що не тільки вітчизняна юридична наука перебуває нині в перехідному стані світоглядного і методологічного перетворення та оновлення наукового знання, а й юридична освіта. З цієї точки зору, як видається, актуальною і своєчасною є рецензована книга, зміст якої є вдалим поєднанням світоглядного аналізу та формально-юридичного підходу до пізнання вітчизняної правової дійсності, її минулого, теперішнього і майбутнього. Оскільки монографія охоплює широкий спектр суспільствознавчих питань, вона, як видається, може використовуватися в процесі викладання сучасних проблем права і держави у вузах юридичного і неюридичного профілів.

Особливу увагу необхідно звернути на словник основних термінів і афоризмів юристів Стародавнього Риму, який є в книзі, а також на перелік використаної літератури, які можуть стати в нагоді не тільки студентам, а й викладачам вузів.

За широтою, глибиною, оригінальністю розкриття багатьох ідей це наукове дослідження, без сумніву, є значною подією в процесі розвитку вітчизняної юридичної науки. Результати даного фундаментального дослідження мають бути використані у роботі з розроблення як концепції розвитку вітчизняної юридичної науки, зокрема основних її складових, правознавства та державознавства, так і концепцій сучасного національного правотворення і державотворення.

*Надійшла до редколегії 07.09.02.*

*М. Сібільов*, член-кореспондент  
АПрН України

## Ознаки та поняття договору в сфері приватного права

В цивілістичній науці пануючим є положення про багатозначність терміна «договір»<sup>1</sup>, що знаходить своє відображення як у чинному цивільному законодавстві, так і в проекті нового Цивільного кодексу України (далі — проект)<sup>2</sup>. Цей термін охоплює такі правові явища, як юридичний факт (дво- чи багатосторонній правочин), що є підставою виникнення цивільних прав і обов'язків; саме договірне зобов'язання (правовідношення), породжуване укладеним договором, а також документ, в якому закріплюється (фіксується) факт встановлення між контрагентами зобов'язального правовідношення<sup>3</sup>. Оскільки усі зазначені правові явища, що охоплюються терміном «договір», мають відносно самостійний характер, саме їх аналіз дасть можливість встановити ознаки договору в сфері приватного права і сформулювати його інтегроване (комплексне) поняття.

Аналізуючи договір як підставу виникнення прав і обов'язків, дослідники підкреслюють, що в цьому значенні він є ступенем у класифікації юридичних фактів, оскільки договір, як і будь-який інший з них, породжує певні права і обов'язки. Саме з цієї точки зору договір можна поставити в один ряд з односторонніми правочинами, деліктами, адміністративними актами, юридичними вчинками<sup>4</sup>, оскільки всі вони за вольовою ознакою належать до юридичних дій. Але, як вірно відзначав О. Кра-

<sup>1</sup> Про інші точки зору з цього питання див.: *Красавчиков О. А.* Юридические факты в советском гражданском праве. — М., 1958. — С. 117–118; *Халфина Р. О.* Значение и сущность договора в социалистическом гражданском праве. — М., 1954. — С. 48–51.

<sup>2</sup> Текст, підписаний Головою Верховної Ради України 1 лютого 2002 р., взято в Інтернеті: <http://www//rada.gov.ua>.

<sup>3</sup> Див.: *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — М., 1975. — С. 26; *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. — М., 1997. — С. 12; *Зобов'язальне право. Теорія і практика / За ред. О. В. Дзери.* — К., 1998. — С. 18–19.

<sup>4</sup> Див.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Вказ. праця. С. 12–13; *Беляневич О. А.* Господарський договір та способи його укладання. — К., 2002. — С. 14.



савчиков, договір — це юридичний факт особливого роду<sup>1</sup>. Він відрізняється від усіх їх видів, у тому числі і тих, що належать разом з ним до правомірних юридичних дій. Це пов'язано, на нашу думку, з правочинною природою договору, яка впливає зі змісту як ст. 41 ЦК, так і ст. 203 проекту, в яких договір розглядається як двосторонній чи багатосторонній правочин. З урахуванням цієї обставини та з огляду на існуюче легальне визначення правочину в ст. 628 проекту вперше на законодавчому рівні запропоновано вважати, що договір — це домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків. Отже, договір — це вольовий юридичний акт, який виражає в єдиному волевиявленні загальну волю суб'єктів, спрямовану на настання зазначених наслідків<sup>2</sup>. Саме правочинна природа договору дала можливість дослідникам виявити такі його ознаки як юридичного факту. По-перше, наявність єдиного волевиявлення двох або більше осіб, що виражає їх загальну волю. По-друге, спрямованість спільних дій сторін на досягнення певних цивільно-правових результатів<sup>3</sup>.

З погляду на спрямованість цієї статті слід звернути увагу на таку істотну обставину. Договір — це саме цивільно-правовий юридичний акт, найбільш поширена підстава виникнення, зміни чи припинення цивільних прав і обов'язків, юридичний факт сфери приватного права. Він суттєво відрізняється від такого виду юридичних актів, якими є адміністративні акти. Це пов'язано з тим, що адміністративні акти є владними, односторонньо вольовими актами, що приймаються суб'єктами управління тільки в межах їх компетенції, вони є підставою для виникнення, зміни та припинення адміністративних правовідносин<sup>4</sup>. Саме тому адміністративні акти — це юридичні факти сфери публічного права. Відмінність договорів від адміністративних

<sup>1</sup> Див.: Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание, функции // Антология уральской цивилистики, 1925–1989. — М., 2001. — С. 169.

<sup>2</sup> Див.: Договір у цивільному і трудовому праві: Довідник / За ред. Ю. С. Шемшученка та Я. М. Шевченко. — К., 2000. — С. 9.

<sup>3</sup> Див.: Луць В. В. Контракты у підприємницькій діяльності. — К., 1999. — С. 15; Богданов Е. В. Договор в сфере предпринимательства. — Х., 1997. — С. 5.

<sup>4</sup> Див.: Адміністративне право України / За ред. проф. Ю. П. Битяка. — Х., 2000. — С. 127, 130.

актів знаходить свій прояв не тільки у сфері суспільних відносин, в яких вони використовуються, а й у суб'єктному складі учасників правовідносин, їх правовому становищі, юридичних наслідках<sup>1</sup>. Не випадково Я. Магазинер ще у 1925 р. пропонував поділяти юридичні акти не на угоди та розпорядження, а на акти приватні й публічні, залежно від того, яке право (приватне чи публічне) здійснює особа<sup>2</sup>.

Цілком зрозуміло, що в період існування радянського права, що було повністю опубліченим, такий поділ не мав права на існування, тим більше, що адміністративні (планові) акти визнавалися підставами виникнення і цивільних прав і обов'язків поряд з угодами (правочинами). Але і в цей період визнавалася галузева належність відповідних юридичних фактів. На пов'язаність характеру правового зв'язку між суб'єктами відповідної галузі права з певними юридичними фактами вказували, зокрема, В. Яковлев та О. Красавчиков. Центральне місце таких юридичних фактів цивільного права, як правочини (договори), В. Яковлев пов'язує з юридичною рівністю його суб'єктів, яка знаходить свій вираз в їх однопорядковій правоздатності. Саме вона, підкреслює В. Яковлев, обумовлює рівну можливість на вияв цими суб'єктами волевиявлення, спрямованого на встановлення правовідносин та визначення прав і обов'язків<sup>3</sup>. Погоджуючись із цим, слід лише підкреслити, що йдеться саме про вільне волевиявлення зазначених суб'єктів. Невипадково О. Красавчиков (і в цьому з ним солідаризується В. Яковлев) особливим чином підкреслює таку ознаку в формуванні цивільних правовідносин, як ініціативність їх суб'єктів. Саме вона є виразником такої особливості юридико-фактичної підстави виникнення цивільних правовідносин, яка полягає в тому, що «перший крок» у розвитку (становленні) цих відносин належить самим суб'єктам цивільного права<sup>4</sup>. Отже, оскільки юридична

<sup>1</sup> Докладніше про це див.: Советское гражданское право. Том 1 / Под ред. проф. О. А. Красавчикова, М., 1985. — С. 214—215; Адміністративне право України. — С. 128—129.

<sup>2</sup> Див.: Магазинер Я. М. Общая теория права на основе советского законодательства. Глава V. Юридические факты // Правоведение. — 1998. — № 4. — С. 120.

<sup>3</sup> Див.: Яковлев В. Ф. К проблеме гражданско-правового метода регулирования общественных отношений // Антология уральской цивилистики, 1925—1989. — М., 2001. — С. 371.

<sup>4</sup> Див.: Советское гражданское право. Том 1. — М., 1985. — С. 21.

рівність та ініціативність суб'єктів притаманні лише суб'єктам цивільного (приватного) права, правочин (договір) є юридичним фактом сфери цивільного (приватного) права, підставою виникнення, зміни, припинення цивільних прав і обов'язків. Ось чому важко погодитись із тими дослідниками, які, відшукуючи аргументи для обґрунтування існування так званих адміністративних договорів, стверджують, що ці договори є різновидом угод (правочинів), посідають проміжне місце між адміністративним актом і договором приватноправового характеру, основою їх виступають норми зобов'язального права, а тому адміністративний договір регулюється нормами цивільного зобов'язального права з винятками, доповненнями та обмеженнями з боку адміністративного права<sup>1</sup>.

Аналізуючи договір як триваюче зобов'язальне правовідношення (договірне зобов'язання), слід вказати на такі його ознаки.

По-перше, оскільки договірне зобов'язання є різновидом відносного правовідношення, воно встановлює правовий зв'язок лише між сторонами договору, які іменуються у зобов'язанні кредитором та боржником. Що ж стосується третьої особи, то зобов'язання не може створювати для неї обов'язку. Воно може породжувати для такої особи тільки право щодо боржника та (або) до кредитора, і то лише у випадках, встановлених виключно договором. Саме таке правило міститься в ст. 513 проекту. Причому питання про те, скористатися цим правом чи відмовитися від нього, вирішується самою третьою особою шляхом вільного волевиявлення. Це пов'язано з тим, що договірне зобов'язання не повинно зачіпати права і законні інтереси осіб, які безпосередньо не причетні до договору<sup>2</sup>.

По-друге, договірні зобов'язання мають переважно майновий характер, оскільки їх головною метою є опосередкування відносин економічного обороту, що зумовлює й їх оплатність. Питання про можливість існування немайнових зобов'язань протягом тривалого часу є дискусійним. Ще Г. Шершеневич відзначав, що неможливість допуску зобов'язань з немайновим інтересом пов'язана не з тим, що вони мають особистий харак-

<sup>1</sup> Див.: Бахрах Д. Н. Административное право России. — М., 2000. — С. 339; Адміністративне право України. — С. 142, 146.

<sup>2</sup> Див.: Мозолин В. П., Фарнсворт Е. А. Договорное право в США и СССР. История и общие концепции. — М., 1988. — С. 172.

тер, а з тим, що це суперечить самій природі зобов'язальних відносин. Оскільки об'єктом прав за зобов'язанням є чужа дія, то задля збереження юридичного характеру за обов'язком особи відповідне право вимоги має забезпечуватися санкцією, якою може бути лише примусове здійснення інтересу в майні особи, що ухиляється від виконання. Застосування ж санкції в таких зобов'язаннях є вкрай ускладненим з урахуванням необхідності та додержання принципу відповідності між нездійсненим інтересом та грошовою винагородою<sup>1</sup>. В радянські часи неможливість існування зобов'язань немайнового характеру О. Йоффе, наприклад, обґрунтував тим, що наявність безоплатних договорів та окремих немайнових обов'язків не змінює майнового характеру зобов'язання в цілому, яке так чи інакше завжди пов'язано з переміщенням відповідного матеріального блага у тій чи іншій сфері<sup>2</sup>. Такий підхід, на нашу думку, був пов'язаний з недооцінкою у цей період ролі немайнових прав (благ). Хоча тоді ця точка зору була пануючою, існував й інший погляд на цю проблему.

Погоджуючись із наявністю певних труднощів у визначенні збитків від порушення зобов'язань немайнового характеру, І. Новицький правильно підкреслював, що все ж таки ці збитки встановити можливо. Не є перешкодою для визнання існування зобов'язання немайнового характеру і те, що є істотна специфіка застосування до них принципу реального виконання. Примушення боржника до виплати такого зобов'язання, відзначав І. Новицький, означало б обмеження його свободи. Але тиск на боржника, що здійснюється через можливість стягнення з нього збитків або штрафу, є допустимим, і при цьому не існує недопустимого обмеження його свободи. З урахуванням цього ним було зроблено висновок про те, що змістом зобов'язання може бути право вимоги здійснення будь-якої правомірної дії, яка заслуговує на захист<sup>3</sup>. Цей висновок, на нашу думку, є вірним за суттю. Більш того, в сучасний період він узгоджується з принципом свободи договору, новим поглядом на сутність та

<sup>1</sup> Див.: Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права., М., 1912. – С. 444–445.

<sup>2</sup> Див.: Йоффе О. С. Обязательственное право. – М., 1975. – С. 14–15.

<sup>3</sup> Див.: Новицкий И. Б., Луц Л. А. Общее учение об обязательстве. – М., 1950. – С. 58–59.

роль нематеріальних благ. Не випадково новий Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р.<sup>1</sup> в ст. 157 передбачає можливість вирішення батьками питань щодо виховання дитини і шляхом укладення договору між ними з покладенням на того з батьків, хто проживає з дитиною, обов'язку по відшкодуванню другому з батьків матеріальної та моральної шкоди, завданої невиконанням договору. Можливість відшкодування збитків невиконанням або неналежним виконанням договору про безоплатне надання послуг передбачається і у ст. 925 проекту. До речі, слід погодитися з І. Новицьким і в тому, що ніколи норми цивільних кодексів або інших актів цивільного законодавства не обмежували зміст зобов'язання ознакою лише майнового характеру цього зобов'язання<sup>2</sup>.

По-третє, договірні зобов'язання передбачають здійснення боржником активних дій, спрямованих на виконання покладених на нього обов'язків. Отже, договірні зобов'язання — це зобов'язання з позитивним змістом. Окремі елементи негативного змісту в договірних зобов'язаннях не змінюють його позитивного змісту в цілому.

При встановленні ознак договору як зобов'язального правовідношення В. Мозолін вказує і на таку ознаку, як юридична незалежність однієї сторони від іншої<sup>3</sup>. Погоджуючись по суті з цією тезою, слід підкреслити, що ця ознака притаманна усім правовідносинам у сфері цивільного (приватного) права, не залежно від того, чи йдеться про зобов'язальні відносини, чи про відносини речеві або корпоративні. Ось чому ця ознака є ознакою усієї сфери приватного права. Взаємне становище суб'єктів у цій сфері (іх юридична рівність) та децентралізований характер регулювання всіх відносин у цій сфері — це узагальненні чинники, які обумовлюють не тільки метод, спосіб та тип регулювання суспільних відносин, а й принципи права (в тому числі й принцип свободи договору), правові засоби, які у своїй сукупності становлять правовий режим сфери приватного права<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Офіційний вісник України. — 2002. — № 7. — Ст. 273.

<sup>2</sup> Див.: Новицький І. Б., Луц Л. А. Вказ. праця. — С. 58.

<sup>3</sup> Див.: Мозолін В. П., Фарнсворт Е. А. Вказ. праця. — С. 171—172.

<sup>4</sup> Див. Сібільов М. Загальна характеристика сфери приватного права // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 2 (25). — С. 132.

Аналізуючи договір як документ, слід попередньо вказати на те, що договір належить до юридичних документів, які фіксують факти — волевиявлення суб'єктів права<sup>1</sup>. Оскільки у сфері приватного права договори, з огляду на принцип свободи договору, можуть укладатися в будь-якій формі (у тому числі в усній формі, шляхом здійснення конклюдентних дій або шляхом мовчання), якщо вимоги щодо неї не встановлені законом, про договір як документ може йтися лише у випадках, коли вони згідно з домовленістю сторін або вимогами закону укладені в письмовій (простій чи нотаріально посвідченій) формі. У випадках, передбачених законом, договори-документи підлягають також державній реєстрації. Оскільки зобов'язання, в межах якого відбувається досягнення сторонами цивільно-правових результатів, виникає лише після укладення договору, слід підкреслити, що договір-документ, який підлягає нотаріальному посвідченню або державній реєстрації відповідно до вимог ст. 642 проекту, вважається укладеним саме з моменту його нотаріального посвідчення або державної реєстрації, а у разі необхідності і нотаріального посвідчення, і державної реєстрації — з моменту державної реєстрації.

Наведене дає можливість запропонувати таке доктринальне визначення договору в сфері приватного права, яке має інтегрований (комплексний) характер.

**Договір у сфері приватного права** — це єдине волевиявлення (домовленість) двох або більше юридично рівних осіб, що збігається, зафіксоване у випадках, передбачених нею або законом, у письмовому документі з подальшою його легалізацією, що виражає їх спільну вільну волю на досягнення певних цивільно-правових (приватних) результатів майнового чи немайнового характеру, настання яких відбувається в межах зобов'язання з позитивним змістом, що виникає між ними і не зачіпає прав і законних інтересів третіх осіб, у разі здійснення боржником певних дій, які відповідають праву вимоги кредитора.

Надійшла до редколегії 25.09.02

<sup>1</sup> Див.: Черданцев А. Ф. Теория государства и права. — М., 1999. — С. 363.

І. Спасибо-Фатєєва, професор  
НЮА України

## Проблеми перетворення державної власності і здійснення корпоративних прав держави

Перебудова економічних відносин, перехід до ринкових механізмів в Україні з необхідністю вимагають осмислення комплексності тих змін, настання яких диктують ринкові відносини. Найважливішу роль при цьому відведено державі як політико-правовій інституції та значному власнику майна. Держава передусім повинна визначитись із цілями, які вона ставить перед собою в нових умовах існування українського суспільства. Визначення державою цих цілей поєднує економічні, соціальні, політичні та інші аспекти із перетворенням їх на правові конструкції, за допомогою яких вирішуються завдання управління майном, що їй належить.

Таких цілей декілька, що обумовлюється складністю того стану з державним майном, який передував входженню України в ринкові відносини і становищу держави у громадянському суспільстві. Цілі ці відомі і лежать на поверхні тих процесів, які відбуваються в умовах сьогодення. Науковці вказують на ієрархію цілей<sup>1</sup>, або побудову «дерева цілей»<sup>2</sup>, що позначається на правовому регулюванні як похідному засобі їх реалізації із формуванням у зв'язку з цим відповідних пріоритетів. Таке порівняння є вдалою ілюстрацією співвідношення цілей з їх рівнями і засобів їх досягнення.

Центральним, визначальним «стовбуром» такого «дерева» є стратегічні цілі, які іноді називають головними, захисними чи позитивними<sup>3</sup>. Стратегічні цілі розгортаються в оперативні, які фіксують великі блоки дій по досягненню перших, а оперативні — у тактичні, які визначають щоденні й конкретні дії по досягненню перших і других цілей та забезпечують таке досягнення.

<sup>1</sup> Див.: *Ершова И. В.* Проблемы правового режима государственного имущества в хозяйственном обороте. — М., 2001. — С. 67.

<sup>2</sup> Див.: *Атаманчук Г. В.* Государственное управление. Организационно-функциональные вопросы. — М., 2000. — С. 50.

<sup>3</sup> Див.: *Гэлбрейт Джон К.* Экономические теории и цели общества / Пер. с англ. — М., 1976. — С. 126.

Отже, стратегічними цілями є суспільно-політичні, соціальні, економічні та духовні, оперативними — правові, а тактичними — організаційні.

**Суспільно-політичні цілі** ставляться для постійного підвищення розвитку суспільства, досягнення балансу публічних і приватних інтересів при включенні державного майна в цивільний оборот, його використанні державою чи іншими суб'єктами в підприємницькій діяльності. Формування цих цілей відбувається в постійному піклуванні державних інституцій за збереження державного майна як національного багатства, яким дійсно воно було і залишається. Порівняно з проблематикою досягнення економічних, соціальних і духовних цілей відповідальність за наслідки принципового вирішення цього питання як перед майбутніми поколіннями, так і на сьогодні, в кінцевому результаті несе держава. Тому досягнення збалансованості інтересів є складним, тривалим і багатограним процесом, який вимагає зваженого підходу і продуманості оперативних і тактичних цілей для його реалізації. Починаючи з 90-х років ХХ ст. державі закидають хибність підходів, непослідовність і зловживання на цьому поприщі. Не вдаючись в деталізацію цього і аналізу дійсного стану речей, слід вказати як на небезпідставність цих докорів, так і на свідчення цим того, що держава більш-менш зважено ставиться до вирішення проблем формування і реалізації суспільно-політичних цілей. Все більш зрозумілою також стає нагальна потреба в комплексності підходів для остаточного визначення цих цілей і засобів їх досягнення безвідносно до змін в органах державної влади та інших суб'єктивних чинників, які б негативно вплинули на це. Такі намагання реалізуються в державних програмах приватизації, концепціях економічного розвитку та управління державним майном і корпоративними правами тощо.

**Соціальні цілі** обумовлюються впливом стану з державним майном на соціальну структуру суспільства. Це також дуже важливий аспект, який необхідно враховувати, бо ним охоплюються взаємовідносини різних елементів суспільства, які зазнають істотних змін у ринковому середовищі, зокрема внаслідок перетворень, що відбулися і відбуваються з державним майном. Цими цілями охоплюється підтримка стану і рівня соціального життя людей. Соціальні цілі тісно пов'язані з суспільно-полі-



тичними в ракурсі запобігання конфлікту інтересів різних суб'єктів, що мають відношення до державного майна, в тому числі в його постприватизаційному стані. Скільки б не декларувалося на конституційному і нижчих рівнях про рівність усіх власників, досягнення нівелювання протиставлення одних власників іншим стане можливим не тільки в писаних нормах, а й в реаліях, психології підприємництва і управління, повсякденному житті тільки тоді, коли праворозуміння цього феномена будуватиметься на усталенні відповідних справедливих правовідносин, підкріплених впливом держави як соціального гаранта їх існування. Неоднозначність ставлення держави до цих процесів, маятникове коливання, що спостерігається час від часу, не виправдана поспішність при невирішенні принципових питань чи навпаки — затягування при визрілих відносинах спричиняють конфлікти в суспільстві, які залежно від стадій свого розгортання можуть перерости в істотні глобальні проблеми.

Отже, існують детермінованість суспільно-політичних і соціальних цілей, їх взаємопов'язаність і взаємний вплив.

**Економічні цілі**, як відомо, обумовлюють систему економічних відносин і забезпечують матеріальну основу існування суспільства. Вони також взаємопов'язані з попередніми цілями і спрямовані на збереження і досягнення вищого рівня промислового потенціалу країни. Його нарощення, підвищення якості безпосередньо позначається на соціальному стані суспільства. Значення використання державного майна і корпоративних прав держави при цьому є неперевершеним знов-таки внаслідок істотності їх ролі в економіці України.

**Духовні цілі** пов'язані з духовним та інтелектуальним потенціалом суспільства. Належний економічний стан і сприятливе суспільно-політичне середовище, спокій у соціумі впливають на збереження і розквіт культурного надбання, підвищення духовності і забезпечення дійового використання духовного потенціалу, в тому числі через фінансування відповідних наукових, виховних, освітніх та культурних програм і закладів.

З визначенням цих стратегічних цілей стає можливим уявлення про **правові цілі**, які є оперативними порівняно з першими. Тобто досягнення стратегічних цілей відбувається з їх перетворенням на правові, які завжди повинні формуватися з урахування стратегічних цілей, обумовлюватися ними і підпо-

рядковуватися їм. Проміжне положення правових цілей між стратегічними і оперативними підвищує труднощі в їх формуванні і реалізації, бо вони, з одного боку, є сформульованим намаганням застосування правових конструкцій, а з іншого — їх реальним втіленням через розроблені юридичні механізми.

В цьому розумінні правові цілі втілюються як у системно-правові заходи, що розроблюються в країні стосовно стану державного майна, його використання та перетворення, так і у конкретні нормативно-правові акти на рівні закону і підзаконних актів щодо реалізації цих заходів.

Оскільки правові цілі є похідними від стратегічних, то невизначеність з першими негативно позначається на других. А двоплановість самих правових цілей веде до залежності законів і від системно-правових заходів. Тому не дивно, що українські закони є недосконалими, бо це пояснюється нез'ясованістю стратегічних цілей, які повинна поставити для себе Україна. І якщо нарікання на недосконалість стратегій її розвитку висловлюються в першу чергу політиками, політологами, соціологами, економістами тощо, то про неналежний рівень правового поля і юридичних механізмів говорять правники, підприємницька громадськість і управлінці всіх рангів. Досить сказати, що в Україні при існуванні значного масиву державного майна відсутній єдиний законодавчий акт, яким би регулювалися відповідні процеси управління цим майном.

Наступним рівнем цілей є *організаційні*, спрямовані на вирішення організаційних проблем. Ними охоплюється формування відповідних структур по регулюванню процесу використання державного майна, управлінню ним із визначенням оптимальної системи органів, осіб і механізмів, залучених для цього.

Відаючи данину неперевершеній і основоположній значущості стратегічних цілей, а також правових цілей, що втілюють законотворчими механізмами стратегічні цілі, все ж таки не слід применшувати роль організаційних цілей. Від того, як буде налагоджено організацію досягнення стратегічних і правових цілей, залежить і саме їх досягнення. При засиллі бюрократичного апарату ні для кого не є новиною, що він здатний спростувати і звести нанівець і стратегію, і тактику, коли за наголошуваннями і відомими істинами, якими прикриваються бюрократичні структури, йдуть дії, які не призводять до очікуваних наслідків і не можуть до них призвести.

Реалізація цілей потребує наявності можливостей їх досягнення, яким передусім є матеріальне забезпечення або матеріальні ресурси. Якими б позитивними не були намагання держави поліпшити соціальне і економічне становище в суспільстві, діяти на принципах ринкової економіки, її власних ресурсів для цього не вистачить, хоча б і припустити саму можливість досягнення цих цілей державою, яка діятиме в ринковому середовищі як приватний власник. І це стосується в першу чергу відсутності у неї кадрового потенціалу професійних управлінців на ринку корпоративних послуг. Поряд із неможливістю утримувати значний масив державного майна і управляти ним у тому вигляді, як це було за радянських часів — через управління державними підприємствами, відсутністю фінансування їх розвитку починаючи з 90-х років ХХ ст. склалася об'єктивна ситуація, яка характеризується відсутністю у держави матеріальних і управлінських ресурсів для підтримання своєї власності. В свою чергу, це й викликало необхідність пошуку нових шляхів для досягнення поставлених цілей — перетворення власності; державних підприємств; джерел фінансування; адміністративно-управлінських відносин на корпоративно-управлінські відносини за участю держави.

Таким чином, лише детермінованість цілей, засобів їх досягнення і джерел ресурсного забезпечення може привести до бажаних змін у суспільстві.

Цих змін повинні зазнати як первинні клітини ринкових відносин — суб'єкти, що здійснюють підприємницьку діяльність, правовідносини між ними, так і обумовлене ринковими законами їх ставлення до своїх дій в ринковому середовищі, їх праворозуміння. Ці суб'єкти повинні усвідомлювати те, що їм слід покладатися в першу чергу на себе для досягнення позитивних фінансових результатів, піклуватися про зміцнення своєї конкурентоспроможності, орієнтуватися на ініціативність та інновації, швидко і гнучко реагувати на сигнали ринку<sup>1</sup>.

У зв'язку з цим труднощі в Україні, як і в будь-якій пострадянській країні, полягають у тому, що за сімдесят років відбувалося створення інших суб'єктів з іншими зв'язками між ними, іншим ставленням до своєї діяльності та іншим праворозумінням. Не просто переважна більшість так званих суб'єктів гос-

<sup>1</sup> Див: *Ершова І. В.* Вказ. праця. — С. 149.

подарювання були державними підприємствами, а можна сказати, що відсоток недержавних юридичних осіб з їх обсягом продукції (робіт, послуг) був настільки незначним, що від нього можна взагалі абстрагуватися. В нових економічних умовах постає питання про необхідність перетворення державних підприємств і взагалі про необхідність залишення в державній власності майна, яке б використовувалося державою для підприємницької діяльності.

Аналіз необхідності таких перетворень суб'єктів, внутрішніх правовідносин у них доводить про першочерговий наголос на управлінні ними, застосуванні засад корпоративного управління, яке найбільше відповідає вимогам ринкової економіки. Бо саме від управління юридичною особою залежать її показники як суб'єкта ринкових відносин. Для цього і є необхідним перетворення державних підприємств, структура управління якими сьогодні не влаштовує ні пострадянське суспільство, ні працівників цих підприємств, ні їх контрагентів, ні саму державу.

Отже, спостерігається тенденція до набуття значущості корпоративним управлінням, в якому до того ж не тільки згодна, а й всіляко зацікавлена брати участь держава. Ця значущість є переважною навіть перед відносинами власності, оскільки держава не турбується за свою колишню власність, бо замість майна, якого вона позбавляється (і разом з цим — участі в речевих відносинах, або, правильніше, квазіречевих, що виникають із права повного господарського відання, а також відповідних вертикальних відносин з управління державними підприємствами), вона набуває корпоративних прав як звичайний акціонер, що дають їй не менше, а більше можливостей тримати в руках управління в акціонерному товаристві (далі — АТ).

Сказаним і пояснюється думка про те, що державні підприємства за своєю природою не здатні стати ринковими суб'єктами, про що наголошують прихильники ліквідаційної концепції, і відповідно про можливість перетворення державних підприємств на інші структури ринку, про що зазначається в комерціалізаційній концепції<sup>1</sup>.

Головним аргументом прибічників ліквідаційної концепції є бачення непридатності державних підприємств до включення їх у ринкову економіку внаслідок усталеної залежності від

<sup>1</sup> Див: *Ершова И. В.* Вказ. праця. — С. 149.

бюрократичних структур, неможливості позбавлення від пов'язаних з цим навичок тих форм організації своєї діяльності, які вже не можуть працювати ефективно, в зв'язку з чим їх потрібно або приватизувати, або ліквідувати. Ця концепція виникла як реакція на минуле.

Навпаки, комерціалізаційна концепція виходить з того, що державні підприємства можуть функціонувати, як і інші ринкові суб'єкти, за наявності економічних і правових умов ефективності їх діяльності. Тобто вона доводить, що ринкові умови вплинуть і на державні підприємства таким чином, що вони почнуть ефективно працювати. Не зважаючи на те, що при цьому не відзначається, чи вплинуть ринкові відносини на стан управління державними підприємствами, який викликав стільки нарікань і відіграв не останню роль у необхідності перетворень, проте і прихильники цієї концепції наголошують знов-таки на управлінні. Однак при цьому вони займають протилежну позицію, вважаючи, що ліквідація державного сектору економіки можлива тільки в тому разі, коли країна має значні фінансові кошти на модернізацію управлінського апарату, створення широкого фронту робочих місць, пристосування до потреб нових високоефективних технологій<sup>1</sup>.

Позиції цієї концепції видаються неприйнятними, бо вони не тільки не обґрунтовані, а й суперечать здоровому глузду. Так, визнаючи непридатність державного управління економікою і переваги ринку з його механізмами управління, ця концепція не тільки допускає збереження «островів» застарілого управління, а й робить ставку на те, що ринкове управління перемеле державне і зробить його ланцюгом ринкових відносин. Проте це виглядає ефемерним сподіванням в такому вигляді міркувань. І навпаки, слід змінити саме управління, а тому й вид юридичної особи, щоб ті з них, які працювали за одними схемами, переорієнтувалися і залишилися б на ринку. Ринок і державне управління — несумісні поняття і не можна навіть припустити, щоб ринок змінив державне управління, тобто сам державний апарат з його механізмами і важелями. Інша річ, коли ці важелі перетворюються на інакші через участь держави в ринкових структурах і обумовлених ними формах управління.

<sup>1</sup> Див.: *Ершова И. В.* Вказ. праця. — С. 150.

Крім того, модернізація управлінського апарату повинна будуватися в країні не за рахунок держави, а ринковими силами, що не потребує вкладень і значних фінансових коштів держави. Це можуть зробити і вже роблять ті юридичні особи, які працюють і набувають досвіду в корпоративному управлінні, яке не «впаде з неба» навіть і з наданням фінансування.

Як би там не було, намір держави є однозначним щодо перетворення державних підприємств, яке відбуватиметься в процесах приватизації державного майна. Однак слід враховувати й інше. Українська держава не бачить сенсу в передачі всього свого майна у приватну власність з тих чи інших причин і тому принаймні найближчим часом вона братиме участь у підприємницькій діяльності, але не за такими схемами, як це було за радянських часів. Держава буде власником пакетів акцій, які дадуть їй можливість як акціонеру брати участь у корпоративних правовідносинах і тим самим впливати на підприємницьку діяльність АТ з очікуванням відповідних результатів від цього.

Наявність акцій у держави можна охарактеризувати таким чином:

1) це є підтвердженням бажання її участі в приватних відносинах (підприємницьких, корпоративних, відносинах власності) із настанням тих наслідків, що передбачаються для участі будь-якої приватної особи в цих відносинах — набуття відповідних прав. У першу чергу це права корпоративні, що надаються державі, як і будь-якому акціонеру. Через здійснення цих прав держава очікує:

— налагодити ефективну роботу АТ через діяльність своїх представників в його органах управління;

— одержати дивіденди;

— залишити за собою контроль за діяльністю АТ з метою запобігання поширенню негативних процесів, що виникли при приватизації: репрофілювання діяльності АТ, яка сьогодні потрібна країні, недбайливого ставлення до майна, яке перейшло у власність АТ і може відчужуватися і навіть знищуватися, що не відповідає ні інтересам самого АТ, його акціонерів, ні державним інтересам у цілому та ін.;

2) це є виконанням її публічних функцій і втіленням публічних інтересів, які полягають у:

— поповненні державного бюджету коштами (за рахунок як податків, що сплачуються прибутковими АТ, так і дивідендів);

– збереженні і розвитку економічного потенціалу країни, зокрема через оптимізацію структури власності шляхом залучення максимальної кількості об'єктів права державної власності до процесу удосконалення управління ними і використання державних активів як інструменту для залучення інвестицій в економіку;

– виконанні соціальних завдань — збереження робочих місць;

3) це є наслідком тривалого перебування у власності держави майже всього майна, яке знаходилося у виробничій та споживчій сферах. Зрозуміло, що передати це майно іншим власникам в короткий час неможливо — для цього слід відпрацювати процедури, механізми зацікавленості, в тому числі суспільства в цілому. Тобто повинні певною мірою визріти процеси роздержавлення, бо поспішні дії по припиненню такого становища, що складалося десятиріччями, можуть призвести до вкрай негативних наслідків. Руйнування усталеної системи без розроблення і втілення нової, без створення умов її дійовості не може бути.

Проблемні аспекти стану корпоративного управління акціями, що належать державі, полягають у такому. Оскільки держава як приватний власник не виступає в цивільному обороті і в корпоративних відносинах безпосередньо у зв'язку із специфічністю її як суб'єкта відповідних правовідносин і діє через свої органи, виникає проблема взаємодії цих державних органів, додержання ними єдиних підходів при виконанні функцій корпоративного управління, налагодження ефективної діяльності в цьому напрямку, контролю за діями цих органів, якими б взаємопов'язувалося виконання ними функцій єдиним чином.

Часто звертається увага на те, що корпоративізовані підприємства і підприємства, що перебувають у процесі приватизації, працюють, як правило, не краще за державні. Слід оцінити таке явище і виявити причини цього. Кабінет Міністрів України у постанові від 22 лютого 1996 р. № 245 «Про прискорення приватизації та недопущення негативних наслідків у цьому процесі» відзначав, що таке становище обумовлюється економічною кризою та відсутністю державної допомоги, недоліками інвестиційної політики держави, високим рівнем інфляції, недосконалістю фінансово-кредитної системи, великими податками,

неефективним механізмом банкрутства та реструктуризації підприємств. Зазначені чинники є дійсно вагомими для становлення належного рівня корпоративного управління, але зосередження на конкретніших причинах неефективної діяльності АТ дає змогу більш приземлено подивитись не тільки на макро-, а й на мікропричини такого стану.

Такими причинами є: відсутність у АТ, створених внаслідок приватизації, достатніх коштів для свого розвитку. Тому для них актуальною є потреба в інвестиціях; неналежний рівень здійснення функцій безпосереднього управління в органах АТ, відсутність навичок і досвіду, несформованість корпоративної культури. Остання причина пов'язана з нерегульованістю і суперечністю підходів до управління акціями, які належать державі.

Вирішення цих проблем потребує: визначення шляхів надходження інвестицій до приватизованих АТ, як на етапі приватизації шляхом приватизації під інвестиційні зобов'язання, так і при подальшій діяльності АТ; кваліфікованої підготовки кадрів для професійного здійснення управлінської діяльності; визначення способів здійснення державою своїх прав як акціонера — через встановлення компетенції відповідних державних органів і передачу акцій в корпоративне управління приватним особам.

Стосовно ґрунтовних підходів до вирішення цих проблем слід передусім визначитися з тим, як саме почуватиме себе держава в корпоративних правовідносинах, тобто як акціонер — з наданням їй при цьому спеціального становища чи як звичайний приватний власник. На сьогодні у цьому принциповому питанні немає ясності і воно немовби замовчується. Це викликано двома причинами.

*Перша причина* — те, що згідно зі ст. 13 Конституції України усі суб'єкти права власності рівні перед законом. Порівняно з принципами ОЕСР про рівність всіх акціонерів, це означає що держава як акціонер не може знаходитися в привілейованому становищі. Вона через свої органи і уповноважених осіб повинна мати такі ж самі права, як й інші акціонери. Тому це не припускає ані спеціальних норм щодо обов'язкового формування органів АТ із представників держави, ні додаткових обов'язків у акціонерів, які придбали у держави акції при приватизації, ні додаткових прав у представників держави як акціонера порівняно з іншими акціонерами.



Другою причиною є специфіка АТ, створених внаслідок приватизації, які на етапі перетворення з державного підприємства мають лише одного акціонера — державу, що і надає їй можливості формування органів АТ до продажу належних їй акцій приватним особам. Це не суперечить загальним принципам приватного права, але на певному етапі існування АТ, коли акції придбало значне коло осіб, виникають суперечності з їх правами і строками для можливості їх здійснення, зокрема щодо участі в управлінні АТ. Крім того, на цих етапах у держави виникає спокуса зберегти свою участь в управлінні АТ не приватноправовими, а публічними заходами. Розв'язання зазначених проблем має істотне значення з метою становлення корпоративного управління в Україні, для чого слід ув'язати сьогоденні потреби з раціональністю. Тому не дивно, що до їх вирішення звертаються з постійною наполегливістю Президент України і державні органи, які відповідають за стан процесу приватизації й формування державного бюджету, економіки України в цілому.

Згідно з Указом Президента України від 29 грудня 1999 р. № 1626/99 «Про невідкладні заходи щодо прискорення приватизації майна в Україні» стосовно наявності акцій у держави ставляться такі завдання: 1) максимальне скорочення кількості закріплених у державній власності акцій, для чого потребується, по-перше, скорочення переліку підприємств, заборонених до приватизації, по-друге, впровадження різноманітних засобів не просто відчуження державою акцій, а із сприянням залученню інвестиційних ресурсів, тобто продаж акцій особам і утворенням, які мають довгострокові інвестиційні інтереси; 2) забезпечення здійснення ефективного управління корпоративними правами, що належать державі. Тобто при залишенні акцій у держави на певний строк чи до їх продажу в процесі приватизації, права з таких акцій повинні використовуватися належним чином в інтересах як держави, так і АТ.

Із Указу Президента впливає такий шлях щодо здійснення державою своїх корпоративних прав: обмеження передачі державою корпоративних прав в управління міністерствам та іншим органам виконавчої влади; виконання цих функцій Фондом державного майна України; здійснення заходів з передачі пакетів акцій в управління недержавним особам.

На вимогу цих програмних завдань 13 червня 2000 р. Департамент корпоративного управління Фонду державного майна

України схвалив Концепцію управління державними корпоративними правами, яка докладніше визначає шляхи вирішення зазначених завдань з урахуванням можливостей передачі акцій у корпоративне управління.

Відповідно до максимального скорочення кількості закріплених у державній власності акцій відбувається шляхом продажу пакетів акцій, що належать державі, в процесах приватизації, а також через передачу пакетів акцій, які ще залишаються у держави, в корпоративне управління. Таким чином, ці два напрямки дозволяють державі передати свої безпосередні права на акції при приватизації — *назавжди* з надходженням коштів до держбюджету; *тимчасово* — при передачі в управління із намаганням придбати кошти шляхом одержання дивідендів.

В обох випадках *держава залишає за собою контроль* за виконанням відповідних договорів:

а) *при приватизації* — за одержанням коштів і додержанням умов про інвестиційні зобов'язання. При цьому держава діє вже не як власник, яким відчужено свої об'єкти, а як сторона за договором, зацікавлена у виконанні іншою стороною своїх зобов'язань. Тобто контроль у цьому разі впливає із зобов'язальних (договірних) відносин;

б) *при передачі в управління* — за здійсненням уповноваженою особою своїх прав, переданих їй державою, яка залишається власником (акціонером). При цьому, якщо держава передає свої повноваження:

— державному органу (міністерству або відомству, органу місцевої влади), правовідносини контролю, які при цьому складаються, виникають із публічних підстав;

— приватній особі (юридичній або фізичній), правовідносини контролю виникають із приватних відносин (договірних на підставі укладеного між органом приватизації і приватною особою договору).

Отже, реалізація цілей держави щодо її участі у ринкових відносинах відбувається через різні механізми, одним із найістотніших серед яких є її участь у корпоративних правовідносинах. Держава є суб'єктом таких відносин внаслідок процесів приватизації і набуття нею прав акціонера.

Надійшла до редколегії 30.09.02

*Д. Луспеник*, заступник голови  
судової палати по цивільних  
справах апеляційного суду  
Харківської області

## **Застосування статті 10 Конвенції про захист прав і основних свобод людини при розгляді судами справ за позовами про захист честі, гідності і ділової репутації**

Судовий захист честі, гідності і ділової репутації є гарантією конституційних прав і свобод людини і громадянина. Стаття 32 Конституції України гарантує кожному судовий захист права спростовувати недостовірну інформацію про себе і членів своєї сім'ї, а також право на відшкодування матеріальної і моральної шкоди, завданої збиранням, зберіганням, використанням та поширенням такої недостовірної інформації.

В судовій практиці справи про захист честі, гідності і ділової репутації посідають певне місце.

Кількість таких справ збільшується. У 2001 р. судами України розглянуто 1260 таких справ (на 15,8% більше, ніж у 2000 р.). Багато з них стають гучними у зв'язку з тим, що позивачами по них є політики, депутати, державні службовці, а відповідачами — засоби масової інформації, журналісти.

Загальною правовою нормою, яка визначає правовідносини щодо захисту честі, гідності і ділової репутації і пов'язану з цим компенсацію матеріальної і моральної шкоди, є ст. 7 ЦК України. При вирішенні цивільних справ за позовами про захист честі, гідності і ділової репутації суди застосовують також закони України «Про інформацію», «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні», «Про телебачення і радіомовлення» та інші відповідні закони, а також постанови Пленуму Верховного Суду України від 28 вересня 1990 р. № 7 «Про застосування судами законодавства, що регулює захист честі, гідності і ділової репутації громадян та організацій» і від 31 березня 1995 р. № 4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди».

Крім того, при вирішенні цих справ суди повинні застосовувати Конвенцію про захист прав і основних свобод людини

та прецедентну практику Європейського суду з прав людини, оскільки відповідно до ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. На жаль, до останнього часу суди застосовують дану Конвенцію дуже рідко, а тому опиняються в обмеженому правовому полі, що не може не впливати на якість судочинства.

Стаття 7 ЦК визначає об'єктами судового захисту такі специфічні правові блага, як честь, гідність і ділова репутація. За загальноновизнаними визначеннями честь — це суспільна оцінка моральних і духовних якостей людини; гідність — самооцінка особою своїх соціальних і моральних якостей як члена суспільства; ділова репутація — суспільна оцінка трудових, професійних якостей юридичної або фізичної особи. Застосування ст. 7 ЦК щодо захисту наведених благ повинне відповідати контексту ст. 34 Конституції України, а також ст. 10 Конвенції, яка передбачає, що кожна людина має право на свободу виявлення поглядів. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і поширювати інформацію та ідеї без втручання держави і незалежно від кордонів<sup>1</sup>.

Стаття 10 згаданої Конвенції має оціночний характер. Це значно підвищує значення судових рішень Європейського суду для розуміння змісту і сутності Конвенції та Протоколів до неї, багато з яких стають прецедентами.

М. Буроменський зазначає: «Під прецедентами, застосованими судом, потрібно розуміти не самі розглянуті справи, а ті основоположні принципи в тлумаченні і застосуванні норм Конвенції, які були вироблені при розгляді справ і викладені в судових рішеннях. Але навряд чи можна стверджувати, що суд завдяки прецеденту творить право, адже Конвенція йому такого права не надає. Тобто, суд не підміняє собою законодавця в особі держави-учасника Конвенції. Цим відрізняється прецедент Європейського суду від прецеденту, наприклад, в англійському праві, де суддя за певних обставин може виступати, по суті, в ролі законодавця»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Права людини і професійні стандарти для юристів (в документах міжнародних організацій). — Амстердам — Київ, 1996. — С. 214.

<sup>2</sup> Буроменський М. Звернення до Європейського суду з прав людини: практика Суду і особливості українського законодавства. — Х., 2000.

Правильне застосування ст. 10 Конвенції є особливо важливим по справах про захист честі, гідності і ділової репутації, де позивачами є посадові чи публічні особи, а відповідачами — засоби масової інформації, журналісти.

Європейський Суд вважає, що людина, стаючи публічним політиком, свідомо обмежує своє право на повагу до особистого, сімейного життя і повинна бути терпимою навіть до жорсткої критики. Посадові чи публічні особи мають право на захист свого приватного життя, але межа захисту їх репутації повинна бути такою, щоб забезпечити їй вільне обговорення політичних та інших питань, пов'язаних з їх діяльністю. Такі особи неминуче відкриваються для прискіпливого висвітлення своїх слів та вчинків і мають це усвідомлювати.

Підтвердженням такого висновку Європейського суду є справа Лінгенса проти Австрії, за якою журналіста було засуджено національним судом Австрії за дифамацію Федерального канцлера<sup>1</sup>. Суть справи зводиться до того, що 14 та 21 жовтня 1975 р. п. Петер Міхаель Лінгенс опублікував у віденському часописі «Профіль» дві статті, які містили сувору критику Бруно Крайського, на той час федерального канцлера країни, за його прихильне ставлення до одного політичного діяча, який під час Другої світової війни належав до підрозділу СС. На вимогу Б. Крайського проти журналіста було порушено кримінальну справу за дифамацію в пресі. 26 березня 1979 р. регіональний суд Відня засудив Лінгенса до штрафу в розмірі 20 тисяч австрійських шилінгів. Після апеляційного звернення сторін суд першої інстанції підтвердив вирок, а в результаті другого звернення до апеляційного суду останній зменшив суму накладеного штрафу до 15 тисяч австрійських шилінгів. У своїй заяві від 19 квітня 1982 р. до Європейської комісії з прав людини Лінгенс оскаржив своє засудження, вбачаючи в ньому недопустиме посягання на свободу слова, що її гарантує ст. 10 Європейської конвенції з прав людини. У рішенні від 8 липня 1986 р. Європейський суд, визнавши справедливість аргументів заявника, дійшов висновку, що Австрія порушила ст. 10 Конвенції. При цьому Суд зазначив, що свобода слова вираження поглядів яв-

<sup>1</sup> Див.: *Євінтов В.* Справа Лінгенса. Кримінальне засудження журналіста за дифамацію щодо Федерального канцлера: Коментар // *Практика Європейського суду з прав людини: Рішення. Коментарі.* — 1999. — № 1. — С. 326–327.

ляє собою одну з підвалин демократичного суспільства. Більше того, переслідування журналіста за висловлені ним судження Суд кваліфікував як своерідну цензуру, яка мала б утримувати його від повторення подібної критики в майбутньому і відштовхнути від участі у громадських дискусіях. При оцінці суджень Лінгенса Суд звернув увагу на необхідність розрізняти факти та оціночні судження. Наявність фактів можна довести, а правдивість оціночних суджень — неможливо. Суд визнав, що втручання у здійснення свободи слова з боку держави щодо захисту репутації інших осіб не було необхідним і спричинило порушення ст. 10 Європейської конвенції Австрійською державою.

З урахуванням підходу Європейського суду при розгляді справ за ст. 10 Європейської конвенції з прав людини Центральним районним судом м. Миколаєва було розглянуто цивільну справу про дифамацію. Так, у травні 2001 р. позивач М. звернувся до цього суду з позовом до редакції газети «Рідне Прибужжя» та до громадянина І. — про захист честі, гідності і ділової репутації, а також про відшкодування моральної (немайнової) шкоди. Позивач зазначав, що в рубриці «Аномальні явища» опубліковано в зазначеній газеті статтю «...І пішла Феміда в бій! Із селом», в якій було поширено відомості, що не відповідають дійсності і принижують його як суддю. Задовольняючи позов М. до редакції газети «Рідне Прибужжя» та до І., районний суд на обґрунтування своїх висновків зазначив, що ст. 34 Конституції України, яка відтворює положення ст. 10 Конвенції про захист прав і основних свобод людини, передбачає, що кожному гарантується право на свободу думки і слова, вільне вираження своїх поглядів і переконань. Крім того, Європейський суд по справі Лінгенс проти Австрії доповнив розуміння цього природного права людини. Він підкреслив, що поле критики політичного діяча значно ширше, ніж пересічного громадянина, а також вказав на необхідність відрізняти факти від оціночних суджень. Наявність фактів можна довести, а правдивість оціночних суджень — ні. Районний суд поряд з цим посилався на п. 2 ст. 10 Конвенції, в якій зазначено, що здійснення цих свобод може підлягати обмеженням для підтримки авторитету і безсторонності суду. Більше того, враховуючи саме ці положення Конвенції, Європейський суд по справі Барфорд проти Данії (1989) уточнив, що кожен має право брати участь у вільній громадсь-

кій дискусії стосовно судових рішень, однак не можна доходити до особистих нападів на суддів. Керуючись цим, районний суд дійшов висновку про те, що відомості, які заперечувалися позивачем і викладені у статті «...І пішла Феміда в бій! Із селом», належать не до оціночних суджень, а до фактів, правдивість яких не доведена в судовому засіданні, а тому вони не відповідають дійсності<sup>1</sup>.

Застосовуючи положення Конвенції і прецедентної практики Європейського суду, висловлені в їх рішеннях, суди мають виходити з того, що Європейський суд не застосовує і не тлумачить національне право держав-учасниць Конвенції. Рішення Європейського суду є обов'язковими для всіх учасників процесу, але, незважаючи на великі повноваження Європейського суду, вони не є «апеляційними» рішеннями щодо рішень національного суду. Європейський суд не може своїм рішенням скасувати, наприклад, несправедливий, з його погляду, вирок або рішення будь-якого національного суду, але він може вказати на порушення прав людини по конкретній справі, вирішеній національним судом, і призначити потерпілому «справедливе відшкодування» за рахунок держави.

Тільки в деяких країнах (Бельгія, Нідерланди та ін.) рішення Європейського суду офіційно є підставою для перегляду рішень, ухвалених національними судами. В Україні ні в КПК, ні в ЦПК такої підстави для перегляду рішення поки що немає.

Дуже повільно, але суди України сприймають положення Конвенції і прецеденти Європейського суду в своїй правозастосовній діяльності, про що свідчить і практика судів Харківської області.

Прикладом позитивного практичного результату є те, що при розгляді апеляційним судом Харківської області цивільної справи за позовом міського депутата К. до телерадіокомпанії та її журналістів про захист честі, гідності, ділової репутації та відшкодування моральної шкоди суд керувався положеннями ст. 10 Конвенції і визнав деякі відомості про депутата, висловлені журналістами в телеефірі, оціночними судженнями, достовірність яких довести неможливо<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Судова практика // Адвокат. – 2002. – №1. – С. 53, 54.

<sup>2</sup> Див.: Рішення судової колегії судової палати по цивільних справах апеляційного суду Харківської області № 22–244 від 19.11.2001 р. // Наряд скасованих рішень районних судів у Харківській області за 2001 р.

Застосовуючи Конвенцію та тлумачення деяких її положень, висловлених у рішеннях Європейського суду, слід дуже чітко її розуміти, аналізувати і правильно застосовувати.

Не може слугувати прикладом рішення одного з районних судів Харківської області по справі за позовом відомого політика, депутата до телерадіокомпанії про захист честі, гідності, ділової репутації та відшкодування моральної шкоди, в якому районний суд, посилаючись на прецедентну практику Європейського суду в контексті вищезазначеного рішення (Лінгенс проти Австрії) зробив висновок про те, що відповідач, тобто тележурналіст, не довів у суді правдивість своїх оціночних суджень. Крім того, позов про захист честі, гідності і ділової репутації був пред'явлений і в зв'язку з тим, що тележурналіст після телепередачі про погану екологічну обстановку в районі коксохімічного заводу в своєму коментарі висловився про те, що населення голосувало за цього депутата (позивача по справі), але з часу його обрання виборці з ним не зустрічалися.

Як видно, районний суд невірно витлумачив прецедентну практику Європейського суду, оскільки правдивість оціночних суджень довести не можна взагалі. Як вважається, суду потрібно було висловитись так, що він не визнає такі судження тележурналіста оціночними або що для таких суджень не було ніяких доказових підстав. Саме ж намагання суду ухвалити рішення з посиланням на Конвенцію і прецеденти Європейського суду заслуговує на увагу<sup>1</sup>.

Застосування судового прецеденту, виробленого рішеннями Європейського суду, сприяє чіткості та універсалізації розуміння Конвенції, встановлює певні стандарти правосуддя, яких повинен додержуватися суд, конкретизує та розвиває конвенційні положення, дає змогу правильно зрозуміти їх букву і дух, дисциплінує суддів, які ухвалюють рішення. На наш погляд, Верховний Суд України повинен дати з цього питання узагальнення у вигляді постанови Пленуму або висловитися в правових позиціях, оскільки вони мають велике значення для судової практики, незважаючи на те, що наука цивільного процесуального права не визнає постанови Пленуму джерелами права.

*Надійшла до редколегії 20.09.02*

<sup>1</sup> Див.: Рішення Київського районного суду м. Харкова № 2-1797 від 12.03.2001 р. // Архів суду за 2001 р.



# ПИТАННЯ

---

## ФІНАНСОВОГО ПРАВА

---

*М. Кучерявенко*, доктор юридичних наук (НЮА України)

### Правовий механізм податку

Стаття 67 Конституції України закріплює конституційний обов'язок кожного сплачувати податки і збори в порядку і розмірах, встановлених законом. Формуючи основи регулювання оподаткування, вона припускає його подальшу деталізацію в загальній і спеціальній податковій нормах.

Важливо враховувати, що ця норма-принцип дійсно припускає деталізацію змісту конституційного обов'язку на рівні податкового законодавства. У цьому зв'язку хотілося б звернути увагу на таке. Коли йдеться про законно встановлений характер податків і зборів, необхідно мати на увазі декілька рівнів законодавчого закріплення. По-перше, рівень конституційного закону, який містить норму-принцип (ст. 67 Конституції). По-друге, рівень норми загального закону. В цьому разі закладається модель, схема закріплення кожного податку або збору, без реалізації якої неможливо законно встановити податок або збір. Саме цю роль і відіграє, наприклад, ст. 17 Податкового кодексу Російської Федерації, яка визначає, що податок вважається встановленим лише в тому разі, коли визначені платник податків, об'єкт оподаткування, податкова база, податковий період, податкова ставка, порядок обчислення податку, порядок і строки сплати податку. По-третє, рівень спеціальної норми загального податкового закону, що закріплює вичерпний, закритий перелік можливих для введення на території держави податків і зборів. І, по-четверте, рівень спеціального податкового закону, що деталізує всі елементи правового механізму податку або збору і власне вводить у дію конкретний вид обов'язкового платежу.

Правове регулювання обов'язкових податкових платежів визначається як особливостями компетенції органів державної влади і управління щодо їх встановлення, зміни і скасування,

так і чітким закріпленням усіх елементів, що характеризують податок як цільний досконалий механізм. Законодавчі акти щодо окремих податків і зборів відрізняються відносно стабільною, традиційною структурою. Складовими їх частинами виступають елементи правового механізму податку або збору.

С. Пепеляєв розкриває їх у «елементах закону про податок». Вважаємо, що можна використовувати інший термін — «елементи правового податкового механізму». Річ у тім, що правове забезпечення податкових важелів здійснюється і підзаконними актами на різних рівнях і, говорячи про елементи податкового закону, ми ніби абстрагуємося від податків, які деталізуються підзаконними актами.

При цьому необхідно виходити з того, що регулювання правового механізму податку здійснюється шляхом закріплення імперативного набору елементів, що визначають зміст і особливості реалізації податкового обов'язку. Податковим кодексом Російської Федерації закріплюються ці підстави. Так, у ст. 17 зазначено, що податок вважається встановленим лише в тому разі, коли визначено платників податків і елементи оподаткування, а саме: об'єкт оподаткування; податкова база; податковий період; податкова ставка; порядок обчислення податку; порядок і строки сплати податку.

У необхідних випадках при встановленні податку в акті законодавства про податки і збори можуть також передбачатися податкові пільги і підстави для їх використання платником податків. В Україні аналогічної норми, на жаль, немає.

У цьому разі формується певний алгоритм побудови спеціальних законодавчих актів, якими регулюється сплата відповідних податків і зборів. Вони мають традиційну структуру, розташування статей. Природно, ми абстрагуємося від ситуації, коли в акті присутня яка-небудь спеціальна норма (бюджетне відшкодування, бандерольний спосіб сплати податку і т. ін.), яку не можна застосувати щодо інших податків.

Цій проблемі приділялася увага в багатьох роботах сучасних дослідників<sup>1</sup>. Однак показово, що її торкалися також у ХІХ—ХХ ст.ст.

<sup>1</sup> Див.: Пепеляєв С. Г. Законы о налогах: элементы структуры. — М., 1995. — С. 64; Налоговое право: Учебное пособие / Под ред. С. Г. Пепеляева. — М., 2000. — С. 80—83; Кучеров И. И. Налоговое право России: Курс лекций. — М., 2001. — С. 42—51; Кучерявенко Н. П. Налоговое право: Учебник. — Х., 2001. — С. 96—98; Разгильдиева М. Б. Правовое регулирование налогообложения имущества физических лиц: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 1998. — С. 19—21.

Так, К. Рау підкреслював: «Щоб вимагати податку, насамперед необхідно визначити ті числові дані, за якими легко можна судити про податний обов'язок кожної особи.

Сюди належать:

а) відділення предмета, за яким взагалі має вимірюватися податний обов'язок, наприклад, відомої частини майна, доходу, витрати та ін.;

б) встановлення податного окладу, тобто норми, за якою з відомого предмета визначається відома сума податі...

в) визначення кількості податних предметів, яку зобов'язана сплатити податком кожна особа...»<sup>1</sup>

Хотілося б звернути увагу на позицію Д. Кобильника при деталізації елементів правового механізму податку<sup>2</sup>. В основі поділу ним елементів лежить критерій участі у формуванні і реалізації податкового обов'язку. Якщо основні елементи визначають розмір і головні критерії податкового обов'язку, то додаткові — деталізують його виконання, особливості форм, строків, порядку сплати та істотно не впливають на зміст обов'язку.

Правовий механізм податку включає обов'язкові і факультативні елементи. Обов'язкові елементи складаються з двох груп:

1. Основні елементи визначають фундаментальні, сутнісні характеристики податку, які формують основне уявлення про зміст податкового механізму. Відсутність якого-небудь із основних елементів правового механізму податку не дозволяє однозначно визначити тип цього платежу і робить податковий механізм невизначеним. Саме основними елементами визначається принциповий зміст податкового обов'язку (зобов'язані особи; підходи до визначення розміру податкового обов'язку).

До основних елементів правового механізму податку і збору належать: а) платник податку або збору; б) об'єкт оподаткування; в) ставка податку або збору.

2. Додаткові елементи правового механізму податку деталізують специфіку конкретного платежу, створюють завершену і повну систему податкового механізму, уточнюють розміри і процедуру виконання податкового обов'язку. Слід враховувати, що додаткові елементи так само обов'язкові, як і основні, і не

<sup>1</sup> Основные начала финансовой науки. Сочинение К.Г. Рау. — СПб., 1867. — С. 303—304.

<sup>2</sup> Див.: Кобильник Д. А. Правовое регулирование льгот при налогообложении: Дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2002. — С. 59—65.

мають факультативного характеру. Цільний правовий механізм податку можливий тільки як сукупність основних і додаткових елементів, і відсутність хоча б одного з додаткових елементів не дозволить законодавчо закріпити окремий податок або збір (наприклад, неможливо уявити податок, що незрозуміло куди надходить: до якого виду бюджету, до бюджету чи цільового фонду?). Сукупність додаткових елементів правового механізму податку досить різноманітна (залежно від ступеня деталізації податкового механізму). Однак ця сукупність складається з двох підгруп:

— *додаткові елементи* правового механізму податку, які *деталізують* основний чи пов'язані з ними (предмет, база, одиниця оподаткування — категорії, що прямо залежать від об'єкта оподаткування);

— *додаткові елементи* правового механізму податку, які мають *самостійне значення* (податкові пільги, методи, строки і способи сплати податку; бюджет або фонд, куди надходять податкові платежі).

Отже, до додаткових елементів правового механізму податку належать: а) податкові пільги; б) предмет, база, одиниця оподаткування; в) джерело сплати податку; г) методи, строки і способи сплати податку; г) особливості податкового режиму; д) бюджет або фонд надходження податку (збору); е) особливості податкової звітності.

Слід зауважити, що і основні, і додаткові елементи мають обов'язковий характер, без чого неможливе закріплення відповідного податкового механізму. Додатковість елемента підкреслює не його необов'язковість, а особливості регулювання (можливість делегування компетенції і т. ін.). Навряд чи можна собі уявити податок, який нікуди не надходить. Тому ще раз хотілося б означити акцент обов'язковості додаткових елементів правового механізму податку.

Інша річ — факультативні елементи. В окремих випадках специфіка податку вимагає виділення в його механізмі особливих елементів, характерних виключно для цього податку, наприклад, ведення спеціальних кадастрів по майнових податках, специфічних реєстрів, бандерольний спосіб сплати і т. д. Подібні елементи і становлять групу факультативних, які можуть бути присутніми у податковому механізмі, а можуть і не використовуватися.

*М. Шульга*, член-кореспондент АПрН  
України

## **Набувальна давність на земельну ділянку: на шляху з минулого в майбутнє**

Земельний кодекс України (далі — ЗК), який набрав чинності з 1 січня 2002 р., вперше закріпив низку нових принципових положень, що раніше не були відомі земельному законодавству. Серед таких новел окреме місце посідає набувальна давність, тобто набуття права на земельну ділянку за давністю користування. Відповідні правові приписи, що регулюють набувальну давність на земельну ділянку, містяться в ст. 119 ЗК.

Формування і розвиток такого земельно-правового інституту, норми якого регламентують один із специфічних способів набуття суб'єктами земельних прав (власності або користування)<sup>1</sup>, обумовлює необхідність його аналізу та виявлення притаманних цьому правовому явищу характерних рис. Дослідження принципових положень зазначеного інституту не тільки викликає теоретичний інтерес, а й набуває практичної значущості у зв'язку з тим, що реалізація земельної реформи потребує точного визначення належності відповідних земельних ділянок та суб'єктивних прав на них. Слід також зазначити, що паралельно з цим інститутом у проекті ЦК України теж закріплені відповідні правові приписи, присвячені набувальній давності на майно як цивільно-правовому інституту. Саме тому важливим видається порівняння земельно-правового інституту з цивільно-правовим інститутом набувальної давності на відповідні об'єкти.

Треба зауважити, що набувальна давність традиційно вважалася цивільно-правовим інститутом, який має багату історію.

<sup>1</sup> Про специфічність такого способу набуття земельних прав суб'єктами свідчить той факт, що набувальна давність не включена до переліку підстав набуття громадянами України права власності на земельні ділянки, який закріплено в ст. 81 ЗК.

Його формування і розвиток у свій час значною мірою визначалися типом і формами власності на майно в конкретних історичних умовах, а також інтересами пануючого класу, який був зацікавлений в укріпленні та посиленій охороні своєї власності.

Об'єктом набувальної давності на ранніх етапах розвитку класового суспільства виступала перш за все земля. Вона визнавалася нерухомим майном, була включена до цивільного обороту. Суспільні відносини щодо набуття права власності на цей специфічний об'єкт нерухомості складали предмет регулювання саме цивільного права.

Набувальна давність, будучи цивільно-правовим інститутом, як специфічний спосіб набуття земельних ділянок та інших об'єктів у власність, одержала у свій час значне поширення в Римі, Західній Європі та дореволюційній Росії. Це було визначено наперед певними історичними умовами та сукупністю різних об'єктивних і суб'єктивних чинників.

В Україні в період Гетьманщини у XVIII ст. теж мала поширення набувальна давність. Про це свідчать історичні пам'ятки, наприклад, «Права малороссійские, з книг Статута, Саксона и Порядка выписанные». Норми, вміщені у «Виписі прав», стосуються також способів набуття права власності. Зокрема, у «Виписі» визначалося: «Кто держить іменіе от тридцати лет з годом, а если через тое время і продажи своей власности імети можетъ, что общимъ правомъ обережено, то есть естлибъ не от праведного наследника досталь, урядового же запису і купчей не имель, теди уже таковую давность імееть за певную оборону своего іменія противу всякимъ персонамъ, яко под однимъ дзвономъ (правомъ). ... кто какое іменіе держаль черезъ тридцать летъ, а на тое двохъ свидетелей імееть, записовъ не истязуютъ на суде»<sup>1</sup>.

В радянський період набувальна давність на рухоме та нерухоме майно не була закріплена в цивільному законодавстві ні УРСР, ні СРСР. Питання щодо встановлення набувальної давності в сфері цивільно-правових відносин у науці цивільного права залишалось спірним. Прибічники введення цього інституту в радянське цивільне право вважали за доцільне погодити чинні правила позовної давності із фактичним володінням «набувальним» майном. На їх думку, це дозволило б ліквідувати

<sup>1</sup> Див.: *Василенко М. П.* Матеріяли до історії українського права. – Т. 1. Передмова. – К., 1929. – С. 44.

невизначеність і нестабільність взаємовідносин, які формувалися щодо цього майна<sup>1</sup>.

Противники набувальної давності на майно виходили з того, що в радянській цивілістиці набувальна давність розглядається як засіб вирішити долю «набувального» майна, яке залишається у фактичного володільця після пропущення власником строку позовної давності. Аналізуючи можливі умови набувальної давності в радянському цивільному праві, вони вважали, що питання про набувальну давність виникло в радянський період у зв'язку з позовною давністю і розглядати набувальну давність як самостійний інститут немає підстав. Стверджувалося, що позовна давність повинна мати пріоритет перед набувальною давністю. Остання лише підсилює дію позовної давності і захищає фактичного володільця не тільки від позову власника, а й від претензій всіх третіх осіб, які можуть порушити володіння «набувальним» майном. Вважалося, що набувальна давність як атрибут антагоністичного суспільства — це цивільно-правовий інститут, який за формою і змістом суперечить основним принципам соціалістичного права<sup>2</sup>.

На відміну від набувальної давності на майно питання про набувальну давність на землю в радянський період навіть не виникало. З урахуванням соціально-економічної ролі і місця землі в системі суспільних відносин, а також виключного характеру права державної власності на цей об'єкт природи можливість набувальної давності як способу набуття права власності на землю в земельно-правовій науці не обговорювалася. Підстав для набувальної давності на земельні ділянки в радянському земельному праві не було. Земля як об'єкт виключної державної власності могла надаватися суб'єктам тільки в користування. Перебування землі у власності інших осіб (крім держави) не допускалося. Самовільне користування (самовільне захоплення) земельної ділянки згідно з законодавством, яке було чинним раніше, вважалося правопорушенням, за вчинення якого було передбачено кримінальну відповідальність.

Але у зв'язку з розпадом СРСР, проголошенням незалежності України, переходом економіки країни до ринкових відносин,

<sup>1</sup> Див., напр.: *Братусь С. Н.* Некоторые вопросы проекта ГК СССР // Сов. государство и право. — 1948. — № 12. — С. 19–20.

<sup>2</sup> Див., напр.: *Меерзон С. И.* К вопросу о приобретательной давности в советском гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 1950. — С. 241–242.

реформуванням всіх сторін суспільного життя підходи до сутності та оцінки набувальної давності у сфері як цивільно-правових, так і земельно-правових відносин істотно змінилися. Так, у ст. 346 проекту ЦК України від 14 лютого 2002 р. передбачено, що особа, яка добросовісно заволоділа чужим майном і продовжує відкрито, безперервно володіти нерухомим майном протягом десяти років або рухомим майном — протягом п'яти років, набуває право власності на це майно, якщо інше не встановлено цим Кодексом. Окремі приписи названої статті проекту ЦК стосуються земельної ділянки, яка теж розглядається як об'єкт набувальної давності. Зокрема, в ч. 1 ст. 346 проекту ЦК встановлено, що набуття права власності на земельну ділянку за набувальною давністю регулюється законом. Така позиція проекту ЦК, який серед об'єктів набувальної давності виокремлює землю, є невинуватою, оскільки йдеться про земельну ділянку як специфічний об'єкт набувальної давності.

Разом з тим зазначена цивільно-правова конструкція проекту ЦК щодо набувальної власності на земельну ділянку потребує окремої уваги. Перш за все виникає питання, про який закон йдеться в проекті ЦК, що регулюватиме набуття права власності на земельну ділянку за набувальною давністю. Якщо мається на увазі ЗК, то було б логічним прямо вказати на це та розмежувати сфери правового регулювання відповідних суспільних відносин. Якщо ж передбачається прийняття спеціального закону, який буде присвячено регламентації відносин щодо набуття права власності на земельну ділянку, то за основу треба взяти співвідношення загального та спеціального законів. У будь-якому випадку питання щодо остаточного вирішення належності правових приписів, що регулюють набувальну давність на земельну ділянку, до цивільно-правового або земельно-правового інституту залишається відкритим.

Вирішення цього питання значною мірою залежить від тих процесів, які є складовими економічної реформи, що була започаткована в Україні. Невід'ємними елементами цієї реформи виступають земельні перетворення. Саме в ході здійснення земельної реформи законодавчим шляхом закріплена багатосуб'єктність права власності на землю, певна частина земель включена в ринковий оборот, збільшилася питома вага різновидів земельних відносин, які наповнюються цивільно-правовим змістом, та ін.



Зазначені обставини істотно впливають на визначення ролі і місця набувальної давності в земельному праві.

Суспільні відносини, що виникають при набутті громадянами прав на земельну ділянку за набувальною давністю, регламентуються ЗК. Згідно зі ст. 119 ЗК громадяни, які добросовісно, відкрито і безперервно користуються земельною ділянкою протягом 15 років, але не мають документів, які б свідчили про наявність у них прав на цю ділянку, можуть звернутися до органу державної влади або органу місцевого самоврядування з клопотанням про передачу її у власність або надання у користування. Розмір цієї земельної ділянки встановлюється у межах норм, визначених ЗК. Передача земельної ділянки у власність або в користування громадян на підставі набувальної давності здійснюється в порядку, встановленому ЗК.

Як бачимо, земельне законодавство детально і всебічно регулює відносини, які виникають у сфері набувальної давності щодо земельних ділянок. Воно не містить якихось посилань на цивільно-правові норми чи спеціальні нормативні акти.

Розглянемо в порівняльному аспекті набувальну давність в земельному і цивільному праві та визначимо особливості набувальної давності на земельну ділянку, закріплені в ЗК.

Перш за все слід зазначити, що на відміну від цивільно-правової набувальної давності на майно як способу набуття права власності на нього набувальна давність у земельному праві пов'язана з набуттям земельної ділянки не тільки у власність, а й окремо у користування. В останньому випадку йдеться про легалізацію фактичного землекористування за наявності певних, визначених у законі умов. Це в загальній формі передбачено ст. 119 ЗК. Тим часом реалізація положення щодо можливості одержання громадянами земельної ділянки за набувальною давністю в користування є дещо проблематичною. Так, згідно зі ст. 92 ЗК право постійного користування земельною ділянкою із земель державної та комунальної власності набувають лише підприємства, установи та організації, що належать до державної або комунальної власності. Якщо враховувати наведене положення і те, що суб'єктами набувальної давності в земельному праві можуть виступати лише громадяни, то стане очевидним, що набуття права постійного користування землею за набувальною давністю є практично нездійсненним і неможливим. Що

ж стосується набуття громадянами за набувальною давністю права орендного (тобто тимчасового і оплатного) землекористування, то така можливість законом не виключається.

Як зазначалося, відповідно до ст. 119 ЗК коло можливих суб'єктів набувальної давності на земельну ділянку обмежене лише громадянами. Саме вони можуть реалізувати своє право на набуття земельної ділянки у власність чи орендне землекористування за набувальною давністю у встановленому порядку. Питання щодо можливості розширення кола суб'єктів, які внаслідок набувальної давності можуть набувати земельні права на конкретну земельну ділянку, залишається відкритим.

Реалізація належного суб'єктам-громадянам права на набуття земельної ділянки за набувальною давністю здійснюється за їх волевиявленням з урахуванням всіх конкретних обставин. Але тут слід підкреслити, що виникнення у суб'єкта права приватної власності на земельну ділянку чи легалізація фактичного землекористування в кінцевому результаті залежить від уповноваженого органу (державної влади чи місцевого самоврядування). При цьому слід також враховувати характер цільового використання земельної ділянки і обсяг земельних прав фізичних осіб, який зрештою залежить від того, чи є конкретна фізична особа громадянином України. Земельним законодавством, зокрема, передбачено, що іноземні громадяни та особи без громадянства можуть набувати в установленому порядку право власності лише на землі сільськогосподарського призначення. Що ж стосується набуття у власність зазначеними суб'єктами земель сільськогосподарського призначення, то законом встановлені певні обмеження. Аналіз всієї сукупності чинних земельно-правових норм свідчить про те, що на ці землі внаслідок набувальної давності в іноземців та осіб без громадянства може виникати лише право орендного землекористування. Якщо ж розглядати набувальну давність нерухомого майна в цивільно-правовому аспекті, то її суб'єктами можуть виступати як фізичні, так і юридичні особи. Якихось обмежень щодо обсягу їх майнових прав чинне цивільне законодавство не передбачає.

Об'єктом набувальної давності на земельну ділянку може виступати конкретна індивідуально визначена на місцевості земельна ділянка, яка знаходиться у фактичному користуванні громадянина. Межі цієї ділянки склалися в процесі землекори-

ствання, яке здійснюється громадянином, і їх ніхто не оспорує: ні суміжні землекористувачі чи власники земельних ділянок, ні треті особи.

Чинне земельне законодавство не встановлює якихось обов'язкових вимог щодо цільового використання земельної ділянки — об'єкта, який знаходиться у фактичному (а не юридичному) користуванні громадянина. Цільове призначення земельної ділянки обов'язково визначатиметься при легалізації фактичного землекористування. Цільове призначення земельної ділянки встановлюється компетентними органами при виникненні земельних прав на цю ділянку за набувальною давністю.

На відміну від ст. 346 проекту ЦК, в якій йдеться про заволодіння і подальше володіння чужим майном, у ст. 119 ЗК головною умовою набувальної давності вважається добросовісне, відкрите і безперервне протягом встановленого строку користування земельною ділянкою.

Загальновизнаним є положення про те, що право користування землею — це юридично закріплена можливість цільового господарського використання землі та видобування з неї корисних властивостей самим власником земельної ділянки чи уповноваженими ним особами. Зазначене право може бути реалізоване безпосередньо самим власником земельної ділянки. Не виключається можливість, що воно може належати і невластнику, зокрема на підставі адміністративного акта, договору та ін. Це право може здійснюватися, наприклад, постійним землекористувачем, якому в установленому порядку за рішенням уповноваженого органу для певного цільового призначення надана відповідна земельна ділянка, або орендарем на підставі договору оренди. Право користування землею може виникати і на основі прямої вказівки закону, коли йдеться про загальне землекористування (наприклад, у суб'єктів, які використовують землі загального користування в межах населених пунктів). У всіх цих випадках право землекористування невідомця виникає і реалізується за волевиявленням власника земельної ділянки.

В той же час іноді фактичне використання землі суб'єктом невідомця може відбуватись всупереч волі власника конкретної земельної ділянки (наприклад, при самовільному використанні ділянки).

З урахуванням викладених обставин користування землею можна класифікувати як законне і незаконне. Законне користування землею спирається на певну правову основу і охороняється законом. Наявність такої основи означає, що суб'єкт наділений правом користування землею, і воно належить насамперед власнику як одна з його правомочностей. Крім того, законне право землекористування може належати і здійснюватись іншими особами, які одержали це право за волевиявленням власника. При цьому сама сутність права користування землею різними суб'єктами як юридичної можливості видобування з неї корисних властивостей не змінюється. Межі законного землекористування залежать від цільового призначення відповідної земельної ділянки. Нецільове використання земельної ділянки суб'єктом є незаконним і являє собою правопорушення з боку користувача.

Законне землекористування може здійснюватися законним землекористувачем або безпосередньо самим власником земельної ділянки.

Незаконним завжди є самовільне використання землі. Воно здійснюється сторонньою особою, яка не є власником земельної ділянки або законним землекористувачем. Чинне земельне законодавство щодо самовільного використання землі оперує терміном «самовільне зайняття земельних ділянок». Такі дії згідно зі ст. 211 ЗК вважаються земельним правопорушенням, яке становить собою заволодіння земельною ділянкою без законних на те підстав. Воно може виражатися в огороженні земельної ділянки, будівництві на ній певних об'єктів (наприклад, житлового будинку чи нежитлових споруд), проведенні сільськогосподарських робіт, здійсненні іншої діяльності, яка пов'язана з фактичним володінням землею. Для самовільного зайняття земельної ділянки достатньо заволодіння нею без законних на те підстав. Суб'єкт може і не здійснювати фактичне користування землею, а виступати лише її незаконним володільцем. Особи, які самовільно зайняли земельні ділянки, незалежно від того, використовують вони ці ділянки чи ні, є правопорушниками. Вчинення зазначеного правопорушення тягне за собою не тільки адміністративний штраф для винних суб'єктів (громадян і посадових осіб) згідно зі ст. 53<sup>1</sup> Кодексу України про адміністративні правопорушення, а й інші негативні наслідки, передбачені ст. 212 ЗК.

Фактичне користування земельною ділянкою тісно пов'язане із володінням нею. Вони здійснюються одночасно, але володіння конкретною ділянкою є первинним для користування, хоча право користування землею в окремих випадках може здійснюватись і без права володіння нею.

Володіння землею як елемент змісту права власності на цей об'єкт природи означає юридично забезпечену можливість власника мати землю у своєму віданні, сфері свого фактичного господарського впливу.

Як право фактичного (фізичного чи господарського) панування на певній земельній ділянці правомочність володіння робить можливим здійснення з боку власника інших правомочностей: користування та розпорядження ділянкою. Право володіння землею може належати не тільки власнику, а й іншим особам. В останньому випадку воно може бути засноване на законі, договорі з власником землі або адміністративному акті. Перебування земельної ділянки на законних підставах у володінні особи обумовлює обов'язковість використання цієї ділянки за цільовим призначенням. Таке володіння землею визнається законним, оскільки воно має певну правову основу (титул). Незаконне володіння вважається безтитульним.

Добросовісність фактичного землекористування — одна із необхідних умов набувальної давності. Під добросовісністю чи недобросовісністю прийнято розуміти знання чи незнання суб'єктом тих обставин, які перешкоджають переходу земельних прав до фактичного землекористувача. Питання щодо добросовісності фактичного землекористування є складним і багатограним. Воно потребує самостійного глибокого і детального дослідження. Досить сказати, що на відміну від фактичного володіння майном у цивільно-правовій сфері фактичне землекористування (а отже, і фактичне володіння) згідно із законом, як уже зазначалося, тягне за собою для особи негативні наслідки незалежно від того, вважається воно добросовісним чи недобросовісним. Добросовісне користування земельною ділянкою означає таку експлуатацію ділянки та привласнення її корисних властивостей без належних на те підстав, про які громадянин не знав і не міг знати.

Відкритим слід вважати таке фактичне землекористування, яке відоме як уповноваженим органам, так і будь-яким третім особам. У процесі відкритого землекористування суб'єкт здій-

снює привласнення корисних властивостей земельної ділянки і вважає таке користування правомірним. Підтвердженням відкритого землекористування може виступати, наприклад, сплата земельного податку за ініціативою громадянина. Доказами відкритого землекористування можуть бути будь-які фактичні обставини, які безперечно підтверджують використання конкретної земельної ділянки громадянином.

Безперервність фактичного землекористування означає таке використання земельної ділянки, яке продовжується постійно, безперервно в тому вигляді, в якому воно починалося, і в тих же межах. Щодо землі це може бути пов'язано з використанням земельної ділянки з певною метою, яка не повинна змінюватися.

Користування земельною ділянкою повинно вважатися безперервним і в тому випадку, коли перерва у використанні земельної ділянки пов'язана з характером її використання. Наприклад, безперервним доцільно вважати й таке використання земельної ділянки, коли з урахуванням її цільового характеру експлуатація ділянки можлива через певні проміжки часу (наприклад, виключаючи період промерзання ґрунту та ін.). Безперервне фактичне користування земельною ділянкою повинно бути стабільним, сталим і здійснюватися певний проміжок часу (мінімум 15 років).

Прикладом добросовісного, відкритого і безперервного користування земельною ділянкою, яке може бути підставою для набуття права на цю ділянку, є використання службових земельних наділів. Свого часу такі наділи надавалися окремим категоріям працівників у зв'язку з виконанням ними трудової функції на конкретному підприємстві. Але і чинний, і попередні (1990 р., 1992 р.) земельні кодекси України, на жаль, навіть не згадують про службові земельні наділи. Громадяни, які до теперішнього часу користуються службовими земельними наділами, мають право на оформлення фактичного землекористування.

Такі найбільш характерні риси, притаманні набувальній давності в земельному праві, і заслуговують на увагу та подальше дослідження.

Набувальна давність у земельному праві на відміну від цивільно-правової набувальної давності характеризується своїми особливостями (колом суб'єктів, підставами та умовами набуття земельних прав).

А. Соколова, доцент НЮА України

## Предмет флористичного права

Флористичне право — явище відносно молоде для права України, тому до сих пір науковому дослідженню та аналізу традиційно підлягало тільки лісове право, яке фактично виступає як частина флористичного права. У зв'язку з цим необхідність виявлення особливостей предмета та методу флористичного права, його правової природи і галузевої належності і являє собою досить складне і в той же час актуальне завдання. Це положення обумовлюється також тим, що в правовій літературі зазначеному питанню приділялося надто мало уваги.

Актуальність названої проблеми зросла також з прийняттям та вступом у законну силу Закону України від 9 квітня 1999 р. «Про рослинний світ», який закріпив основні засади та сформулював принципи флористичного права.

Для вирішення поставленої проблеми звернемося до аналізу загальнотеоретичних положень. Передусім слід відмітити, що в основу класифікації сукупності правових норм як галузі права, так й інших підрозділів усередині неї теорія права покладає предмет правового регулювання та деякі інші критерії. Так, О. Іоффе, який серед інших структурних елементів визначив, зокрема, основні ознаки підгалузі права, відзначав, що кожна підгалузь однієї галузі має свій специфічний предмет та метод<sup>1</sup>.

Цей висновок слід вважати дуже важливим, оскільки при характеристиці флористичного права як однієї з підгалузей екологічного права останнє розглядається як самостійна галузь права України.

Флористичне право поряд з такими традиційними та загальноновизнаними підгалузями екологічного права, як земельне, водне, надрове, фауністичне, атмосфероповітряне, посіло своє відповідне місце.

У зв'язку з цим необхідно також підкреслити, що традиційно до розуміння екологічного права як галузі права визначилися як мінімум два основні підходи. Одні автори розглядають екологіч-

<sup>1</sup> Див.: *Иоффе О. С.* Структурные подразделения системы права (на материалах гражданского права) // Ученые записки ВНИИСЗ. — М., 1968. — Вып. 14. — С. 45–65.

не право як комплексну галузь права з відповідною внутрішньою структурою, а інші — як самостійну галузь права (відповідно з підгалузевою структурою). Останнім часом учені-екологи все більше схиляються до думки про самостійність цієї галузі права, відходячи від попередніх тверджень про комплексність екологічного права. І цих прикладів стає дедалі більше, що в свою чергу свідчить про єдність екологічних відносин, оскільки всі природні об'єкти хоча і розвиваються за своїми природними законами, але зв'язок між ними є тісним, нерозривним та взаємним.

Як зазначалося, однією з ознак самостійності підгалузі права є предмет правового регулювання. Теорія права визначає, що предметом виступає коло суспільних відносин, які регулюються нормами того чи іншого правового утворення як первинного, так і вторинного рівнів. У зв'язку з цим можна вважати, що предметом флористичного права (або, як його ще називають у науковій літературі, природно-рослинного права) виступають суспільні відносини, які мають багатоаспектний та комплексний характер. Саме ці відносини і є предметом правової регламентації. Їх можна назвати флористичними. Разом з тим слід відмітити, що сам термін «флористичні відносини» (як і термін «природно-рослинні відносини» щодо природно-рослинного права) в екологічному законодавстві практично не зустрічається. Закон України «Про рослинний світ», на жаль, також не містить і не визначає сутності даного поняття. Цей нормативний акт оперує терміном «відносини у сфері охорони, використання та відтворення рослинного світу».

Так, ст. 1 цього Закону встановлює, що законодавство про рослинний світ регулює відносини у сфері охорони, використання та відтворення рослинного світу згідно з Конституцією України, законами України «Про охорону навколишнього природного середовища», «Про природно-заповідний фонд України», Лісовим кодексом України, названим Законом та іншими нормативно-правовими актами.

Також у цьому нормативному акті підкреслюється важливе принципове положення, яке стосується того, що відносини у сфері охорони, використання та відтворення рослин і багаторічних насаджень сільськогосподарського призначення регулюються відповідним законодавством України. Тобто у даному випадку не йдеться про застосування до цих видів відносин норм екологічного законодавства. Закон підкреслює, що тут необхід-



но використовувати положення інших галузей законодавства, зокрема цивільного та ін.

Екологічне право в цілому встановлює, що його предметом можуть виступати відносини, які виникають при використанні, відтворенні та охороні тільки «дикої» природи, тобто природних об'єктів, ознакою яких є відповідні риси. Так, у наукових роботах зазначається, що екологічні відносини виникають та існують лише за наявності природних об'єктів, які функціонують без відриву їх від єдиного природного середовища. Наприклад, зрубана деревина, добуті корисні копалини, виловлена риба перестають бути об'єктами екологічних відносин, оскільки вони відокремились від природного середовища, стали майновими об'єктами і перейшли у сферу майнових відносин, які регулюються цивільним правом<sup>1</sup>.

Прикладом законодавчого закріплення в екологічному праві цих положень можна назвати Закон України від 13 грудня 2001 р. «Про тваринний світ», який визначає, що об'єктами тваринного світу, на які поширюється дія цього Закону, є дикі тварини, частини диких тварин, продукти життєдіяльності диких тварин (ст. 3). А відносини у галузі охорони, використання і відтворення сільськогосподарських, свійських тварин, а також діяльність, пов'язана з охороною і використанням залишків викопних тварин, регулюються відповідним законодавством України (ст. 1).

Як бачимо, великих розбіжностей з приводу цього питання між зазначеними двома положеннями цих законів не існує, і це не суперечить основним загально визнаним засадам екологічного права.

Для визначення самого предмета правового регулювання доцільно здійснити класифікацію відносин, які регулюються Законом України «Про рослинний світ» та іншим флористичним законодавством, на відповідні групи за певними ознаками. Ці групи відносин зазначено у самому Законі: відносини з приводу користування, відтворення та охорони об'єктів рослинного світу, тобто фактично визначено три групи флористичних відносин.

Проте, крім названих трьох видів відносин, виділяють ще одну доволі велику групу відносин: відносини, що виникають з приво-

<sup>1</sup> Див.: Попов В. К. Предмет, метод, принципи та система екологічного права // Екологічне право України: Підручник / За ред. В.К. Попова та А.П. Гетьмана. – Х., 2001. – С. 8.

ду належності природних об'єктів певним суб'єктам на праві власності або на праві користування<sup>1</sup>. Ці чотири групи відносин визнаються основними, хоч окрім них можливе існування похідних відносин, зокрема еколого-процесуальних<sup>2</sup>, еколого-інформаційних, відносин у сфері розгляду спорів та ін. Похідність зазначених відносин полягає в тому, що вони обслуговують основні відносини в процесі їх виникнення, розвитку, припинення.

Що стосується відносин належності природних об'єктів, зокрема об'єктів рослинного світу, то необхідно підкреслити, що, незважаючи на відсутність відповідних приписів в основному для цієї сфери нормативному акті про власність на дані об'єкти, ці відносини існують, оскільки положення про власність на природні об'єкти закріплено передусім в Конституції України (відповідні статті). Це також приписи Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» (ст. 4). Крім того, про право власності йдеться у ст. 6 Лісового кодексу України. Тому доцільно було б закріпити положення про власність на об'єкти рослинного світу у відповідному законі (наприклад, у новій редакції Закону «Про рослинний світ»), бо такі відносини фактично існують, а це в свою чергу потребує відповідного законодавчого регулювання.

На відміну від відносин належності відносини з використання об'єктів рослинного світу достатньо докладно представлені у флористичному законодавстві. Це відносини, які виникають та здійснюються у сфері експлуатації відповідних рослинних об'єктів. Ці відносини в свою чергу можуть поділятися на відповідні види залежно від різних критеріїв, зокрема від цільового використання об'єктів рослинного світу — збирання лікарських рослин; заготівля деревини під час рубок головного користування; заготівля живиці; заготівля кори, лубу, деревної зелені, деревних соків тощо; збирання квітів, ягід, плодів, горіхів, насіння, грибів, лісової підстилки, очерету тощо; заготівля сіна; випасання худоби. Цей перелік не є вичерпним, оскільки законодавством України можуть бути передбачені й інші види використання об'єктів рослинного світу.

Слід також зазначити, що різновидом відносин з використання зазначених об'єктів виступають відносини, які виника-

<sup>1</sup> Див.: Попов В. К. Вказ. праця. — С. 6.

<sup>2</sup> Див.: Гетьман А. П. Процессуальные нормы и отношения в экологическом праве. — Х., 1994. — С. 136.

ють у зв'язку з відповідними функціями рослинного світу, зокрема такими, як природоохоронна, рекреаційна, оздоровча, культурно-освітня, виховна та науково-дослідницька (це відповідно відносини з використання об'єктів рослинного світу в оздоровчих, культурно-освітніх, рекреаційних цілях та т.ін.).

Саме процес використання, а як наслідок цього — і сформовані відповідні відносини, залежать не тільки від виду та природної характеристики об'єктів рослинного світу, а й від їх місцезнаходження. В той же час, наприклад, об'єкти рослинного світу можуть знаходитися у межах: внутрішніх морських вод і територіального моря, континентального шельфу та виключної (морської) економічної зони України; поверхневих вод; природних та біосферних заповідників, національних природних парків, а також заказників, пам'яток природи та т.ін. Або об'єкти рослинного світу можуть бути рідкісними та такими, що перебувають під загрозою зникнення — судинні рослини, мохоподібні, водорості, лишайники та ін. Їх види занесено до Червоної книги України. Якщо ж йдеться про рідкісні та такі, що перебувають під загрозою зникнення, типові природні рослинні угруповання, то вони занесені до Зеленої книги України. Тому до предмета правового регулювання флористичного права належать багатогранні суспільні відносини з використання різноманітних видів об'єктів рослинного світу.

До предмета флористичного права належать суспільні відносини з відтворення об'єктів рослинного світу. Відтворення об'єктів рослинного світу може забезпечуватися двома основними шляхами: по-перше, природним відновленням, при якому без особливого втручання людини використовуються сили самої природи, які і забезпечують природний ріст зазначених об'єктів, тобто у цьому випадку відтворення проходить самостійно, без застосування праці людини або з мінімальними витратами; по-друге, штучним поновленням об'єктів рослинного світу.

Відповідно і відносини щодо відтворення даних об'єктів поділяються на два види. Це знайшло своє відображення у Законі України «Про рослинний світ» (розд. III).

I, нарешті, самостійною групою флористичних відносин є відносини з охорони об'єктів рослинного світу. Сама ж охорона рослинного світу являє собою здійснення комплексу заходів, спрямованих на збереження просторової, видової, популяцій-

ної та ценотичної різноманітності і цілісності об'єктів рослинного світу, охорону умов їх місцезростання, збереження від знищення, пошкодження, захист від шкідників і хвороб, а також на невиснажливе використання.

Специфічними видами охоронних флористичних відносин є відносини з охорони умов місцезростання об'єктів рослинного світу; охорони рослинності від пожеж, пошкоджень, а також від шкідників та т.ін.

Аналізуючи зміст відносин належності, використання, відтворення та охорони об'єктів рослинного світу, слід зазначити, що, незважаючи на їх відносну самостійність, усі групи флористичних відносин взаємопов'язані і взаємозалежні. І ці взаємопов'язаність і взаємозалежність характеризуються тим, що вони є об'єктивно існуючими і досить міцними. Наприклад, при використанні об'єктів рослинного світу природно виникають відносини, пов'язані з їх відтворенням, охороною та т.ін.

З наведеного можна зробити висновок про те, що предметом флористичного права виступають відповідно флористичні відносини, котрі являють собою суспільні відносини, які складаються між державою, її уповноваженими органами, органами місцевого самоврядування, юридичними та фізичними особами з приводу належності, використання, відтворення та охорони об'єктів рослинного світу з метою задоволення своїх інтересів.

*Надійшла до редколегії 04.11.02*

# ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Ю. Щокін, доцент НЮА України,  
Д. Свояк, лейтенант СБ України

## Юридична природа привілеїв та імунітетів міжнародних міжурядових організацій та їх персоналу

Дискусії, що передували прийняттю у другій половині ХХ ст. декількох універсальних конвенцій, які кодифікували основні інститути дипломатичного й консульського права (Віденська конвенція про дипломатичні зносини 1961 р., Віденська конвенція про консульські зносини 1963 р., Конвенція про спеціальні місії 1969 р. та ін.), свідчили про різноманітність теоретичних підходів до питання юридичної природи дипломатичних імунітетів та привілеїв. Представниками різних країн були згадані добре відомі міжнародно-правовій доктрині теорії, які, за словами Д. Левіна, при узагальненні являють собою «різноманітні варіації трьох основних принципів: екстериторіальності, представницького характеру посла і дипломатичних функцій»<sup>1</sup>. Але жоден із них так і не став визначальним.

В цей же час у міжнародних відносинах все більш активну роль почали відігравати міжнародні міжурядові організації. Їх участь нарівні з державами в міжнародному житті закономірно призвела до постановки питання про міжнародне представництво міжнародних організацій. І, як результат, у міжнародному праві формулюється нове теоретичне завдання — зрозуміти юридичну природу їх привілеїв та імунітетів.

У міжнародних організацій відсутні суверенітет, територія, власне населення. Система органів міжнародних організацій ледве піддається зіставленню з внутрішньодержавними механізмами влади. Ці властивості не дозволяють переважній більшості вчених при поясненні необхідності закріплення за міжнарод-

<sup>1</sup> Левин Д. Б. Дипломатический иммунитет. — М.; Л., 1949. — С. 267.

ними організаціями та їх персоналом привілеїв та імунітетів, близьких за своїм змістом до дипломатичних, спиратися на теорії екстратериторіальності та представництва. Тому в більшості випадків як правова підстава висувається функціональна теорія. Наприклад, І. Ширер пише: «Цілком ясно, що для ефективного виконання своїх функцій міжнародні організації потребують певних привілеїв та імунітетів у кожній державі, де вони можуть постійно або тимчасово розташовуватися. Агенти й службовці, за допомогою яких ці організації повинні функціонувати, також потребують таких привілеїв, що їм розумно необхідні для виконання своїх обов'язків»<sup>1</sup>. Подібним чином у своїй відомій праці висловлюється Я. Броунлі: «На відміну від дипломатичних привілеїв та імунітетів привілеї та імунітети міжнародних організацій значно більшою мірою визначаються їх функціональною основою і ... багато в чому залежать від конкретної виконуваної функції та від обставин справи»<sup>2</sup>.

Практика в цілому займає аналогічну позицію. Документи, що закріплюють за міжнародними організаціями та їх персоналом певний обсяг привілеїв та імунітетів, у більшості випадків дозволяють зробити висновок про функціональну правову природу цього інституту.

Стаття 105 Статуту ООН, що заклала правову основу для розроблення і прийняття текстів Конвенції про привілеї та імунітети Об'єднаних Націй 1946 р. та Конвенції про привілеї та імунітети спеціалізованих установ 1947 р., встановлює:

«1. Організація Об'єднаних Націй користується на території кожного зі своїх Членів такими привілеями та імунітетами, що необхідні для досягнення її цілей.

2. Представники Членів Організації та її посадові особи також користуються привілеями та імунітетами, що необхідні для самостійного виконання ними своїх функцій, пов'язаних із діяльністю Організації».

Аналогічне положення міститься в ст. 40 (а) Статуту Ради Європи: «Рада Європи, представники Членів і Секретаріат користуються на території Членів такими привілеями та імунітетами, що розумно необхідні для виконання ними своїх обов'язків».

<sup>1</sup> *Shearer I. A. Starke's International Law / 11<sup>th</sup> Edition. – London, UK: Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1994. – P. 558.*

<sup>2</sup> *Броунлі Я. Международное право: В 2 кн. / Пер. с англ. – М., 1977. – Кн. 2 – С. 415.*

Така ж тенденція просліджується і при підготовуванні установчих документів порівняно молодих міжнародних організацій. Наприклад, у п. 2 ст. 8 Марракеської Угоди про створення Всесвітньої Торговельної Організації 1994 р. зазначено, що «ВТО наділяється всіма її Членами такими привілеями та імунитетами, що необхідні для здійснення її функцій».

Суворий орієнтир розроблювачів нормативних положень, які закріплюють правові основи привілеїв та імунитетів міжнародних організацій та їх персоналу, на функціональну теорію і при цьому практично повна відсутність вказівок на представницький характер діяльності міжнародних організацій дозволяють висловити з цього приводу низку найважливіших, на наш погляд, критичних зауважень.

Перше зауваження полягає в тому, що міжнародно-правовій доктрині добре відомі теоретичні та практичні дефекти теорії дипломатичних функцій. Зміна одного суб'єкта міжнародного права іншим (у нашому випадку — держави міжнародною організацією) аж ніяк не усуває ці дефекти.

Так, як і у випадку дипломатів — представників держав, функціональною теорією складно обґрунтувати митні та податкові імунитети персоналу міжнародних організацій. Також є спірним відповідність цій теорії судово-процесуального імунитету, наданого посадовим особам організацій стосовно всього сказаного, написаного або здійсненого ними в офіційній якості і після того, як вони вже залишили службу в міжнародній організації. Або, наприклад, з позиції функціональної теорії абсолютно не витримує критики надання вищим посадовим особам міжнародних організацій, а також деяким членам їх сімей імунитетів та привілеїв, рівних за обсягом привілеїв та імунитетам дипломатичних агентів. Це положення закріплене, зокрема, у ст. V Конвенції про привілеї та імунитети Об'єднаних Націй (1946 р.). Такі ж положення стосовно Генерального Секретаря, його заступника, їх дружин та неповнолітніх дітей містяться в ст. 16 Генеральної угоди про привілеї та імунитети Ради Європи (1949 р.).

Проте, мусимо констатувати, що, коли минуло понад півстоліття з моменту укладення згаданих вище конвенцій, формулювання, що містяться в них, незважаючи на явні дефекти, на сьогодні стали певними правовими стандартами, які регулюють дипломатичні відносини держав і міжнародних міжурядових

організацій. Сучасна договірна практика України цілком підтверджує це.

Так, у ст. 13 Угоди між Кабінетом Міністрів України та Організацією Економічного Співробітництва і Розвитку відносно привілеїв, імунітетів і пільг, наданих Організації, укладеної 19 грудня 1997 р., сказано: «На додаток до привілеїв, імунітетів і пільг, зазначених у статті 12, Генеральний Секретар Організації та його/її подружжя, а також їхні діти віком до 18 років користуються привілеями, імунітетом і пільгами, які надаються головам дипломатичних місій, акредитованих в Україні. Заступник, помічники Генерального Секретаря, їхні подружжя та діти віком до 18 років користуються привілеями, імунітетом та пільгами, які надаються членам дипломатичних місій, акредитованих в Україні, відповідного рангу». Стаття 28 Статуту Організації Чорноморського Економічного Співробітництва (ЧЕС), прийнятого в 1998 р., передбачає, що Організація ЧЕС, її співробітники і представники держав-членів користуються на територіях держав-членів привілеями та імунітетами, визначеними в Конвенції про привілеї та імунітети Організації Об'єднаних Націй 1946 р. Додатковий протокол про привілеї та імунітети Організації Чорноморського Економічного Співробітництва, прийнятий у 1999 р., було підготовлено на основі цієї Конвенції ООН.

Примітно, що й позиція доктрини за минулі півсторіччя теж не зазнала змін. У 1949 р. Д. Левін відзначав: «Проте, ця теорія не дає загального юридичного принципу дипломатичного імунітету, в якому могли б знайти тверду підставу окремі норми, що входять у даний інститут, тому що вона не містить будь-яких нормативних положень, що логічно впливають із загальних засад міжнародного права і у свою чергу складають логічну передумову конкретних позитивних норм»<sup>1</sup>. У 1995 р. практично такого ж висновку на підставі аналізу новітньої дипломатичної практики дійшов і сучасний дослідник Ю. Дьомін: «У цілому ж теорія функціональної необхідності лише пояснює, та й то не в усіх випадках, надання того або іншого імунітету, але по суті не є юридичною основою інституту імунітетів та привілеїв»<sup>2</sup>.

Таке критичне зауваження визначається особливостями правової природи міжнародних міждержавних організацій.

<sup>1</sup> Левин Д. Б. Вказ. праця. — С. 260.

<sup>2</sup> Демин Ю. Г. Статус дипломатических представительств и их персонала. — М., 1995. — С. 23.



На відміну від держав, функції міжнародних організацій визначаються установчими документами. Головна проблема полягає в тому, що сам термін «функція» стосовно міжнародної організації є багатозначним і недостатньо точним. Відповідні статті статутів організацій щодо цього вкрай суперечливі. Наприклад, у Статуті Організації Об'єднаних Націй закріплено *функції* та *повноваження* більшості її головних органів. Головними органами ООН, чиї функції та повноваження за Статутом не визначені, є Міжнародний Суд і Секретаріат. Це при тому, що тільки в цих органах посадові особи діють особисто і при здійсненні своїх дій формально не залежать від волі держав, що направили їх. А в діяльності насамперед цих осіб реалізується міжнародна правосуб'єктність будь-якої міжнародної міждержавної організації.

Але якщо стосовно Міжнародного Суду ця прогалина частково заповнюється Главою II Статуту Суду, озаглавленою вже як «Компетенція Суду», то про функції Секретаріату навіть не згадується. Так само Статут узагалі нічого не говорить про функції ООН у цілому, в той час як ст. 104 Статуту Організації Об'єднаних Націй ставить правоздатність Організації у залежність як від її функцій, так і від її цілей. Також і згадана раніше ст. 105 обґрунтовує привілеї та імунітети посадових осіб Організації саме функціями, пов'язаними з діяльністю ООН.

Прикладами різного значеннєвого змісту терміна «функція» можуть слугувати статутні документи таких організацій спеціалізованого характеру, як Міжнародне агентство з атомної енергії та Всесвітня торговельна організація.

Стаття III Статуту МАГАТЕ як функції виділяє найбільш загальні цілі та завдання Агентства: «сприяти і допомагати науково-дослідницькій роботі в галузі атомної енергії та розвитку атомної енергії і практичному її застосуванню в мирних цілях у всьому світі» (п. 1); «сприяти обміну науковими і технічними відомостями про застосування атомної енергії в мирних цілях» (п. 3); «заохочувати обмін науковцями в галузі використання атомної енергії в мирних цілях та їх підготовку» (п. 4) та ін.

Стаття 3 Марракеської угоди про створення ВТО 1994 р. як функції визначає насамперед організаційно-правові механізми та основні сфери управління для реалізації цілей організації:

«1. ВТО сприяє виконанню, адмініструванню та реалізації положень і досягненню цілей цієї Угоди і Багатосторонніх тор-

говельних Угод, а також є механізмом для виконання, адміністрування та реалізації положень Торговельних Угод Багатостороннього Характеру.

2. ВТО забезпечує проведення переговорів між її Членами щодо їхніх торгових взаємовідносин з питань, урегульованих угодами, що складають додатки до цієї Угоди...

3. ВТО адмініструє Розуміння про Правила і Процедури щодо Врегулювання Спорів...

Підсумувати наведене можна словами Войцеха Моравецького, що присвятив функціям міжнародних організацій чималу монографію: «... у текстах статутів міжнародних організацій по чергово використовуються такі визначення, як «цілі», «завдання», «функції», «компетенції» і «повноваження», «влада», що викликає хаос понять. Термін «функція» втрачає в цих умовах «функціональний» характер, перестає відігравати роль діючого знаряддя пізнання і порозуміння»<sup>1</sup>.

До цього додамо, що в статутах деяких міжнародних організацій та установ узагалі відсутня чітка вказівка на їх функції (Статут Ради Європи, Статут СНД, Статут ІКАО, положення якого утворюють статті Частини II Конвенції про міжнародну цивільну авіацію 1944 р., та ін.). Чим же у такому випадку керуватися при визначенні змісту привілеїв та імунітетів: цілями, завданнями чи повноваженнями? І це при тому, що по ідеї кожен із цих термінів повинен нести різноманітне значеннєве навантаження.

На нашу думку, функціональна теорія не в змозі охопити весь спектр відносин, що стосуються імунітетів та привілеїв міжнародних організацій та їх персоналу. Звернення до неї в період появи і становлення міжнародних міжурядових організацій має своє пояснення: ні теорія, ні практика ще не були готові прийняти міжнародні організації як повноправних суб'єктів міжнародного публічного права. Широко відомий Консультативний висновок Міжнародного Суду, що визначив основи міжнародної правосуб'єктності ООН і значним чином вплинув на розвиток доктрини з цього питання, було прийнято 11 квітня 1949 р., тобто вже після прийняття Конвенції про привілеї та імунітети Об'єднаних Націй 1946 р. і Конвенції про привілеї та імунітети спеціалізованих установ 1947 р.

<sup>1</sup> *Моравецкий В. Функции международной организации / Пер. с польск. — М., 1976. — С. 87.*

На сьогодні міжнародна правосуб'єктність міжнародних міжурядових організацій є загальновизнаною. Це не означає, звичайно, що будь-яке міждержавне об'єднання, котре проголошується як міжнародна організація, автоматично наділяється такою правосуб'єктністю. Але це означає, що якщо це об'єднання наділяється міжнародними правами та обов'язками (найважливішими з яких є право на укладення міжнародних договорів, здатність пред'являти міжнародні претензії і, у свою чергу, нести міжнародно-правову відповідальність), його міжнародна правосуб'єктність не буде викликати сумнівів.

Міжнародна право- і дієздатність організації визначається її статутом. У зв'язку з цим про міжнародні організації говорять як про вторинні, або похідні, суб'єкти міжнародного права. Проте ця «вторинність», або «похідність», не означає, що при укладенні міжнародних договорів з державами міжнародні організації юридично поставлені в нерівні умови.

У преамбулі Віденської конвенції про право договорів між державами і міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями 1986 р. визнається «погоджувальний характер договорів» і відзначається, що «принципи вільної згоди і сумлінності та норма *pacta sunt servanda* одержали загальне визнання» (скрізь виділено нами. — Ю. Ш. і Д. С.). Це означає, що юридично держава й організація як сторони міжнародного договору рівні між собою, на що також зверталася увага у вітчизняній доктрині міжнародного права<sup>1</sup>. Якщо не буде «вільної згоди» при укладенні міжнародних договорів, то, отже, не можна буде довести їх «погоджувальний характер».

Логічно і природно стверджувати, що особи, які діють від імені міжнародної організації на підставі наданих нею повноважень, у відносинах із державами та з іншими міжнародними організаціями здійснюють представництво. Їх діяльність має представницький характер. У Конвенції 1986 р. говориться про «осіб, що представляють міжнародну організацію».

Дивно, але саме цей очевидний факт багато хто і з вітчизняних, і зарубіжних спеціалістів намагаються не помічати. Так, М. Мітрофанов із цього приводу стверджував таке: «... визнанням у правовій літературі вважається те, що міжнародний функціональний

<sup>1</sup> Див.: Международная правосубъектность: некоторые вопросы теории / Кол. авторов, отв. ред. Д. И. Фельдман. — М., 1971. — С. 103.

статус персоналу міжнародних організацій відрізняє його по суті від міжнародного представницького статусу дипломатів»<sup>1</sup>.

Б. Ганюшкін, будуючи свої міркування на основі доповідей доктора А. Ель-Еріана на ХІХ сесії Комісії міжнародного права ООН, присвяченій правовідносинам держав і міжнародних організацій, з одного боку, цілком правильно вказує на представницький характер правового статусу представників держав у міжнародних організаціях. Але, з іншого боку, він заявляє, що саме цей представницький характер є основою розмежування правового становища представників держав і представників міжнародних організацій<sup>2</sup>. На підтвердження своєї думки Б. Ганюшкін наводить таку цитату з доповіді Ель-Еріана: «Міжнародні ж організації і пов'язані з ними особи, тобто посадові особи та експерти, не представляють держави. Тому вони не мають представницького характеру, і їх становище аналогічне парламентському імунітету, заснованому на функціональній теорії» (?!)<sup>3</sup>.

Чітко додержуючись тверджень Ель-Еріана, Б. Ганюшкін тим самим позбавляє себе можливості для обґрунтування міжнародного звичаю, згідно з яким міжнародні організації та їх посадові особи наділяються привілеями та імунітетами, аналогічними дипломатичним. Він пише: «... дуже поширена точка зору, відповідно до якої існує або, принаймні, складається міжнародний звичай, що вимагає надавати міжнародним організаціям, їх співробітникам і представникам держав у цих організаціях більш-менш широкі привілеї та імунітети, як правило, близькі до дипломатичних або аналогічні їм»<sup>4</sup>.

По-перше, це твердження Б. Ганюшкіна, в якому заперечується представницький характер діяльності посадових осіб міжнародних організацій, виглядає не тільки голослівним, а й суперечливим. По-друге, дослідник, сам того не помічаючи, ставить в один ряд і співробітників міжнародних організацій, і представників держав, правова природа привілеїв та імунітетів яких, за його ж словами, різна.

<sup>1</sup> Митрофанов М. В. Служащие международных организаций (персонал организаций системы ООН). — М., 1981. — С. 45.

<sup>2</sup> Див.: Ганюшкін Б. В. Дипломатическое право международных организаций. — М., 1972. — С. 63–64.

<sup>3</sup> Цит. за: Там само. — С. 64.

<sup>4</sup> Там само. — С. 76.

На нашу думку, такий звичай дійсно існує і є одночасно наслідком і доказом представницького характеру діяльності міжнародних організацій та їх посадових осіб. Не може існувати суб'єкта міжнародного права, як, власне, і суб'єкта права взагалі, якщо він не здійснює своє представництво і не вступає у відносини з іншими суб'єктами.

Визнання за діяльністю міжнародних організацій та їх посадових осіб представницького характеру закономірно підводить під їх привілеї та імунітети принципово нову правову основу — **представницьку теорію**. Проте ми маємо на увазі не ту класичну представницьку теорію, недоліки якої також добре відомі міжнародно-правовій доктрині і яка застаріла навіть для держав, а її нову інтепретацію у вигляді визнання **права на міжнародне представництво**.

Вперше в радянській юридичній літературі право на міжнародне представництво обґрунтував Д. Левін. Він писав: «В основу дипломатичного імунітету потрібно покласти не фікцію персоніфікації послом суверена і не сам по собі принцип суверенітету, — який складає підставу імунітету держави, але не відображає специфічних особливостей посольського права, — а право держави, що впливає із суверенітету, на міжнародне представництво. Це цілком реальна категорія міжнародного життя, що є міжнародно-правовою передумовою всієї дипломатичної діяльності держави та складає логічну ланку, яка пов'язує посольське право з основними засадами і системою всього міжнародного права»<sup>1</sup>.

Основу права держави на міжнародне представництво Д. Левін вбачав у її міжнародній правосуб'єктності<sup>2</sup>. Це право «проявляється у відправленні та прийнятті тимчасових і постійних дипломатичних представників, в участі у міжнародних конференціях і організаціях, в укладанні міжнародних договорів і угод і т.д.»<sup>3</sup>

На наш погляд, юридична основа привілеїв та імунітетів міжнародних організацій також закладена в їх міжнародній правосуб'єктності.

Держави-засновники в більшості випадків уникають чітко і недвозначно вказувати в статуті організації, що вона є суб'єктом міжнародного права. Про наявність у неї цієї якості судять

<sup>1</sup> Левин Д. Б. Вказ. праця. — С. 270.

<sup>2</sup> Див.: Там само.

<sup>3</sup> Там само.

за сукупністю міжнародних прав і обов'язків, таких як: здатність укладати міжнародні договори, пред'являти міжнародні претензії, нести міжнародно-правову відповідальність та ін.<sup>1</sup> У цих випадках міжнародна організація виступає від власного імені і тим самим виявляє і реалізує свою автономну волю<sup>2</sup>.

Воля міжнародної організації виробляється і виражається її органами. Вона самостійна, оскільки є результатом взаємних політичних поступок і компромісів членів організації. Воля спрямована на досягнення цілей, визначених статутом організації, і, до деякої міри, обмежена цими цілями.

Джерела набуття міжнародної правосуб'єктності у держав і міжнародних організацій різні. Міжнародні організації не мають універсальної міжнародної правосуб'єктності як держави. Міжнародна правосуб'єктність організацій має спеціальний характер.

Разом з тим це не означає, що порівняно з державами міжнародні організації юридично знаходяться в обмеженому правовому становищі. Як уже зазначалося, формально держави і міжнародні організації виступають рівноправними та самостійними учасниками міжнародного спілкування.

У цьому випадку, на нашу думку, можна провести аналогію між правовим становищем держав і міжнародних організацій у міжнародному праві та правовим становищем фізичних і юридичних осіб у цивільному праві.

Фізична особа наділяється правоздатністю з моменту народження, дієздатністю — по досягненні певного віку. Юридична особа у кінцевому підсумку — завжди результат зацікавленості та діяльності фізичних осіб. Її цивільна право- і дієздатність, як і у міжнародних організацій, в міжнародному праві обмежена статутом. У цьому розумінні, якщо так можна сказати, юридична особа — вторинний і похідний суб'єкт цивільного права.

Проте з моменту свого утворення юридична особа відносно і фізичних осіб, й інших юридичних осіб виступає як рівнопра-

<sup>1</sup> Див.: *Тункин Г. И.* Теория международного права. Под общей ред. проф. Л. Н. Шестакова. — М., 2000. — С. 317–318; *Шibaева Е. А.* Правовой статус межправительственных организаций. — М., 1972. — С. 39–44; *Вельяминов Г. М.* Международная правосубъектность // Сов. ежегодник международ. права. 1986. — М., 1987. — С. 89; *Маланчук П.* Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом / Пер. з англ. — Х., 2000. — С. 142 та ін.

<sup>2</sup> Див.: *Ушаков Н. А.* Проблемы теории международного права. — М., 1988. — С. 133.; *Шibaева Е. А.* Правовой статус межправительственных организаций. — С. 61–63 та ін.

вний учасник цивільно-правових відносин незалежно від її статутної компетенції.

Тут ми цілком підтримуємо позицію О. Шибаєвої, яка при розгляді привілеїв та імунітетів спеціалізованих установ ООН та їх посадових осіб стверджувала таке: «...основою імунітету є сама міжнародна організація як колективний орган держав, побудований на принципі суверенної рівності її членів. Тому жодна держава не повинна мати стосовно організації прав більше, ніж інша держава. А сама організація не може бути залежною від жодного зі своїх членів»<sup>1</sup>.

Отже, юридична природа привілеїв та імунітетів міжнародних організацій, як і держав, має представницький характер. Міжнародна організація як спеціальний суб'єкт міжнародного права має право на міжнародне представництво, що, у свою чергу, наділяє міжнародну організацію правом здійснювати дипломатичний захист власних інтересів та своїх посадових осіб. Підкреслимо: Комісія міжнародного права ще на своїй XVI сесії визнала, що відносини між державами та міжнародними організаціями мають дипломатичний характер і підлягають регулюванню насамперед дипломатичним правом<sup>2</sup>.

Д. Левін мимохідь говорить про наділення правом на міжнародне представництво міждержавних організацій, таких як Ліга Націй і ООН. Не заглиблюючись у детальний аналіз, він припускає, що «у тому і в іншому випадку може йтися тільки про деякі зовнішні ознаки інституту представництва»<sup>3</sup>.

Зараз уже можна стверджувати, що ці «зовнішні ознаки» міжнародних організацій одержали міцну загально визнану юридичну основу — міжнародну правосуб'єктність. Вона дозволяє сучасним міжнародним організаціям нарівні з державами, але в рамках своєї статутної компетенції, брати участь у розв'язанні різноманітних міжнародних проблем. Невід'ємною властивістю міжнародної правосуб'єктності є право на міжнародне представництво, що складає юридичну основу привілеїв та імунітетів міжнародних міжурядових організацій та їх персоналу.

*Надійшла до редколегії 15.09.02*

<sup>1</sup> Шибаєва Е. А. Специализированные учреждения ООН (международно-правовые аспекты). — М., 1966. — С. 84.

<sup>2</sup> Див.: Report of the International Law Commission of Its Sixteen Session. — 11 May — 24 July. — 1964. — No. 7. — P. 52.

<sup>3</sup> Левин Д. Б. Вказ. праця. — С. 271.

# ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

*В. Зеленецький*, член-кореспондент  
АПРН України

## Методологічна функція загальної теорії боротьби зі злочинністю

1. Виконання теорією свого цільового призначення пов'язане з її функціонуванням. Останнє здійснюється через систему властивих теорії функцій. Саме вони відображають її функціональні можливості, характеризують не тільки призначення теорії, а й важливі аспекти її сутності. З цього випливає, що про теорію «повне уявлення можна одержати тільки після з'ясування функцій, які вони здійснюють у загальному процесі наукового пізнання»<sup>1</sup>. Але дослідження процесу функціонування теорії має не тільки наукове значення. Через аналіз функцій видається можливим з'ясувати ті напрямки, в яких ця теорія може бути застосована на практиці.

2. Задовільне вирішення питання про методологічну роль загальної теорії боротьби зі злочинністю і ту систему функцій, які вона здійснює, можливе лише на основі правильного з'ясування поняття цієї важливої наукознавчої категорії. Слід перш за все звернути увагу на те, що досьгодні у науці однозначно не визначено, що треба розуміти під функцією теорії, скільки їх у неї і який зміст кожної з них.

У сучасній філософії термін «функція» вживається, як: «1) дії, діяльність, операція; 2) спроможність до дії, діяльності; 3) роль; 4) значення; 5) властивість; 6) обов'язок; 7) компетенція; 8) залежність однієї величини від іншої; 9) завдання»<sup>2</sup>. Навіть в одній галузі знань не можуть досягти однозначного розуміння феномена, що розглядається, у зв'язку з чим у літературі, при-

<sup>1</sup> Рузавин Г. И. Научная теория: логико-методологический анализ. — М., 1978. — С. 11.

<sup>2</sup> Куценко В. И. Социальная задача как категория исторического материализма. — К., 1972. — С. 100.



свяченій проблематі управління, наводяться двадцять дві інтерпретації цього терміна. Для адекватного вирішення всього комплексу обговорюваних тут проблем необхідно насамперед визначитися, що саме слід розуміти під функцією взагалі і функцією загальної теорії боротьби зі злочинністю зокрема. Аналізуючи висловлення, які є з цього приводу, відзначимо, що поняття «функція» має відображати те загальне, що об'єктивно притаманне явищу, яке ним позначається, в кожній галузі знання. З огляду на викладене видається, що з усього розмаїття інтерпретацій терміна, який розглядається, найбільш повно і правильно відображають сутність аналізованої функції такі їх смислові значення, які розкривають роль і призначення теорії для науки і для юридичної практики.

Виходячи зі сказаного, під функцією теорії слід розуміти її призначення і теоретично-прикладні та інші спеціальні ролі, що нею здійснюються та виявляються в процесі її функціонування з метою пізнання загальних проблем боротьби зі злочинністю, перетворення на її основі одержаних знань про навколишню дійсність, позитивного вирішення комплексу правових, кримінологічних і виховних завдань суспільства.

**3. Методологічна функція загальної теорії боротьби зі злочинністю** реалізується в різноманітних аспектах свого рольового призначення, а сама роль іменується як фактофіксуюча (фактографічна), пояснювальна, систематизуюча, евристична, прогностична, праксіологічна (практично-прикладна) і дидактична. Послідовно-поступальний розгляд кожного з перелічених аспектів функції дозволить схарактеризувати методологічне значення загальної теорії боротьби зі злочинністю, її місце в існуючій системі наук кримінального циклу.

**4. Фактофіксуюча функція теорії** відображає потребу науки в одержанні і фіксації фактів, що належать до її предмета, з метою їх подальшого вивчення і вироблення на їхній основі істинних знань про предмет пізнання. Як дії, що утворюють склад злочину, так і дії, спрямовані на боротьбу з ними, локалізуючись у зовнішньому середовищі, виступають у вигляді особливих емпіричних фактів. Для вивчення їх якісної визначеності наслідки повинні бути адекватно відображені не тільки у свідомості суб'єктів пізнання, а й у відповідних матеріалах, в яких відбувається їх фіксація. Досягається це різноманітними засобами,

але частіше за все шляхом опису зазначених фактів в емпіричних або теоретичних термінах у відповідних документах, наприклад, у протоколах, у зв'язку з чим функція, що розглядається, нерідко іменується фактографічною або описовою. У такій назві даної функції особливої помилки немає, але з точки зору адекватності (тобто істинності) відображення її онтологічної сутності зазначене найменування є неточним, однобоким, а отже, і невірним. З урахуванням наведеного, при характеристиці ролі теорії, що розглядається, правильно говорити про неї не як про фактографічну, а як про фактофіксуючу функцію теорії.

У процесі гносеологічного опису досліджуваних явищ будь-які факти фіксуються не безсистемно, а у визначеному порядку, відображаючи логіку об'єкта, що вивчається. З огляду на це під описом слід розуміти процес упорядкованої фіксації кількісних і якісних ознак досліджуваних явищ реальної дійсності, що пояснюють їх у процесі пізнання в термінах емпіричної мови за логічними правилами відповідної теорії. Через опис, а відтак, і через фактофіксуючу функцію дана теорія виявляє емпіричний аспект своєї сутності.

На наступному етапі пізнання сприйняті дослідником емпіричні явища фіксують у відповідних матеріалах, застосовуючи не тільки повсякденну мову дослідника, а й спеціальний понятійний апарат, що призводить до трансформації емпіричної форми опису в теоретичну форму. Саме з урахуванням цієї обставини в літературі слушно відзначається, що опис за своєю сутністю є й емпіричним, і теоретичним<sup>1</sup>.

Отже, реалізуючи можливості фактофіксуючої функції теорії, дослідник виокремлює із навколишньої дійсності і вводить у науковий обіг конкретні емпіричні факти, створюючи таким чином емпіричний базис для здійснення наступної, пояснювальної за своїм призначенням функції теорії.

**5. Пояснювальна функція теорії** реалізується на основі тих фактів, які зафіксовані і описані на початковому етапі пізнання об'єкта, що вивчається. При цьому якщо під описом розуміється процес упорядкованої фіксації кількісних і якісних показників об'єкта пізнання в термінах емпіричної мови за логічними правилами теорії, то під поясненням одержаних даних слід

<sup>1</sup> Див.: Косолапов В. В. Информационно-логический анализ научного исследования. — К., 1968. — С. 99.

розуміти систему логічних операцій, що роз'яснюють достовірність і логічність висновків про вивчені факти або явища. Як видно, між фактофіксуючою і пояснювальною функціями теорії існує певний зв'язок. І це дійсно так, тому що «опис — це підстава пояснення, а пояснення — це система логічних зв'язків між фактами, як складовими елементами опису»<sup>1</sup>. Із цього випливає висновок про недопустимість відриву функцій теорії, що розглядаються, а тим більше їх протиставлення.

Якісна визначеність пояснення неоднозначна. У реальному пізнавальному процесі воно здійснюється на двох рівнях: емпіричному і теоретичному. Останні, як складові одного й того ж явища, також взаємопов'язані, хоча і мають властиву їм індивідуальність. Якщо «емпірична інтерпретація — набір правил, що встановлюють зв'язок між теоретичними термінами і термінами спостереження»<sup>2</sup>, то теоретичне пояснення виявляє сутність об'єктів, явищ і процесів, що вивчаються, на основі застосування понятійного апарату загальної теорії боротьби зі злочинністю, а також системи спеціальних теорій про цей вид боротьби.

Застосування в процесі пояснення досліджуваних явищ понятійних апаратів різних наук визначає різний рівень пояснень, що застосовуються у процесі пізнання. Такого роду пояснення відрізняються різноманітними ознаками, але головним серед них є глибина і всебічність виявлення сутності об'єктів, явищ або процесів, що пізнаються. Пояснення, здійснювані на основі понятійного апарату спеціальних наук про боротьбу зі злочинністю, наприклад, кримінального права, кримінології або кримінально-виконавчого права, є більш глибокими і конкретними порівняно з тими поясненнями, що даються на основі понятійного апарату загальної теорії боротьби зі злочинністю. І це вірно, оскільки будь-яка окрема теорія покликана деталізувати свій аспект дослідження в загальному об'єкті пізнання, що і призводить до більш вузького, але значно глибшого пояснення предмета, що вивчається. Зазначена специфіка, проте, аж ніяк не знижує наукової і практичної цінності тих чи інших видів пояснень.

Якщо розглядати пояснення у динаміці, як певний логічний процес, то можна виявити різноманітні його функціональні

<sup>1</sup> Косолапов В. В. Вказ. праця. — С. 102—103.

<sup>2</sup> Мамчур Е. А. Проблема выбора теории. — М., 1975. — С. 17.

стани. Серед них найбільш чітко виділяються вихідні і кінцеві пояснення об'єктів, що вивчаються. Вихідним є пояснення, яке дається конкретному об'єкту вперше в загальному процесі його пізнання. Залежно від якісної визначеності одержаного знання вихідне пояснення може бути достовірним або ймовірним, повним або частковим, істинним або помилковим, достатнім або недостатнім. З урахуванням рівня досягнутого знання даний вид пояснення може бути змінено у бік уточнення його якісної визначеності. Остання обумовлюється специфікою тих нових фактів, які одержані на новому етапі пізнання і, отже, оцінки одержаного знання. Часткова невідповідність вихідної інтерпретації фактів може бути приведена в необхідну відповідність з новими даними шляхом адекватного її коригування. У такому випадку вихідне пояснення об'єкта продовжує існувати, хоча й у зміненому стані. При повній невідповідності вихідної інтерпретації об'єкта новим фактам виникає необхідність нового пояснення одержаних даних, яке досягається на основі реінтерпретації. В цьому разі йдеться про заміну одного, помилкового, пояснення іншим, істинним. Так дослідник підходить до формулювання кінцевого (підсумкового або заключного) пояснення, що підбиває підсумок загальному процесу інтерпретації конкретного об'єкта або явища.

**6. Систематизуюча функція.** Загальна теорія боротьби зі злочинністю являє собою специфічне системне утворення, в якому знання, що входять до її змісту, відомим способом об'єднані і систематизовані. Оскільки насправді науковим може вважатися лише систематизоване знання про предмет пізнання і досягтися ця мета може лише за допомогою теорії, остільки логічна операція, що призводить до досягнення такої мети, справедливо розглядається як особлива функція теорії. Іноді цю функцію іменують систематичною або інтегративною. І це справедливо, оскільки кожна із зазначених назв відображає один з аспектів функціональної сутності теорії, які у своїй сукупності утворюють своєрідний синонімічний ряд з притаманною їм спільною якісною визначеністю.

Насправді, будучи за своєю природою утворенням синтетичним, теорія взагалі, а тим більше загальна теорія, не може не здійснювати відповідну синтетичну функцію. Більш того, саме створення загальної теорії боротьби зі злочинністю базується на

домінуючому розвитку саме її синтезуючих можливостей. Визнаючи наявність у названій теорії таких можливостей, іноді навіть висловлюють побоювання щодо можливості включення загальною теорією боротьби зі злочинністю у свій предмет інших явищ і процесів, які входять до структури предмета спеціальних (окремих) теорій про цю боротьбу (наприклад, кримінального права або криминології тощо). Але такі побоювання зайві, тому що кожна наука має свій власний індивідуально визначений предмет і саме його якісною визначеністю відрізняється від інших, навіть суміжних, наук. Суто індивідуальним, ексклюзивно-специфічним є і предмет загальної теорії боротьби зі злочинністю. Він уже досліджувався, а одержані результати неодноразово публікувалися<sup>1</sup>. Тут же, в аспекті функції, що розглядається, доречно хоча б позначити предмет такої логікогносеологічної операції, як систематизація, що у свою чергу дозволить деталізувати зміст систематизуючої функції теорії. Оскільки теорія базується на конкретних емпіричних фактах, що відображають процес боротьби зі злочинністю, то саме вони повинні бути насамперед систематизовані. Але в плані питання, що розглядається, необхідно звернути увагу і на те, що певні знання про боротьбу зі злочинністю виробляються всією системою спеціальних теорій про боротьбу зі злочинністю, які, звичайно, також повинні бути узагальнені і систематизовані. Це завдання також має вирішувати загальна теорія боротьби зі злочинністю. Інтеграції і систематизації підлягають і досягнення інших, суміжних правових наук, які певною мірою обслуговують діяльність спеціальних правоохоронних органів по боротьбі зі злочинністю. Це — третій елемент предмета систематизації, який здійснюється в структурі функції теорії, що розглядається. Нарешті зазначимо, що систематизації підлягають також знання, одержані загальною теорією боротьби зі злочинністю в результаті дослідження свого власного предмета.

Отже, загальна теорія боротьби зі злочинністю здійснює функцію концептуального синтезу і наукової систематизації всієї сукупності емпіричних і наукових даних про боротьбу зі злочинністю, що входять до її предмета, і на цій підставі можна говорити про систематизуючу роль даної теорії.

<sup>1</sup> Див.: Зеленецький В. С. Общая теория борьбы с преступностью. I. Концептуальные основы. — Х., 1994. — С. 5–99.

7. Евристична функція теорії відображає головне призначення будь-якої, в тому числі правової, науки — розкривати на основі одержаних достовірних знань специфіки законів або закономірностей виникнення, становлення, розвитку і припинення існування найрізноманітніших явищ, об'єктів або процесів, пізнання яких має правове і, нарешті, вирішальне значення для успішного здійснення боротьби зі злочинністю.

Нерідко зміст даної функції теорії зводиться до одержання достовірного знання на основі всебічного, повного і об'єктивного пізнання тих чи інших явищ або процесів, що мають важливе значення для життєдіяльності суспільства. Але для успішного функціонування суспільства цього явно недостатньо. Тому викладена точка зору на сутність евристичної функції теорії є невірною. Дійсно, без пізнання немає і не може бути знань про явища і процеси, що вивчаються. Але суспільство, а отже, і науку влаштовує не будь-яке, нехай навіть достовірне, знання, а те, що є абсолютно новим, яке розкриває сутність досліджуваних явищ, що встановлюють закони їх розвитку і функціонування. У повній відповідності з характером одержаних результатів пізнання функцію теорії, що вивчається, слід іменувати не пізнавальною, а евристичною. І це вірно, тому що правоохоронну систему, державу і суспільство може задовольняти не будь-яке знання, а лише таке, що є новим, раніше невідомим, тобто неповторним. На цю обставину особливо вказують спеціалісти в галузі наукознавства, і не тільки в нашій країні, а й за кордоном. Зокрема, болгарський учений Н. Яхієл зазначає, що «наукове знання, продукт наукової діяльності, який якісно відрізняється від продуктів інших видів діяльності... Продукти наукової діяльності неповторні. У тих випадках, коли дослідження повторюється і створюються вже вироблені знання, наукове виробництво фактично втрачає своє значення»<sup>1</sup>. З цього погляду справедливо відзначається, що «створення в галузі наукового дослідження однакових одиниць знання позбавлене сенсу»<sup>2</sup> і, отже, не може бути виправдане ні теоретично, ні практично. Тому, якщо досягнутий у ході дослідницької діяльності результат кваліфікується як науковий, він повинен мати ознаки ексклюзивності, неповторності, а відтак, і новизни. Відсутність

<sup>1</sup> Яхієл Н. Социология науки / Пер. с болг. — М., 1978. — С. 24.

<sup>2</sup> Там само.

останнього позбавляє даний вид діяльності, так само як і її результати, права розглядатися як наукові. Такий підхід до оцінки евристичної функції науки цілком узгоджується зі сталими аксіоматичними положеннями про те, що «наука повинна досліджувати саме те, чого ми не знаємо»<sup>1</sup>.

Якщо ж те, що планується як предмет дослідження, вже пізнане, воно не повинне досліджуватися, тому що в результаті повторної пізнавальної діяльності може бути в кращому випадку одержаний лише аналогічний, тобто вже відомий, а тому і не потрібний науці, результат. Якщо початковий (вихідний) результат був істинним, то іншого і бути не може, тому що істина одна. І кожний об'єктивно істинний процес має призвести до того ж самого істинного результату. Отже, якщо якась сфера навколишньої дійсності відома, а закон її функціонування встановлено, то вона не повинна включатися до предмета наукового дослідження. Як бачимо, не тільки перспективність дослідження, а і його науковий характер багато в чому визначаються правильним вибором предмета наукового пізнання.

Тобто, «визначальний критерій ефективності науки — новизна знань: ефективність не в тому, що на їх вироблення витрачено мало засобів, а в тому, наскільки нову інформацію про дійсність несуть ці знання»<sup>2</sup>. З'ясуємо у зв'язку з цим, що слід розуміти під «новим науковим знанням». При відповіді на це питання слід виходити із сутності і природи знання.

П. Копнін, який спеціально досліджував цю проблему, доходив до висновку про те, що «знання можна визначити як об'єктивну реальність, дану у свідомості людини»<sup>3</sup>. І це дійсно так, оскільки поза свідомістю немає і не може бути знання. Але зміст свідомості може бути різноманітним. Він може відображати як нове знання, так і старе, тобто те, що вже відомо. Як же з'ясувати якісну визначеність одержаного знання? За якими критеріями слід відмежовувати нове знання від старого?

Відповідаючи на ці запитання, слід виходити з уже згадуваних висловлень Ф. Енгельса про призначення будь-якої науки, в тому числі і правової. Оскільки вірогідно встановлено, що

<sup>1</sup> *Энгельс Ф.* Диалектика природы // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. — Т. 20. — С. 533.

<sup>2</sup> *Яхиел Н.* Вказ. праця. — С. 24.

<sup>3</sup> *Копнин П. В.* Введение в марксистскую гносеологию. — К., 1966. — С. 47.

наука повинна досліджувати тільки те, що ще невідоме суспільству, то під новим знанням слід розуміти лише таке, що одержане в результаті дослідження ще не вивченої об'єктивної реальності. Якщо в суспільній свідомості ця реальність відображається вперше, то саме вона несе суспільству нове, раніше невідоме знання. У тих же випадках, коли конкретна реальність уже була предметом пізнання, то одержане знання виступає як уже відоме, повторне і тому не може розглядатися, а відтак, і називатися новим.

Отже, знання про об'єкт пізнання, одержане на основі відповідних наукових методів уперше, має іменуватися новим, і за однією цією ознакою його слід кваліфікувати як наукове. Інакше кажучи, новим можна вважати лише таке знання, яке відображає сутність ще не відомих науковому співтовариству явищ, об'єктів або процесів. При цьому не має значення, чи може одержане знання вже в даний момент застосовуватися в конкретній сфері практичної діяльності, воно завжди залишається новим на конкретному етапі розвитку суспільства знанням, готовим до його наукового або практичного застосування.

**8. Прогностична функція теорії** забезпечує реалізацію об'єктивно властивих їй можливостей передбачати виникнення як нових теоретичних або практичних проблем, так і відповідних засобів їх практичного вирішення. За допомогою цієї функції теорія орієнтується, з одного боку, в перспективах свого розвитку, а з іншого — пророкує суспільству його соціальне майбутнє. На сучасному етапі розвитку суспільства можливість (або неможливість) здійснення теорією прогностичної функції цілком правомірно покладається в основу оцінки її прогресивного (або регресивного) характеру, визначення соціальної цінності для суспільства.

У структурі наукового дослідження прогностична функція набуває свого зовнішнього вираження у певних висловленнях. «Твердження про частину світу, що не спостерігалася, минулого, зветься ретросказанням, твердження про частину світу, що не спостерігалася, дійсного і про майбутнє, зветься пророкуванням»<sup>1</sup>. Для науки і практики боротьби зі злочинністю необхідні і важливі обидва види наукового прогнозування.

<sup>1</sup> *Виноградов В. Е. Познавательные функции закона, теории, гипотезы. // Методологические основы научного познания. — М., 1972. — С. 184.*



Як і в інших науках, прогнозування в праві, у правовій науці, а отже, і в загальній теорії боротьби зі злочинністю повинно здійснюватися в трьох аспектах: теоретичному, нормотворчому і безпосередньо практичному. Зрозуміло, що кожний аспект такого прогнозування має свою специфіку, але, стосуючись однієї сфери — боротьби зі злочинністю, всі вони повинні використовуватися у взаємозв'язку і лише у своїй єдності можуть дати прогнози, що відповідають потребам суспільства. Межі і точність прогнозування в кожному із зазначених напрямків різноманітні. Вони специфічні і потребують спеціального дослідження. Тут же відзначимо, що в рамках загальної теорії боротьби зі злочинністю повинні прогнозуватися як загальні закономірності даного виду боротьби, так і конкретні напрямки розвитку наукових досліджень про цю боротьбу. З погляду на межі такого прогнозування останні можуть кваліфікуватися як найближчі, перспективні і наддалекі. Точність кожного з них індивідуальна і залежить як від достовірності інформаційних підстав прогнозування, так і від наукової обґрунтованості і практичної прийнятності методик їх здійснення.

**9. Праксіологічна функція теорії** відображає роль науки для юридичної практики. Правова наука не може існувати ізольовано від юридичної практики, оскільки те, що є предметом перетворення органів, які здійснюють боротьбу зі злочинністю, входить до предмета пізнання відповідної правової науки, в рамках якої дану теорію розроблено. Якщо ж враховувати, що діяльність зазначених органів є одним із головних елементів предмета пізнання конкретної правової науки, то можна обґрунтовано стверджувати, що «мета всякої теорії — служити практиці, бути надійним керівництвом при поясненні і пророкуванні явищ»<sup>1</sup>, що цікавлять суспільство або торкаються його інтересів.

Отже, наука завжди ставить у своєму розвитку і функціонуванні найближчі або віддалені цілі, що мають для суспільства безпосереднє практичне значення. При цьому суспільство пізнає лише ті явища або процеси, що обумовлені необхідністю задоволення не будь-яких, а саме соціально значущих інтересів. Як видно, цінність наукових положень визначається зрештою тим, як вони служать задоволенню потреб розвитку суспільного виробництва<sup>2</sup>. Маючи на увазі саме цю обставину, В. Ле-

<sup>1</sup> Рузавин Г. И. Вказ. праця. — С. 78.

<sup>2</sup> Див.: Уледов А. К. Духовная жизнь общества. — М., 1980. — С. 144.

нін підкреслював, що «точка зору життя, практики повинна бути першою й основною точкою зору теорії пізнання»<sup>1</sup>. Вона якраз і утворює сутність, основний смисл даної функції теорії.

У літературі функція науки, що розглядається, позначається по-різному. Одні вчені наголошують на процесі, що призводить до позитивних змін у структурі практики, і на цій підставі дану роль науки розглядають як її перетворюючу функцію. Інші враховують не тільки самий факт настання позитивних наслідків застосування досягнень науки для практики, а й ступінь їх впливу на умови життя суспільства, і тому говорять про революціонізуючу або оптимізуючу функцію<sup>2</sup>. І це вірно. Проте поряд із зазначеними ролями «наука, теорії і емпіричні знання обумовлюють виробництво»<sup>3</sup>, практику, що також не може ігноруватися, у зв'язку з чим деякі вчені слушно акцентують увагу на існуванні службової функції теорії.

Нарешті, оскільки теорія відображає конкретний фрагмент дійсності з метою задоволення певних потреб суспільства, вона завжди має те чи інше практичне значення. Враховуючи саме цю обставину, І. Андреев вважає за доцільне виділити практичну функцію наукової теорії<sup>4</sup>. Порівняльний аналіз перелічених поглядів свідчить про те, що кожна з зазначених ролей теорії є однією зі сторін складного і багатогранного процесу застосування досягнень науки на практиці. Саме тому їх не можна абсолютизувати, а отже, і надавати якійсь із них особливого значення і на цій підставі, виділяючи один рольовий аспект теорії, протиставляти його іншим аспектам.

Таким чином, рекомендаційна, перетворююча, революціонізуюча, стимулююча і службова ролі теорії являють собою відносно самостійні, але об'єктивно взаємозалежні сторони однієї й тієї ж практично-прикладної<sup>5</sup> (або праксіологічної) функції теорії. Саме так цю функцію і слід позначати.

Що ж є головним у змісті розглядуваної функції, яка її сутність? Для одержання правильної відповіді на це запитання слід

<sup>1</sup> Ленин В. И. Материализм и эмпириокритицизм // Полное собрание сочинений. — Т. 18. — С. 145.

<sup>2</sup> Див.: Яхиял Н. Вказ. праця. — С. 251.

<sup>3</sup> Коршунов А. М. Отражение, деятельность, познание. — М., 1979. — С. 11.

<sup>4</sup> Див.: Андреев И. Д. Теория как форма организации научного знания. — М., 1979.

<sup>5</sup> Див.: Там само. — С. 17 і наст.

враховувати, що практичне перетворення дійсності можливе лише на основі знань. У процесі трудової діяльності практик може набути тільки емпіричних знань, в яких пізнаваний ним «об'єкт відображений з боку зовнішніх зв'язків і проявів, доступних живому спогляданню»<sup>1</sup>. Тим часом вирішення складних завдань юридичної практики потребує проникнення в сутність відповідних об'єктів, що можливо на основі не тільки емпіричних, а й теоретичних знань. Оскільки «практичне застосування емпіричних знань обмежене»<sup>2</sup>, практик повинен систематично застосовувати в процесі фахової діяльності теоретичні знання. Це й зрозуміло, тому що практичне перетворення дійсності буде раціональним, якщо воно здійснюється на дійсно науковій основі. Теоретичні знання створюються відповідною наукою для конкретного виду практики. У цьому плані «завдання науки полягає в тому, щоб стати активним чинником зміни структури і рівня виробництва, підняти практику на нові висоти»<sup>3</sup>. Але теоретики не можуть виконати таке завдання самі без участі в цьому процесі практиків. Для його вирішення необхідна особиста участь у зазначеному процесі практичних працівників. Саме вони є головною і безпосередньою силою не тільки процесу виробництва, а й процесу його перетворення на науковій основі. Для здійснення цієї функції кожен практик повинен знати досягнення науки, тобто бути теоретично компетентним<sup>4</sup>.

Теоретична компетентність практика залежить від його ставлення до вироблених відповідною наукою теоретичних знань. Характер цього ставлення визначено В. Леніним, який вказував на необхідність «бачити в теорії насамперед і більше всього керівництво до дії»<sup>5</sup>. Повсякденна реалізація такого підходу дуже важлива, тому що результати спеціальних досліджень показали: теоретичне має значення для безпосередньо-практич-

<sup>1</sup> Копнин П. В. Диалектика как логика и теория познания. — М., 1973. — С. 132.

<sup>2</sup> Там само. — С. 132.

<sup>3</sup> Стефанов Н. Мультипликационный подход и эффективность / Пер. с болг. — М., 1980. — С. 110.

<sup>4</sup> Див.: Зеленецкий В. С. Компетентность специалиста (О теоретической компетентности практиков и практической компетенции теоретиков) // Весы Фемиды. — 2000. — № 4. — С. 50.

<sup>5</sup> Ленин В. И. Письма из далека // Полное собрание сочинений. — Т. 31. — С. 44.

ної діяльності на кожному етапі виконуваної практиком роботи. Вірогідно встановлено, що «вже в процесі збирання матеріалу, а тим більше в процесі його осмислення й опрацювання наявна теорія»<sup>1</sup>, тому незнання теорії, а тим більше нехтування науковими даними призводять до домінування у свідомості практика методів інтуїтивного пізнання дійсності, до прийняття рішень на рівні здорового глузду, які не можуть вважатися надійними засобами пізнання, а тим більше раціонального перетворення дійсності. Теоретична некомпетентність практиків прирікає їх на практичну пасивність. І річ не в тім, що незнання паралізує волю. Навіть найбільш вольова, найбільш динамічна людина приречена на практичну пасивність, якщо вона не озброєна відповідною теорією про предмет майбутньої діяльності, яка тільки і спроможна освітлювати шлях у процесі практичного перетворення дійсності. Ще Леонардо да Вінчі відзначав, що «людина, захоплена практикою без теорії, — немов стерновий, який сходить на корабель без стерна і компаса, він ніколи не впевнений, куди пливе»<sup>2</sup>. Якщо в ті далекі часи це фундаментальне положення, що характеризує значення теорії для практики, усвідомлювалося передовими людьми того часу і проголошувалося як істина для всіх, то зараз, у вік науково-технічного прогресу, воно повинне усвідомлюватися і реалізовуватися в діяльності кожного практика.

**10. Дидактична функція теорії.** Являючи собою систему знань, теорія справляє освітній вплив на осіб, що опанували відповідні наукові положення, які входять до її змісту. На їх основі відбуваються поступальний розвиток інтелектуальних здібностей особистості, зміна та удосконалення її якісної визначеності. Але теорія не тільки дає особистості відповідну освіту, а й виховує її. Освіта, виховання та інтелектуальний розвиток особистості виступають як особливе рольове призначення теорії. З огляду на викладені у спеціальній літературі при характеристиці даної ролі теорії пишуть про її освітню, виховну або культурно-виховну функцію<sup>3</sup>. Не принижуючи значення всіх названих ролей теорії, все ж таки при вирішенні питання про

<sup>1</sup> Рабочая книга социолога. — М., 1976. — С. 15.

<sup>2</sup> Цит. за: *Архангельский С. И.* Лекции по теории обучения в высшей школе. — М., 1974. — С. 3.

<sup>3</sup> Див.: *Рачков П. А.* Науковедение. — М., 1974. — С. 48.

назву функції слід враховувати головне, основне, те, що похідне від процесу навчання. Саме в цьому процесі здійснюються у взаємозв'язку і взаємозалежності освіта, виховання і розвиток особистості. Розділ сучасної педагогіки, що викладає теоретичні основи освіти і виховання в процесі навчання, іменується дидактикою. Саме так повинна позначатися і дана функція теорії<sup>1</sup>.

У структурі конкретної функції кожна роль виступає у вигляді відносно самостійного аспекту, що дозволяє в процесі аналізу функції, яка розглядається, дати характеристику кожної її ролі окремо.

У системі зазначених аспектів функції вихідним є освітній. Саме в зв'язку з процесом освіти здійснюються і відбуваються як виховання, так і розвиток особистості. Отже, має йтися про домінуюче значення освітнього аспекту теорії. При цьому під освітою слід розуміти «таке залучення до культури суспільства, коли людина опановує певну систему знань, набуває вмінь і навичок, планомірно вивчає і засвоює досвід, нагромаджений людством у тій чи іншій галузі»<sup>2</sup>. У зв'язку зі специфікою теорії, що розглядається, в даному разі йдеться про освіту не взагалі і не про загальну освіту, а про спеціальну, вузькопрофесійну освіту, тобто таку, яка необхідна для спеціалістів у галузі боротьби зі злочинністю. З погляду на обсяг і специфіку розглядуваної теорії, освіта, що здобувається на її основі, може кваліфікуватися як загальна у сфері боротьби зі злочинністю, тому що освіта, здобута в результаті вивчення відповідних окремих (спеціальних) теорій (наприклад, кримінального процесу, кримінально-виконавчого права тощо), є вузькоспеціальною, яка відповідає обсягу предмета конкретної теорії. Важливо також підкреслити, що засвоєння в процесі вивчення системи наукових теорій обумовлює здобуття особою саме наукової освіти. І ця обставина має важливе практичне значення. Набуті в процесі освіти знання повинні в кінцевому результаті застосовуватися на практиці. Завдяки науковому характеру зазначених знань процес здійснюваного виробництва з простого процесу праці перетворюється на науковий.

Здобуття освіти на основі вивчення загальної теорії боротьби зі злочинністю може здійснюватися різноманітними засобами.

<sup>1</sup> Див.: Кондаков Н. И. Логический словарь-справочник. – М., 1975. – С. 149.

<sup>2</sup> Общие основы педагогики. – М., 1967. – С. 103.

Найбільш прийнятними є ті, що організаційно оформлені і здійснюються в межах вищої і середньої фахової освіти, а також у системі навчальних закладів з перепідготовки і підвищення кваліфікації юридичних кадрів. І це дійсно так, оскільки в педагогіці цілком обґрунтовано вважається, що навчання — основний шлях здобуття освіти. Вона здійснюється спеціально підготовленими особами, забезпечується не тільки організаційно, а й також науково, ідеологічно і матеріально і тому порівняно з іншими формами освіти є найкращою, внаслідок чого саме вона домінує в системі інших форм освіти. Отже, має йтися про включення загальної теорії боротьби зі злочинністю до навчально-тематичних планів відповідних навчальних закладів, а відтак, і про необхідність визначення місця зазначеної теорії в системі навчальних дисциплін. Вивчення студентами вищих навчальних закладів, а також слухачами інститутів підвищення кваліфікації таких окремих теорій боротьби зі злочинністю, як кримінальне право, кримінальний процес, кримінально-виконавче право тощо, саме по собі свідчить про навчальну прикладеність і дидактичну доцільність загальної теорії боротьби зі злочинністю. Дійсно, якщо окремі теорії боротьби зі злочинністю входять до системи навчальних дисциплін, що вивчаються, то тим більше повинна включатися до зазначеної системи загальна теорія боротьби зі злочинністю.

*Надійшла до редколегії 10.11.02.*

*В. Журавель, професор НЮА України*

## **Криміналістичні прогнози: форми та шляхи реалізації**

Найбільш поширеною і ефективною формою реалізації криміналістичних прогнозів слід вважати розробку *рекомендацій* для осіб (органу), що приймають рішення на основі прогностичних висновків. При цьому зміст цих рекомендацій видозмінюється залежно від характеру і специфіки об'єктів прогнозу, цілей прогностичних розробок і спрямованості прогностичних досліджень.

Безумовно, особливу складність в інформаційному і організаційному аспекті становить прогнозування наукових досліджень та

їх результатів. Це обумовлено в першу чергу тим, що криміналістика розглядається як складне системне утворення, котре характеризується певними внутрішніми зв'язками і функціонує при певних зовнішніх впливах. Основна проблема прогнозування полягає в тому, щоб правильно оцінити можливі варіанти розвитку як системи в цілому, тобто науки криміналістики, так і її окремих елементів (розділів — техніки, тактики, методики; окремих наукових теорій; категорій; інститутів і т. под.). Для вирішення цієї проблеми необхідно чітко уявити собі досліджувану систему в усій її складності, знати основні показники її функціонування і всі зв'язки, що характеризують взаємний вплив цих показників. Крім того, слід знати максимальну кількість зовнішніх факторів (елементів прогнозного фону) і точок їх введів у систему.

Уявляється, що реалізація прогностичної інформації, одержаної в ході пошукового та (або) нормативного криміналістичного прогнозування, може здійснюватися за допомогою її акумулювання в *стратегічному документі*, який у свою чергу входить до перспективних планів наукових досліджень і програм діяльності окремих наукових колективів. При цьому виявляється подвійний характер самого стратегічного документа: з одного боку, він є споживачем прогностичної інформації, тобто формулюється на підставі прогностичних висновків, а з іншого — націлює наукові криміналістичні дослідження, тим самим підвищуючи їх значущість та ефективність.

У структурі стратегічного документа можуть бути представлені:

- особливо перспективні в науковому відношенні проблеми і напрямки наукового пошуку, запропоновані до реалізації на підставі вивчення найбільш загальних тенденцій розвитку того чи іншого об'єкта пізнання, а також потреб практики;

- малоперспективні наукові завдання, які вирішуються внаслідок інерційності, консерватизму поглядів окремих учених;

- безперспективні роботи, виконання яких суперечить сформованій тенденції розвитку криміналістики, не відповідає потребам практики і не становить наукової цінності в умовах сьогодення і недалекому майбутньому.

Слід зазначити, що створення стратегічного документа на основі прогностичної інформації — достатньо складний і тривалий процес, який потребує активної творчої участі у ньому найавторитетніших вітчизняних учених-криміналістів. На наш погляд,

впровадження концепції стратегічного документа розвитку як одного із компонентів системи безперервного криміналістичного прогнозування має реалізовуватися спочатку в масштабах діяльності одного творчого колективу, наприклад, кафедри криміналістики Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. При цьому наявність стратегічного документа слід розглядати не тільки як основу перспективного планування кафедральних наукових досліджень, а й як стимулятор різкого зниження рівня професійного консерватизму і побоювання нового, передового, які, на жаль, ще наявні у деяких учених-криміналістів.

Науково-прикладне криміналістичне прогнозування за своїми цілями, завданнями, масштабами є менш значущим за наукове, тому і формою реалізації його прогнозів може виступати стисла *пояснювальна записка*, яка відображає результати проведених розробок, а також різнопланові рекомендації конструктивного чи деструктивного характеру. Так, якщо результатами прогностичних досліджень є судження щодо імовірності появи в майбутньому нових способів учинення злочинів, нових предметів посягання і нових обставин, які сприятимуть вчиненню злочинів даної категорії, то й рекомендації мають бути деструктивного характеру і в них повинні бути відображені пропозиції, спрямовані на здійснення комплексу заходів (нормативних, організаційно-технічних, інформаційних та ін.) щодо запобігання вчиненню злочинів новим способом, недопущення можливості виникнення нових обставин, що сприятимуть вчиненню злочину, розробки пропозицій, які активізують процес розкриття злочинів, котрі вчиняються новим способом і котрі не вдалося відвернути. Інакше кажучи, рекомендації, викладені у стислій пояснювальній записці, мають бути спрямовані на недопущення реалізації ситуацій, подій, обставин, викладених у криміналістичних прогнозах.

Якщо ж йдеться про перспективи розвитку криміналістичних методів, прийомів та засобів, то й рекомендації повинні мати конструктивний, відтворюючий характер і сприяти вдосконаленню або створенню нових техніко-криміналістичних засобів і прийомів, наприклад, пропозиції щодо створення найбільш сприятливих умов для їх розробки і т. под. При цьому пропоновані рекомендації можуть ґрунтуватися на минулому досвіді вирішення подібних завдань (у тому числі й зарубіжному) і оперувати вже апробованими методами, а можуть мати суто пошуковий харак-



тер, тобто включати пропозиції щодо відшукування нових шляхів і засобів, які забезпечують досягнення прогностичних висновків відносно розвитку об'єктів дослідження.

Реалізація криміналістичних прогнозів у судово-слідчій і оперативно-розшуковій діяльності спрямована на *оптимізацію* процесу планування та організації розслідування, дізнання, судового розгляду, підвищення ефективності слідчих дій і оперативно-розшукових заходів. Із наведеного випливає, що в ході здійснення конкретного акту розслідування, судового розгляду, оперативної перевірки прогностичні рекомендації спрямовані головним чином на забезпечення планування, висування та перевірку версій, оцінку слідчих, судових та оперативних ситуацій і прийняття тактичних рішень, визначення оптимальної системи тактичних прийомів як основних засобів впливу на ситуацію і окремі її компоненти, а також забезпечення оптимальності проведення тієї чи іншої слідчої дії. Зокрема, на підставі прогностичних розробок виникає можливість детальніше уявити імовірні перспективи розвитку слідчої, судової або оперативної ситуації і у відповідних рекомендаціях запропонувати арсенал найбільш ефективних засобів впливу на неї з метою досягнення бажаного результату. Іншими словами, прогностична модель тактичного рішення повинна містити поліваріантні пропозиції щодо не тільки безпосередньо очікуваних результатів, а й комплексів найкращих дій з боку слідчого щодо управління розвитком слідчої ситуації.

Прогнозування очікуваних результатів є засобом прийняття оптимального для даної слідчої ситуації тактичного рішення. Це положення набуває особливої актуальності в разі прийняття рішення в умовах тактичного ризику, тобто можливості виникнення негативних наслідків при реалізації тактичного рішення. «Тактичний ризик, — відзначав Р. Белкін, — є закономірним компонентом розслідування. Сама специфіка розслідування робить прийняття рішень в умовах тактичного ризику типовим явищем. Прагнення взагалі уникнути ризику нереальне; завдання полягає в тому, щоб обрати стратегію найменшого тактичного ризику, передбачати можливі негативні наслідки свого рішення і заздалегідь продумати заходи щодо ліквідації або послаблення цих наслідків, мінімізувати ризик»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Белкин Р. С. Курс криминалистики: В 3-х т. — Т. 3. Криминалистические средства, приемы и рекомендации. — М., 1997. — С. 192.

Криміналістичне прогнозування якраз і покликане сприяти вирішенню сформульованих завдань щодо зниження рівня тактичного ризику. Так, на підставі розроблених у теорії криміналістики типових рекомендацій вирішення цієї проблеми, наприклад, зміна структури тактичного прийому, зміна психологічної обстановки дії, відмова від тактично вірного і перехід на алогічний тактичний прийом і т. под., а також відповідних рефлексивних міркувань, екстраполяційних побудов може бути запропоновано прогнозтичну модель з описом можливих — позитивних та (або) негативних — варіантів розвитку слідчої ситуації при прийнятті певного рішення. З урахуванням викладених прогностичних суджень моделюються дії слідчого, оперативного співробітника щодо мінімізації ризику і можливих негативних його наслідків. Безумовно, з урахуванням багатоваріантності виникаючих при цьому ситуацій, рекомендації викладаються в узагальненому вигляді, проте навіть і така форма не знижує їх пізнавальної і регулюючої функції, а реалізація в кінцевому підсумку сприяє досягненню максимально можливого за даних умов позитивного результату.

Отже, реалізацію криміналістичних прогнозів слід розглядати, з одного боку, як завершальну стадію, підсумок прогнозних розробок, а з іншого — як початок різнопланової діяльності, спрямованої на активізацію наукового пошуку, вдосконалення процесу розкриття, розслідування та профілактики певної категорії злочинів.

*Надійшла до редколегії 05.10.02*

**В. Шерстюк**, директор Кримського  
НДІСЕ

## **Правова регламентація використання знань обізнаних осіб у проектах Кримінально- процесуального та Цивільного процесуального кодексів України**

На розгляді у Верховній Раді України перебувають проекти Кримінально-процесуального (законопроект № 7431 від 23 черв-

ня 2001 р.) та Цивільного процесуального (законопроект № 8436 від 10 січня 2002 р.) кодексів України. Перш ніж перейти до розгляду окремих положень проектів цих кодексів, звернемо увагу на одну обставину, яка виходить за межі проектів ЦПК та КПК. Йдеться ось про що: «Як саме треба називати документ, що складається за результатами проведення експертизи?»

Зараз склалася досить дивна ситуація. Уповноважена особа чи орган, призначаючи експертизу, очікують одержати документ, який був би джерелом доказів. Вичерпний перелік джерел доказів наведено в процесуальних кодексах і в них йдеться про «висновок експерта». В той же час Інструкція про призначення та проведення судових експертиз (пп. 32–42) зобов'язує працівників державних спеціалізованих установ судових експертиз Міністерства юстиції України складати «висновок експертизи»<sup>1</sup>. Закон України «Про судову експертизу» в ст. 13 містить термін «акт експертизи».

На необхідності по закінченні експертизи скласти «акт експертизи» наголошується і в пп. 31–37 Порядку проведення судово-психіатричної експертизи<sup>2</sup>.

Різниця, хоча і не значна на перший погляд, проте досить суттєва і потребує обговорення. Видається, що корені цих різночитань, як і багатьох наших проблем, лежать в радянському минулому. Так, відповідно до кримінально-процесуальних кодексів Казахської РСР (ст. 173), Литовської РСР (ст. 214), Естонської РСР (ст. 150) за результатами досліджень складався «акт експертизи», а кримінально-процесуальні кодекси інших республік містили термін «висновок експерта».

Ці різні мовні конструкції відображають відмінність у підходах до суті висновку експертних досліджень. Називаючи цей висновок «висновком експерта», в першу чергу звертають увагу на ту обставину, що цей висновок за своїм джерелом форму-

<sup>1</sup> Див.: Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз: Наказ Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 р. № 53/5 // Судово-експертна діяльність. Довідник для суддів. – К., 2001. – С. 90–100.

<sup>2</sup> Див.: Порядок проведення судово-психіатричної експертизи: Затверджено наказом Міністерства охорони здоров'я України від 08 жовтня 2001 р. № 397 // Судові експертизи в Україні. Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2002. – № 7. – С. 308 – 313.

вання є «особовим,» тобто походить від людини (як, наприклад, і показання свідків), а не від речей (як, наприклад, речові докази). А коли йдеться про «акт експертизи», то в першу чергу наголошують на тому, що це результат певного дослідження, призначеного уповноваженою особою чи органом. На нашу думку, остання точка зору є більш правильною. Суд (або інша особа чи орган) призначає своєю ухвалою (постановою) саме експертизу. В разі, коли проведення експертизи доручається експертній установі, суд (інша особа чи орган) взагалі не призначає експертами певних осіб. Тому слід говорити про «акт експертизи». Саме «акт експертизи» має бути названо серед джерел доказів.

До речі, результати досліджень спеціалістів відповідно до п. 42 Інструкції про призначення та проведення судових експертиз викладаються у «висновку досліджень спеціаліста», не у «висновку спеціаліста» — наголос робиться на тому, що висновок — це результат саме *досліджень*, а не на тому, що він походить від певної особи.

Ще один аспект цього питання. З метою забезпечення однозначного сприйняття термінів слова «висновок експертизи» (в значенні «процесуальний документ») бажано замінити словами «акт експертизи». Це пов'язано з тим, що в нормативно закріпленій юридичній термінології слово «висновок» вживається тоді, коли йдеться і про процесуальний документ, і про умовивід, який містить цей документ. Коли говориться про висновок досліджень, котрий містить висновок експертизи, це взагалі звучить і сприймається як тавтологія — «висновок висновку експертизи».

Зрозуміло, що термін «акт експертизи» необхідно поширити і на норми інших процесуальних кодексів, а також врахувати його в Кримінальному та Митному кодексах України, Кодексі України про адміністративні правопорушення.

Новелою, яку пропонується внести до нових процесуальних кодексів України, є нормативне закріплення статусу спеціаліста.

В чинному КПК України таке закріплення відбулося ще в 1971 р. Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 30 серпня 1971 р. № 117-VIII «Про внесення змін і доповнень до Кримінально-процесуального кодексу Української РСР» КПК було доповнено ст.ст. 128<sup>1</sup> та 270<sup>1</sup>, згідно з якими при проведенні слідчих дій та для участі у судовому слідстві може залучатися спеціаліст.

Але поза увагою авторів проектів процесуальних кодексів залишилися пропозиції науковців сформулювати та законодавчо закріпити узагальнене визначення таких понять, як «обізнані особи» та «спеціальні знання».

Термін «обізнані особи» традиційно вживається для сукупного найменування осіб, що задовольняють потреби судочинства в спеціальних знаннях. Докладний аналіз історичного аспекту залучення «обізнаних осіб» до вирішення кримінальних і цивільних справ зроблено І. Криловим, Р. Белкіним і А. Белкіним, В. Маховим<sup>1</sup> та іншими вченими.

Відсутність законодавчо закріпленого загального визначення осіб, які завдяки наявності спеціальних знань залучаються до доказування, гальмує практику процесуального застосування спеціальних знань. Необхідно також більш чітко і докладно розмежувати процесуальні функції носіїв спеціальних знань (експертів, спеціалістів, ревізорів тощо), а також процесуальне значення документів, які складаються ними при виконанні процесуальних функцій. Тут слід згадати «висновки досліджень спеціалістів». Ці висновки складаються згідно з відомчими нормативно-правовими актами, які регулюють діяльність державних спеціалізованих установ судових експертиз Міністерства юстиції України та Міністерства внутрішніх справ України. Не визначеними залишаються не тільки їх форма і назва («висновки досліджень спеціалістів» чи «довідки»), а й доказове значення цих документів. Тому суди на власний розсуд або вважають їх письмовим доказом, посилаючись на те, що це документи, або відкидають їх. В останньому випадку наголос робиться на тому, що єдиним джерелом доказів при застосуванні спеціальних знань є судова експертиза, перед проведенням якої експерт попереджається про кримінальну відповідальність за давання завідомо неправдивого висновку. Стаття 67 проекту КПК та ст. 52 проекту ЦПК, які закріплює право спеціаліста надавати письмові консультації з питань, що потребують спеціальних знань, не вносять остаточної ясності в це питання.

Т. Сахнова звертає увагу на те, що «природа висновку експерта і письмового доказу не однакова»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Див.: *Крылов И. Ф.* Судебная экспертиза в уголовном процессе. — Л., 1965; *Белкин Р. С.* Курс криминалистики. — М., 2001; *Белкин А. Р.* Теория доказывания. — М., 1999; *Махов В. Н.* Использование знаний сведущих лиц при расследовании преступлений. — М., 2000.

<sup>2</sup> *Сахнова Т. В.* Экспертиза в суде по гражданским делам. — М., 1997. — С. 38.

Ці засоби доказування не тільки різняться за природою, а й потребують різної процедури їх дослідження. Принцип змагальності, а саме — надання права призначення експертизи в кримінальному процесі захиснику і обов'язковість призначення експертизи судом у випадках, коли сторона в цивільному процесі наполягає на цьому, дозволить подолати ситуацію існування такої «квазіекспертизи», як «висновок досліджень спеціаліста». На жаль, це не враховано в проектах КПК і ЦПК. Стаття 46 проекту КПК лише повторює норми чинного КПК та Закону України «Про адвокатуру» про те, що захисник (адвокат) має професійне право «одержувати письмові висновки фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань».

Тенденція залучення спеціаліста до вирішення цивільних справ досить поширена на теренах СНД. Відповідні норми містять цивільні процесуальні кодекси Республіки Беларусь (ст.ст. 99—100), Киргизької Республіки (ст.ст. 95, 188, 190) і Республіки Узбекистан (ст.ст. 90, 91). Але тільки ЦПК Республіки Узбекистан та проект ЦПК України містять норми про необхідність складання клятви чи присяги. В ЦПК Узбекистану вимога складання клятви поширюється на свідків, а проект ЦПК України вимагає приведення до присяги експертів і спеціалістів.

Необхідність приведення експертів і спеціалістів до присяги викликає сумнів. Це спроба запозичити досвід країн з англосаксонською системою права. Але ж загалом проект ЦПК має своїм підґрунтям «слідчий процес». На відміну від англосаксонських країн проект ЦПК передбачає призначення експерта судом. А, наприклад, у Сполучених Штатах Америки експерта залучає сторона. Загалом в англосаксонській системі права висновки експертів відносять до показань свідків (висновок експерта — це «Opinion evidence»), а експертів розглядають як особливу категорію свідків.

Видається, що автори проекту ЦПК перебільшують вплив присяги на особу. Якщо людину не зупинила кримінальна відповідальність за давання завідомо неправдивого висновку згідно зі ст. 384 КК України, то чи варто сподіватися, що на неї вплине присяга?

Норми про приведення до присяги експертів і спеціалістів під час розгляду кожної справи не повинні поширюватися на працівників державних судово-експертних установ. Працівни-

ки цих установ виконують по кілька експертиз на місяць і кожноразове приведення до присяги зведе цю присягу до скоромовки. До того ж зони обслуговування досить великі і необхідність кожного разу складати присягу в судовому засіданні призведе до надмірного і неефективного витрачання робочого часу і коштів на відрядження. Тут слід згадати принцип процесуальної економії. Тому у відповідних статтях проектів кодексів необхідно зробити посилання на особливості проведення експертиз в експертних установах, наприклад: «Приведення до присяги експертів і спеціалістів, які є працівниками державної судово-експертної установи, здійснюється керівником цієї установи за нормами частини 1 статті 153<sup>1</sup> цього кодексу».

Важкою вадою проекту ЦПК є те, що він не регламентує проведення судових експертиз на професійних засадах. Україна першою з колишніх радянських республік утворила науково-дослідні інститути судових експертиз. Наступного року Харківський НДІ судових експертиз ім. Засл. проф. М. С. Бокаріуса відзначатиме 80 років від дня свого утворення. На сьогодні в країні експертне забезпечення правосуддя здійснюють сім науково-дослідних інститутів судових експертиз. Тому пропонуємо доповнити проект ЦПК статтею такого змісту:

**«Стаття 153<sup>1</sup> «Проведення експертизи в державній судово-експертній установі»**

1. Експертизи та інші дослідження в державних судово-експертних установах проводяться працівниками, які мають вищу освіту, пройшли відповідну підготовку та атестовані як експерти певної спеціальності.

2. Експертизи та інші дослідження в експертних установах можуть проводитися також позаштатними працівниками цих установ. Комплектування складу позаштатних працівників та встановлення порядку їх діяльності покладається на керівника експертної установи.

3. При призначенні особи на посаду, пов'язану з проведенням експертиз або залученням до процесуальних обов'язків спеціаліста, керівник державної судово-експертної установи роз'яснює цій особі права, обов'язки, відповідальність експерта і спеціаліста, після чого приводить її до присяги: «Я (ім'я, по батькові, прізвище) обіцяю і запевняю, що згідно із своєю совістю і честю виконаю покладені на мене обов'язки експерта та спеціаліста з

використанням усіх моїх можливостей». Після її проголошення присяга підписується. Підписаний текст присяги та розписка про ознайомлення з правами, обов'язками, відповідальністю експерта і спеціаліста долучаються до особової справи працівника. За свідчені печаткою державної судово-експертної установи копії цих документів надаються на вимогу суду».

Визначаючи коло фізичних і юридичних осіб, яким може бути доручено проведення судової експертизи, за основу краще взяти норми ст. 9 Закону України «Про судову експертизу» і ст. 4 Закону України «Про підприємництво»: «Суди зобов'язані доручати проведення судових експертиз переважно фахівцям, внесеним до Реєстру атестованих судових експертів державних і підприємницьких структур та громадян»; «Проведення криміналістичних, судово-медичних, судово-психіатричних експертиз може бути доручено тільки фахівцям державних спеціалізованих установ і відомчих служб, які здійснюють судово-експертну діяльність».

Ще давньоримськими юристами було сформульовано презумпцію «*Jura novit curia*» (судді знають право). Тому некоректним є формулювання ч. 1 ст. 148 проекту КПК: «Судова експертиза призначається у випадках, коли під час провадження у справі або при перевірці заяв і повідомлень про злочин виникають питання, для вирішення яких необхідні спеціальні знання». Необхідно уточнити: «Які саме спеціальні знання?» М. Треушников зазначає, що більшість процесуалістів спеціальні знання, необхідні для з'ясування фактичних обставин справи за допомогою експертизи, в першу чергу відмежовують від знань, які належать до галузі права<sup>1</sup>. Експертиза не може бути призначена для з'ясування правових питань. В. Махов при визначенні спеціальних знань у кримінальному процесі пропонує визначити їх як «знання, притаманні різним видам професійної діяльності за винятком знань, які є професійними для слідчого і судді, що використовуються при розслідуванні злочинів і розгляді кримінальних справ у суді з метою сприяння встановленню істини у справі у випадках і порядку, визначених кримінально-процесуальним законодавством»<sup>2</sup>. Але таке визначення потребує вирішення питання про характер знань в галузі криміналістики.

<sup>1</sup> Див.: Треушников М. К. Судебные доказательства. – М., 1999. – С. 251–252.

<sup>2</sup> Махов В. Н. Вказ.праця. – С. 46.



Загально визнаним є те, що до спеціальних знань не належать знання, напрацьовані людьми на основі узагальнення людського досвіду, правил співжиття, норм моралі.

З огляду на наведене пропонуємо внести відповідні уточнення до статей проектів ЦПК і КПК, присвячених призначенню експертизи.

При визначені кола осіб, які можуть бути судовими експертами, слід урахувати, що відповідно до ст. 11 Закону України «Про судову експертизу» не можуть залучатися до виконання обов'язків судового експерта особи, визнані у встановленому законом порядку недієздатними, а також ті, які мають судимість.

Кілька слів про регламентацію строків проведення експертизи. Стаття 152 проекту КПК зазначає: «Строк проведення судової експертизи не повинен перевищувати п'ятнадцяти діб з часу одержання постанови чи ухвали про призначення експертизи. В особливо складних випадках за клопотанням керівника експертної установи чи експерта цей строк може бути продовжено особою чи органом, які призначили експертизу, на строк до одного місяця».

Але це спроба видати бажане за дійсне. В окремих видах експертних досліджень кількість об'єктів є настільки великою, що їх фізично неможливо дослідити в строки, що пропонуються авторами проекту. В першу чергу це стосується комп'ютерних експертиз, які досліджують інформацію, котра міститься на жорсткому диску. Вже сьогодні ємність жорстких дисків ПЕОМ, які знаходяться в експлуатації, сягає 120 Гб (тобто  $120 \times 10^9$  байт або  $9,6 \times 10^{11}$  біт). Не набагато кращою є ситуація і в судово-економічній експертизі, де кількість бухгалтерських документів, які треба дослідити, може становити декілька тисяч.

На закінчення зазначимо, що доцільно створити робочу групу з представників науково-дослідних інститутів судових експертиз для напрацювання конкретних текстів статей проектів процесуальних кодексів. Після відповідного погодження з Департаментом експертного забезпечення правосуддя Міністерства юстиції України ці пропозиції необхідно надіслати до профільного комітету Верховної Ради України. Це дозволить прийняти ЦПК і КПК, які регулюватимуть питання судово-експертної діяльності на сучасному рівні.

*Надійшла до редколегії 04.11.02*

*Е. Сімакова-Єфремян*, кандидат юридичних наук, заступник директора з наукової роботи Харківського НДІСЕ,  
*В. Лук'яненко*, заступник директора з наукової роботи Кримського НДІСЕ

## **Використання спеціальних знань за новим Митним кодексом України**

Проблеми правового регулювання судово-експертної діяльності в Україні потребують свого вирішення у відповідних нормах законодавства. Це стосується як уведених у дію багато років тому, так і нових нормативно-правових актів. У 2002 р. прийнято новий Митний кодекс України (далі — МК), який визначає засади організації та здійснення митної справи в Україні, регулює економічні, організаційні, правові, кадрові та соціальні аспекти діяльності митної служби.

Проаналізуємо, як у МК врегульовано питання використання спеціальних знань.

У митній службі України діють Центральна митна лабораторія, яка є спеціалізованою митною установою, і митні лабораторії як структурні підрозділи митниць і регіональних митниць. Цим лабораторіям надано право на здійснення експертної діяльності в межах питань, віднесених до компетенції митної служби (ст. 18). Зокрема, відповідно до ст. 380 МК експертами митних лабораторій проводяться експертизи у справах про порушення митних правил, тобто судові експертизи. Це не повною мірою узгоджується із положеннями ст. 7 Закону України від 25 лютого 1994 р. № 4038-ХІІ «Про судову експертизу», де міститься вичерпний перелік суб'єктів судово-експертної діяльності: «Судово-експертну діяльність здійснюють державні спеціалізовані установи та відомчі служби. До них належать:

— науково-дослідні та інші установи судових експертиз Міністерства юстиції України і Міністерства охорони здоров'я України;

— експертні служби Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства оборони України, Служби безпеки України.

Судово-експертна діяльність може здійснюватися на підприємницьких засадах на підставі спеціального дозволу (ліцензії), а також громадянами за разовими договорами».

Як бачимо, цей Закон не згадує серед суб'єктів судово-експертної діяльності Центральну митну лабораторію, митні лабораторії або якісь інші митні органи чи установи.

Наголосимо, що митні лабораторії є структурними підрозділами митниць (у тому числі й регіональних). Відомо, що незалежність судового експерта та правильність його висновку забезпечуються, крім іншого, й існуванням установ судових експертиз, незалежних від органів дізнання та досудового слідства (ст. 4 Закону «Про судову експертизу»). Видатний учений-криміналіст С. Потапов визнавав позавідомчу експертизу єдино правильною ідеєю<sup>1</sup>. Як свідчать норми МК, ця ідея ще не одержала свого визнання.

Формами використання спеціальних знань, які прямо передбачено в МК, є провадження експертизи або залучення відповідно до вимог закону обізнаних осіб як спеціалістів чи перекладачів. Стаття 65 МК нормативно закріплює можливість залучення для участі у здійсненні митного контролю експертів і спеціалістів. Таке залучення здійснюється керівником митного органу або його заступником за погодженням з керівником підприємства, установи, організації, де працює спеціаліст чи експерт. У той же час серед осіб, які беруть участь у провадженні у справах про порушення митних правил, згадки про спеціаліста немає. Стаття 365 МК наводить такий перелік цих осіб:

- особи, які притягуються до відповідальності за порушення митних правил;
- представники осіб, які притягуються до відповідальності за порушення митних правил (законні представники, представники, що діють на підставі довіреності, доручення);
- захисники;
- свідки;
- експерти;
- перекладачі;
- поняті.

Більше того, в ст. 382 МК, яка регламентує порядок одержання проб та зразків для проведення експертизи, зазначено, що у

<sup>1</sup> Див.: Крылов И. Ф. Очерки истории криминалистики и криминалистической экспертизы. — Л., 1975. — С. 153.

разі потреби до взяття проб та зразків може залучатися експерт(?!). Але ж загальновизнаною є заборона експерту самостійно збирати матеріали, які підлягають дослідженню, а також вибирати вихідні дані для проведення експертизи, якщо вони відображені у наданих йому матеріалах неоднозначно. Така заборона нормативно закріплена у пп. 11.2 Інструкції про призначення та проведення судових експертиз<sup>1</sup>.

Вважаємо, що для надання допомоги посадовим особам органів, у провадженні яких знаходиться справа про порушення митних правил, при здійсненні процесуальних дій обізнані особи повинні залучатися як спеціалісти.

На необхідність і важливість чіткого розмежування і регламентації використання спеціальних знань у формі провадження експертизи та залучення спеціаліста неодноразово зверталася увага в роботах науковців<sup>2</sup>. Частіше за все ці питання розглядалися в кримінально-процесуальній доктрині.

Тут слід згадати вимоги чинного КПК України. У кримінальному процесі в необхідних випадках до проведення процесуальної дії залучається спеціаліст для сприяння у виявленні, закріпленні та вилученні доказів, встановлення вартості описаного майна тощо (ст.ст. 126, 128<sup>1</sup>, 270<sup>1</sup> КПК). Саме для сприяння компетентному органу (особі) в проведенні процесуальної дії залучається обізнана особа як спеціаліст. У цьому полягає зміст діяльності спеціаліста. Діяльність експерта має іншу сутність. В. Махов справедливо зазначає, що зміст діяльності експерта — дослідження наданих об'єктів у зв'язку з поставленими перед ним питаннями з метою надання на основі отриманих результатів дослідження висновку, який має доказове значення<sup>3</sup>. Тоб-

<sup>1</sup> Див.: Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз: Наказ Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 р. № 53/5 // Судово-експертна діяльність. Довідник для суддів. — К., 2001. — С. 93.

<sup>2</sup> Див.: *Сахнова Т. В.* Судебная экспертиза. — М., 1999. — С. 47–71; *Махов В. Н.* Использование знаний сведущих лиц при расследовании преступлений. — М., 2000. — С. 72–80; *Решетникова В. И.* Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве. — М., 2000. — С. 176–181; *Треушников М. К.* Судебные доказательства. — М., 1999. — С. 98–100; *Надгорний Г. М., Ісакович Б. М., Сегай М. Я.* Експерт і спеціаліст: проблема розмежування функцій // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики. — Х., 2001. — С. 59–64.

<sup>3</sup> Див.: *Махов В. Н.* Вказ.праця. — С. 79.

то, головна відмінність процесуального статусу спеціаліста і експерта полягає в тому, що вони виконують різні функції.

Нагадаємо загальну вимогу процесуальної форми, на яку звертає увагу Т. Сахнова: «... кожний суб'єкт бере участь у процесі для виконання власних, окреслених законом завдань, а змішування функцій різних суб'єктів за загальним правилом недопустиме»<sup>1</sup>.

На недопустимість змішування процесуальних функцій експерта і спеціаліста зверталася увага під час обговорення проекту Митного кодексу України на міжнародній науково-практичній конференції «Теорія та практика судової експертизи і криміналістики», яка відбулася в червні 2002 р. на базі Харківського науково-дослідного інституту судових експертиз ім. Засл. проф. М. С. Бокаріуса та Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого<sup>2</sup>. Прикро, що пропозиції науковців не були враховані при доопрацюванні проекту Митного кодексу.

Вважаємо за доцільне навести деякі міркування щодо положень ст. 369 МК — «Експерт». На наш погляд, ця стаття не містить необхідних положень щодо прав, обов'язків та відповідальності експерта. Згідно з вимогами Закону «Про судову експертизу» та «Інструкції про призначення та проведення судових експертиз», затвердженої наказом Мін'юсту України від 8 жовтня 1998 р. № 53/5, експерт наділений широким спектром процесуальних прав та обов'язків. Відповідно до юрисдикції МК їх можна б було викласти в такій редакції:

«На експерта покладаються такі обов'язки:

- прийняти до виконання доручену йому експертизу;
- порушувати клопотання про надання додаткових та нових матеріалів, необхідних для вирішення поставлених питань;
- повідомити в письмовій формі особу (орган), що призначила експертизу, про неможливість її проведення, якщо поставлене питання виходить за межі компетенції експерта, або якщо надані йому матеріали недостатні для вирішення поставленого питання, а витребувані додаткові матеріали не були одержані;
- з'явитися за викликом особи або органу, які призначили експертизу для допиту з приводу проведеної експертизи чи повідомлення про неможливість її проведення;

<sup>1</sup> Сахнова Т. В. Вказ.праця. — С. 50.

<sup>2</sup> Див.: Головченко Л. М. Реформирование системы экспертного обеспечения правосудия в Украине // Теория та практика судової експертизи і криміналістики. — Х., 2002. — Вип. 2. — С. 7.

— заявити самовідвід за наявності передбачених законом підстав;

— з дозволу особи або органу, які призначили експертизу, проводити дослідження в присутності осіб, які притягаються до відповідальності за порушення митних правил, або їх представників;

— у разі проведення досліджень, пов'язаних з повним або частковим знищенням об'єкта експертизи або зміною його властивостей, одержати на це відповідний дозвіл особи або органу, які призначили експертизу.

Експерт має право:

— знайомитися з матеріалами справи, які стосуються експертизи;

— з дозволу особи або органу, які призначили експертизу, бути присутнім під час проведення слідчих і судових дій, порушувати клопотання, що стосуються проведення експертизи, та ставити відповідні запитання особам, які беруть участь у справі, та свідкам;

— вказувати у висновку експертизи на факти, що мають значення для справи, про які йому не були поставлені запитання;

— у разі незгоди з іншими членами експертної комісії надавати окремий висновок експертизи;

— викладати письмово відповіді на запитання, які ставляться перед ним під час допиту та давання роз'яснень;

— оскаржувати в установленому порядку дії та рішення особи або органу, які призначили експертизу, що порушують права експерта або порядок проведення експертизи;

— на винагороду за виконану роботу та на відшкодування витрат, пов'язаних із проведенням експертизи і викликом до органу чи осіб, у провадженні яких знаходиться справа про порушення митних правил, а також користуватися іншими правами, передбаченими чинним законодавством.

Експерту забороняється:

— при здійсненні експертної діяльності на професійних засадах проводити експертизу без письмової вказівки керівника експертної установи (її структурного підрозділу), за винятком експертиз, доручених йому безпосередньо після процесуальних дій, в яких він брав участь як спеціаліст, а також під час судового розгляду;

– самостійно збирати матеріали, які підлягають дослідженню, а також вибирати вихідні дані для проведення експертизи, якщо вони відображені у наданих йому матеріалах неоднозначно;

– вступати в контакти, не передбачені порядком проведення експертизи, з будь-якими особами, якщо такі особи прямо чи побічно стосуються експертизи;

– зберігати матеріали справи, а також речові докази і документи, що є об'єктами експертизи, поза службовим призначенням.

Експерт складає висновок експертизи від свого імені і несе особисту відповідальність за його правдивість. За давання завідомо неправдивого висновку або за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків експерт несе кримінальну відповідальність, а за невиконання інших обов'язків — відповідальність, передбачену законодавством».

Ми поділяємо думку М. Сегая, Г. Надгорного, Б. Ісакович, згідно з якою гносеологічна природа і процесуальна функція судової експертизи не залежать від виду судочинства. Тому підхід до визначення обсягу і характеру її регламентації в галузевих кодексах в основі своїй має бути аналогічним, а розходження в цій регламентації повинні ґрунтуватися на специфіці того чи іншого виду судочинства. Базовим правовим актом у сфері регламентації судової експертизи в галузевих кодексах повинен бути Закон «Про судову експертизу»<sup>1</sup>. Тому визначення поняття судової експертизи має спиратися на дефініцію, наведену в ст. 1 зазначеного Закону. Не зовсім вдалим є визначення експертизи в ст. 380 МК ще й з огляду на те, що підставою для її призначення законодавець вважає потребу «... у спеціальних знаннях з окремих галузей науки, техніки ...» (виділено нами. — Авт.). Р. Белкін і Т. Авер'янова слушно наголошували на тому, що в сучасних умовах роль інтеграції знань значно більш багатопланова, ніж роль, яку відіграє їх диференціація<sup>2</sup>. До того ж при такому

<sup>1</sup> Сегай М., Надгорний Г., Ісакович Б. Пропозиції з питань регламентації судової експертизи в проектах процесуальних кодексів України // Вісник Академії правових наук України. — 1999. — №2. — С. 124–125.

<sup>2</sup> Див.: Белкин Р. С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики. — М., 2001. — С. 23–27; Аверьянова Т. В. Интеграция и дифференциация научных знаний как источник и основы новых методов судебной экспертизы. — М., 1994. — С. 9–15.

визначенні поняття «експертиза» аналізу та обговорення потребує можливість призначення комплексної експертизи.

Розроблення теоретичних, організаційних та нормативно-правових положень комплексних досліджень — одна з найактуальніших проблем у судовій експертизі, яка вимагає свого вирішення. Останнім часом у судовій експертизі спостерігається тенденція до інтеграції спеціальних знань. Тобто, все частіше призначаються комплексні експертизи, в процесі проведення яких одні експерти використовують данні, одержані іншими експертами, та разом формулюють висновки. Тенденція до заміни розрізнених експертиз комплексними та перетворення процесу їх використання в доказуванні з дискретного на поточний відповідає загальним тенденціям змін технології наукових досліджень на сучасному етапі науково-технічної революції. Ми спостерігаємо «прорив» у галузь комплексних об'єктів, до яких належать, наприклад, речова обстановка місця події в цілому і так званій контактано-взаємодіючий комплекс предметів, що контактували під час вчинення злочину.

Ще наприкінці 70-х років ХХ ст. Г. Грановським було наведено результати практики використання експертами комплексного дослідження речової обстановки місця події для вирішення експертних завдань<sup>1</sup>. Пропозиція щодо формування нового виду завдань судової експертизи була підтримана криміналістами і судовими експертами.

В результаті проведення комплексних досліджень вимальовується нове уявлення про поняття судової експертизи. Стає очевидною неприйнятність у нових умовах тих визначень поняття судової експертизи, що стосуються традиційних об'єктів. Відповідно потребує подальшого розроблення поняття завдань, об'єктів, методології комплексних досліджень.

Законодавство і експертна практика вимагають чіткого розмежування компетенції експертів. Але з такого розмежування зовсім не впливає, що необхідно розчленувати речову обстановку місця події або інші об'єкти на частини та доручати їх дослідження окремим спеціалістам відповідних галузей знань. У таких випадках використання спеціальних знань дає слідчому та суду

<sup>1</sup> Див.: Грановский Г. Л. Криминалистическая ситуационная экспертиза места происшествия // Рефераты научных сообщений на теоретическом семинаре — криминалистических чтениях (21 апреля 1977 г.). — М., 1977. — С. 3—17.



лише окремі розрізнені висновки, що не містять вирішення основних завдань доказування. Застосування спеціальних знань не повинно вести до розчленування досліджуваної проблеми та передачі кожному експерту її частини, що відповідає його галузі знань, а потім до простого підсумовування висновків усіх експертів. Це суперечить основному принципу системного підходу, згідно з яким ціле не є тотожним сумі частин, а самі частини, об'єднані в систему, набувають нових системних якостей, які не притаманні їм окремо. Експерт має досліджувати систему в цілому, аналізуючи її з точки зору своїх спеціальних знань. Визначенню поняття сукупної (сумативної) компетенції спеціалістів повинно передувати чітке розмежування компетенції кожного спеціаліста. Тільки враховуючи компетенцію кожного учасника комплексної експертизи, можна уявити сумарне значення їх знань — сукупну компетентність комісії експертів, необхідну для вирішення конкретного класу експертних завдань.

Водночас при організації в експертних установах комплексних досліджень виникають проблеми, пов'язані у першу чергу з відсутністю в процесуальному законодавстві нормативного регулювання питань призначення та проведення комплексних експертиз. Не позбавлений цієї вади й МК — у ньому не міститься норми, яка б регламентувала мотиви та порядок призначення комплексної експертизи. Комплексна експертиза призначається у випадках, коли для вирішення питання необхідне застосування спеціальних знань у різних галузях науки, техніки, мистецтва, релігії тощо.

На нашу думку, слід також закріпити в законі поняття комісійної експертизи та визначитися з кількістю процесуальних документів, в яких викладаються висновки з проведених досліджень у разі розбіжності думок експертів. Це положення можна було б викласти у такій редакції: «У випадку призначення комісійної експертизи, проведення якої доручається двом чи більшій кількості експертів, вони мають право радитися між собою. Якщо експерти доходять одного висновку, вони підписують цей висновок. Експерт, не згодний з іншими експертами, складає окремий висновок у цьому ж провадженні».

Науковцями, в тому числі одним з авторів цієї статті, неодноразово зверталася увага на відсутність чітких критеріїв, що лежать в основі призначення додаткової або повторної експер-

тизи<sup>1</sup>. Остання частина ст. 380 МК не відображає чітких критеріїв розмежування мотивів призначення додаткової та повторної експертиз. На наш погляд, в основі їх диференціації слід враховувати обсяг поняття об'єкта дослідження та поставлених питань (завдань). Тобто, повторна експертиза призначається у випадках, коли досліджується той самий об'єкт та вирішуються ті самі питання, що й при проведенні первинної експертизи, при будь-якому мотиві (неповнота, неясність, недостатня якість досліджень, сумніви в обґрунтованості висновків, розбіжності між висновками кількох експертиз тощо).

Що стосується мотивації призначення додаткової експертизи, то вона повинна призначатися у випадках, коли об'єкт вже досліджувався, але змінюється його обсяг (досліджуються додаткові об'єкти), або ставиться додаткове запитання щодо вже дослідженого в первинній експертизі об'єкта.

*Надійшла до редакції 10.10.02*

---

<sup>1</sup> *Сегай М., Надгорний Г., Ісакович Б.* Вказ праця – С. 128; *Сімакова-Єфремян Е. Б.* Про деякі дискусійні питання нормативно-правового регулювання судово-експертної діяльності // Матеріали науково-практичної конференції «Нормативно-правове регулювання судово-експертної діяльності в Україні» – Сімферополь, 2000. – С. 67–68; *Щербаковський М. Г.* Порівняльний аналіз нормативів, що регулюють судово-експертну діяльність // Там само. – С. 126–127.

# Трибуна докторанта

О. Дашковська, доцент НЮА України

## Гендерна рівноправність в історичному ракурсі

Формування інституту прав людини відбувалося паралельно з боротьбою жінок за рівні права і можливості. Успіхи і поразки в цій боротьбі характеризуються певною специфікою в різних країнах світу залежно від рівня їх політичного, економічного і соціального розвитку, географічного розташування, культурних, національних та релігійних особливостей.

Усвідомлення жінками обмеженості своїх політичних і громадянських прав проявилось ще до прийняття французької Декларації прав людини і громадянина (1789 р.), яку сучасниці вважали такою, що ігнорує права жінок. У відповідь владі Олімпія де Гуж у 1791 р. оприлюднила свою Декларацію прав жінки і громадянки, в якій стверджувала: якщо «жінка має право йти на ешафот, вона повинна мати однакове право йти і на трибуну. Права жінки повинні служити на користь усім, а не тільки на користь її чоловіка»<sup>1</sup>.

У 1848 р. американські суфражистки оприлюднили Декларацію почуттів як відгук на Декларацію незалежності, в якій піднімалися питання соціальних, громадянських і релігійних прав і свобод жінок, відзначалося, що революція в США дала жінкам тільки обіцянки, які так і не були реалізовані<sup>2</sup>.

Істотні зміни в становищі жінок відбулися тільки на початку ХХ ст. Російська жовтнева революція 1917 р. проголосила щодо всіх громадян Російської імперії, як жінок, так і чоловіків, свободу від експлуатації, національного гноблення, станової нерівності. Серед перших декретів радянської влади були декрет ВЦВК і РНК № 171 «Про цивільний шлюб, про дітей і про ведення книг актів стану»<sup>3</sup>, а також декрет ВЦВК і РНК № 163 «Про розірвання шлю-

<sup>1</sup> Браун Л. Женский вопрос, его историческое развитие и экономическое значение. — СПб., 1903. — С. 78.

<sup>2</sup> Див.: Феминизм: проза, мемуари, письма / Под ред. М. Шнейр. — М., 1992.

<sup>3</sup> Див.: Декреты Советской власти. Т. 1 (25 октября 1917 г. — 16 марта 1918 г.) — М., 1957. — С. 247.

бу»<sup>1</sup>, що викликало розгубленість у свідомості значної частини громадян усіх націй і народностей, які проживали на теренах Російської імперії і виховувалися на патріархальних традиціях необмеженої влади батька і чоловіка в сім'ї. Цими декретами було скасовано дореволюційні закони, що ставили жінку у нерівноправне становище поряд з чоловіком у сім'ї і вихованні дітей, в майнових правах при розлученні та при виборі місця проживання.

В Україні рівність чоловіків і жінок в політичних і громадянських правах вперше було закріплено в Конституції Української Народної Республіки 1918 р. у ст. 11: «Ніякої різниці в правах і обов'язках між чоловіком і жінкою право УНР не знає»<sup>2</sup>. На різних етапах розвитку України у складі СРСР охорона материнства і дитинства, трудова діяльність жінок, питання охорони праці, підвищення освітнього і професійного рівнів жінок та інші важливі питання вирішувалися як першорядні державні завдання.

Після прийняття Конституції УРСР 1937 р. питання про рівноправність чоловіків і жінок в радянській Україні вважалося вирішеним. У ст. 121 Конституції УРСР 1937 р. проголошувалося: «Жінці в УРСР надаються рівні права з чоловіком у всіх галузях господарського, державного, культурного і громадсько-політичного життя. Можливість здійснення цих прав жінок забезпечується наданням жінці рівного з чоловіком права на працю, оплату праці, відпочинок, соціальне страхування і освіту, державною охороною інтересів матері й дитини, наданням жінці при вагітності відпусток зі збереженням утримання, широкою сіткою родильних будинків, дитячих ясел і садків»<sup>3</sup>.

Конституційне закріплення рівноправності жінок і чоловіків вважалося соціальним завоюванням соціалізму. На жаль, у даній галузі, так само як і в інших сферах суспільного, політичного і соціального життя, між проголошеними Конституцією СРСР правами людини та їх реалізацією існував досить великий розрив. С. Полєніна зазначала: «Що стосується питання про рівноправність чоловіків і жінок, то такий застій і відсутність просування вперед фактично обумовили певний відхід назад»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Декреты Советской власти. — С. 237.

<sup>2</sup> Див.: Слюсаренко А. Г., Томенко М. В. Історія української конституції. — К., 1993. — С. 79.

<sup>3</sup> Див.: Хрестоматія з історії держави і права України. Том 2. (лютий 1917 р. — 1996 р.) / За ред. В. Д. Гончаренка. — К., 1997. — С. 379.

<sup>4</sup> Труд, семья, быт советской женщины / Отв. ред С. В. Полєніна. — М., 1990.

Радянська влада змінила гендерні моделі поведінки чоловіків і жінок, якості, що раніше вважалися суто чоловічими, стали приписуватися жінкам, але фактичної емансипації жінок так і не відбулося<sup>1</sup>.

І все ж таки за роки радянської влади в Україні відбулися істотні зміни щодо вирівнювання соціально-правового становища чоловіків і жінок. Проте, незважаючи на боротьбу феміністок за рівні з чоловіками права, в країнах Західної Європи ще тривалий час панували патріархальні уявлення про традиційні ролі кожної статі. При владі залишалися чоловіки, які займали ключові посади в усіх сферах суспільного життя, передусім у законодавстві і правозастосуванні, а жінкам залишалися другорядні, обслуговуючі функції. Навіть у скандинавських країнах, що визнані найпрогресивнішими у вирішенні питання рівноправності чоловіків і жінок, «годувальником» у законодавстві тривалий час вважалася особа чоловічої статі. Найдовше залишалися безправними в політичній сфері жінки Швейцарії, які вибороли виборчі права тільки в 1968 р.<sup>2</sup>

Друга світова війна поставила на меті знищення цілих народів, принесла мільйонам людей незалежно від статі і віку безліч страждань і втрат. Все це надало проблемі прав людини нового поштовху в пошуках забезпечення більш надійних механізмів захисту. Важливим кроком у цьому напрямку було створення у 1945 р. Організації Об'єднаних Націй і прийняття 10 грудня 1948 р. Загальної декларації прав людини, у преамбулі якої проголошується, що цей документ має розглядатися як стандарт, досягнення якого повинні прагнути всі народи і всі держави<sup>3</sup>. З юридичної точки зору Загальна декларація прав людини не є конвенцією, тобто багатостороннім міжнародним документом. Проте вона стала одним з основних джерел не тільки міжнародного, а й національного права. Її положення покладено в основу конституцій більше ніж 100 країн світу<sup>4</sup>.

У ст. 2 Загальної декларації прав людини зафіксовано одне з найважливіших положень: «Кожній людині надаються всі пра-

<sup>1</sup> Див.: *Клименкова Т. А.* Женщина как феномен культуры. Взгляд из России. — М., 1996. — С. 61–62.

<sup>2</sup> Див.: *Дмитриева Г. К.* Международная защита прав женщин — К., 1985.

<sup>3</sup> Див.: Загальна Декларація прав людини. — К., 1995. — С. 2.

<sup>4</sup> Див.: *Карташкин В. А.* Права человека в международном и внутригосударственном праве. — М., 1995. — С. 30.

ва і всі свободи, що проголошені цією Декларацією, незалежно від раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного, соціального, станового походження, майнового, або іншого стану». Відповідно до цієї статті протягом ХХ ст. розвивалося антидискримінаційне законодавство в багатьох країнах світу.

Друга світова війна продемонструвала спільність підходу керівництва багатьох держав до «жіночого питання». На початку війни держави-учасниці широко залучали жінок до виробничих процесів, але після повернення чоловіків з фронту в усіх країнах відбулися масові звільнення саме жінок як небажаних конкуренток. Проголошення у ст. 23 Загальної декларації прав людини права кожної особи незалежно від її статі на працю та її рівну оплату реалізувати повною мірою не вдалося, тому що ситуація на ринку праці мало в чому змінилася.

Ідеї Загальної декларації прав людини 4 листопада 1950 р. знайшли продовження в Європейській конвенції про захист прав і основних свобод людини. У ст. 14 цієї конвенції проголошено, що володіння правами і свободами, які закріплені в ній, повинно забезпечуватися без дискримінації за ознаками статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних та інших переконань, національного або соціального походження, належності до національних меншин, власності, народження або іншого статусу<sup>1</sup>.

Ефективність застосування Європейської конвенції обумовлена низкою важливих моментів. По-перше, вона є багатостороннім міжнародним документом, що накладає певні обов'язки на держави-учасниці. По-друге, конвенція встановила міжнародно-правовий механізм, що дозволяє вважати її частиною національного законодавства багатьох європейських держав.

Подальше посилення захисту прав людини пов'язане з прийняттям у 1966 р. одночасно двох міжнародних пактів: «Про політичні і громадянські права» та «Про соціально-економічні і культурні права». Зазначені пакти наголошують на виключенні будь-якої дискримінації, в тому числі за ознакою статі. Формула «Всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах» відображає природно-правовий характер прав людини. Але вона не порушує проблеми їх соціального змісту, який

<sup>1</sup> Див.: Європейська конвенція про захист прав і основних свобод людини // Офіційний вісник України. — 1998. — № 13. — С. 270–302.

залежить від суспільного впливу на становище особи. Реальна свобода особистості передбачає не тільки рівність прав людини, а й рівність можливостей реалізації цих прав. А таких можливостей у жінок протягом всієї епохи патріархату не було. Саме тому проблема забезпечення реалізації рівних з чоловіками прав, що формально визнані більшістю держав світу, виникає не перед окремими жінками, а перед усіма жінками, які становлять соціальний прошарок усіх країн світу.

Нові тенденції на світовій арені з'явилися після народження третього покоління прав людини. Воно охоплювало права тих категорій громадян, які за соціальними, політичними, фізіологічними та іншими чинниками не мали рівних з іншими громадянами можливостей реалізації загальних для всіх людей прав і свобод, через що вони потребували певної підтримки з боку як своєї держави, так і міжнародної спільноти в цілому. Коло носіїв таких колективних прав досить широке. Серед них певне місце посідають жінки. Вони далеко не завжди мають рівні з чоловіками можливості реалізації рівних для всіх людей прав і тому потребують особливого захисту з боку держави. Одночасно вони можуть бути підлітками, інвалідами, біженцями, мігрантами, безробітними та іншими вразливими категоріями громадян, що потребують додаткового захисту.

Реалізуючи вимоги часу, ООН у 1967 р. прийняла Декларацію про ліквідацію дискримінації щодо жінок, а в 1979 р. — Конвенцію про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок, яка була ратифікована УРСР в 1980 р. і набула чинності 3 вересня 1981 р. Найбільш істотне значення мають ст. ст. 1 і 4 згаданої Конвенції. У ст. 1 наводиться визначення «дискримінації щодо жінок», а у ст. 4 роз'яснюється, які саме заходи не вважаються дискримінаційними щодо чоловіків. Відповідно до ст. 1 Конвенції поняття «дискримінація щодо жінок» означає будь-яке розрізнення, виняток або обмеження за ознакою статі, що спрямоване на ослаблення чи зведення нанівець визнання, користування або здійснення жінками, незалежно від їх сімейного стану, на основі рівноправності чоловіків і жінок, прав людини та основних свобод у політичній, економічній, соціальній, культурній, громадській або будь-якій іншій галузях.

Відповідно до ст. 4 Конвенції не вважається дискримінаційним прийняття державами-учасницями не тільки спеціальних

заходів, спрямованих на захист материнства, а й тимчасових спеціальних заходів, спрямованих на прискорення фактичної рівності між чоловіками і жінками, проте воно ні в якому разі не повинно тягнути за собою збереження нерівноправних або диференційованих стандартів; ці заходи має бути скасовано, коли буде досягнута мета рівності можливостей і рівноправного ставлення.

Отже, Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок внесла істотні зміни в розуміння прав людини і особисто жінки. Вперше світове співтовариство поряд с категоріями «свобода» і «рівність» як передумовами і сутністю прав людини поставило категорію «справедливості»<sup>1</sup>.

Така переоцінка прав людини відбулася не випадково, їй передували економічні, політичні та правові зміни як на національних, так і на міжнародному рівні. Науково-технічний прогрес сприяв зростанню складних технологічних і наукових виробництв, що потребувало великої кількості робітників, яким властиві не тільки фізична сила, а й суто жіночі якості, такі як сумлінність, терпіння, точність рухів, чуйність та ін. Наймана праця жінок стала масовим явищем, що вимагало прийняття законодавчих актів про ліквідацію дискримінації за ознакою статі, передусім у трудових відносинах. Вперше за багато тисячоліть жінки одержали економічну, хоча і не повну, незалежність від чоловіків.

Міжнародно-правове визнання важливості захисту прав людини сприяло подальшій розробці юридичною наукою ідеї правової держави. Поряд з принципами верховенства правового закону та поділом гілок влади на законодавчу, виконавчу і судову важливе місце посів принцип гарантованості державою рівних прав і можливостей людини і громадянина. Правова держава стала визначатися як така, що має систему конституційних та формально-юридичних гарантій, які забезпечують недоторканність і плюралізм власності, самостійність і рівну міру свободи виробників та споживачів соціальних благ і взагалі учасників соціального обміну — індивідів і асоціацій<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Поленина С. В. Права женщин в системе прав человека: международный и национальный аспект. — М., 2000.

<sup>2</sup> Див.: Четвернин В. А. Демократическое правовое государство. — М., 1993. — С. 61–62..



В умовах патріархату жінка була відчужена від влади, обмежена в правах на майно і відповідно не мала рівних можливостей реалізувати свої формально проголошені права. Лише в умовах розбудови правової держави, коли реально забезпечуються не тільки рівні права, а й рівні можливості реалізації цих прав різноманітними організаційно-правовими засобами, стверджується принцип рівності й свободи людини і громадянина.

Спільною рисою всіх сучасних держав є проблема глобалізації гендерного рівноправ'я (чоловіків і жінок), про що свідчить проведення під егідою ООН чотирьох всесвітніх конференцій, присвячених проблемам становища жінок.

Процес глобалізації проявляється в трансформації проблеми прав людини взагалі і прав жінки зокрема із суто національного рівня в площину міжнародного права, наслідком чого стало прийняття світовою спільнотою низки міжнародних конвенцій і декларацій, спеціально присвячених питанням гендерного рівноправ'я<sup>1</sup>. Свідченням актуальності цього питання є визнання суб'єктом міжнародного права з усіма правами, обов'язками і можливостями будь-якої особи незалежно від її статі. Спеціальні міжнародно-правові документи надають жінкам додаткові повноваження і можливості для реалізації їх прав.

Світове співтовариство поставило перед кожною державою завдання розробити і забезпечити реалізацію комплексних багатоцільових програм щодо забезпечення рівних прав і можливостей чоловіків і жінок на всіх рівнях суспільних відносин.

Україна визнає пріоритет міжнародних норм права відповідно до норм національного права, узгоджує державну політику з міжнародними стандартами прав людини і послідовно впроваджує принцип гендерного рівноправ'я в українське суспільство<sup>2</sup>.

Конституція України 1996 р. заклала правові основи реалізації активності жінок у різних сферах суспільного життя, зокрема її ст. 24 гарантує рівність жінки і чоловіка, що забезпечується наданням рівних можливостей у громадсько-політичній і культурній діяльності, у здобутті освіти і професійній підготовці.

Однак під час економічної кризи в Україні, на відміну від правового, соціальне становище жінок значно погіршилося.

<sup>1</sup> Див.: Чижмар К. Принцип рівності прав жінок і чоловіків у міжнародному праві // Право України. – 2001. – № 3. – С. 3–6.

<sup>2</sup> Див.: Головченко В. Права жінок в Україні: під кутом зору міжнародно-правових стандартів // Там само. – 1999. – № 7. – С. 38–47.

Виникли такі ганебні явища, як «фемінізація безробіття» та «фемінізація бідності». Це ставить перед державними органами, недержавними організаціями і юридичною наукою завдання здійснити різноманітні заходи законодавчого, правозастосовного, контрольно-наглядового, організаційного та виховного характеру щодо вдосконалення соціально-правового становища жінок відповідно до міжнародних стандартів гендерної рівноправності, забезпечити подальшу наукову розробку юридичних аспектів гендерних відносин.

Реальне рівноправ'я чоловіків і жінок є невід'ємною частиною прогресу людства, елементом демократії і важливою умовою розбудови демократичної, правової держави. Сучасний стан суспільних відносин не дозволяє нехтувати знаннями, навичками та творчими здібностями жінок, а потребує негайного і повного їх використання. Звичайно, рівна участь жінок у професійному, політичному та громадському житті повинна поєднуватися з їх рівною відповідальністю при прийнятті рішень на державному і суспільному рівнях.

*Надійшла до редколегії 15.10.02*

# НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

Ф. Цесарський, аспірант НЮА України

## Деякі проблеми реалізації захисної функції профспілок

Правове становище професійних спілок в Україні більшою мірою регламентоване Законом України від 15 вересня 1999 р. «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» (далі — Закон про профспілки), ст. 2 якого визначає, що професійні спілки створюються з метою здійснення представництва та захисту трудових, соціально-економічних прав та інтересів членів профспілки. Отже, Закон про профспілки визнав, що основною функцією профспілок є захисна.

Захисна і представницька функції профспілок тісно взаємопов'язані, вони не можуть існувати одна без одної. Представляти інтереси своїх членів профспілки можуть лише з метою захисту їх прав та законних інтересів. У науці трудового права вважається загальновизнаним, що профспілкове представництво нічого спільного, крім назви, не має з представництвом у сфері цивільних правовідносин<sup>1</sup>. Крім того, про сутність профспілкового представництва в науці трудового права були висловлені різні точки зору<sup>2</sup>.

Не вдаючись до їх аналізу, відмітимо, що функція представництва своїх членів прямо закріплена в Законі про профспілки (ст.ст. 2, 19). Разом з тим слід визнати, що легальне закріплення цієї функції не вирішує всіх проблем профспілкового представництва.

Важливою проблемою сьогодні є представництво профспілками працівників підприємства, які не є його членами. Згідно зі ст. 19 Закону про профспілки у питаннях колективних інтересів працівників профспілки їх об'єднання здійснюють

<sup>1</sup> Див.: *Догадов В. М.* Правовое положение профессиональных союзов в СССР. — М., 1928. — С. 26.

<sup>2</sup> Див.: *Шеломов Б. А.* Понятие и содержание профсоюзного представительства // Профсоюзы и трудовое право: Сб. науч. тр. — М., 1979. — С. 37–44.

представництво та захист інтересів працівників незалежно від їх членства у профспілках. Вважаємо, що слід погодитися з А. Нуртдиною в тому, що повноваження з представництва інтересів працівників — не членів профспілки повинні бути зафіксовані в протоколі загальних зборів трудового колективу<sup>1</sup>.

Для реалізації захисної функції профспілки мають певні права, тобто наділені галузевою правосуб'єктністю. В науці трудового права прийнято виділяти загальну і галузеву правосуб'єктності профспілок. Є. Хохлов називає також спеціальну правосуб'єктність профспілок<sup>2</sup>. При цьому трудова правосуб'єктність є основною, тому що тільки в сфері трудового права головним чином реалізується захисна функція профспілок.

Захисна функція профспілок реалізується в чотирьох організаційно-правових формах: 1) у формі участі профспілок у відносинах соціального партнерства, включаючи відносини щодо встановлення умов праці на підприємствах; 2) у формі участі профспілок у застосуванні встановлених умов праці на підприємстві; 3) у формі участі профспілок у вирішенні трудових спорів; 4) у формі здійснення профспілкового контролю за додержанням законодавства про працю і правил охорони праці.

Соціальне партнерство передбачає двосторонні відносини на рівні підприємства між роботодавцем та профспілками і тристоронні відносини на рівні об'єднання профспілок, роботодавців, держави. Участь профспілок у відносинах соціального партнерства, встановленні умов праці на підприємстві через інститут колективного договору та інші угоди про працю має стати пріоритетною, головною формою реалізації захисної функції профспілок.

Говорити сьогодні про вже створену систему соціального партнерства явно передчасно. Вважаємо, що найближчим часом вона не буде створена перш за все з економічних причин. Тристоронні угоди виконуються лише частково, насамперед з вини уряду.

Сфера дії колективних договорів різко скорочується, особливо в недержавному секторі економіки. Так, колективні договори в 2000 р. були укладені на 72,1 тис. підприємств, організа-

<sup>1</sup> Див.: Нуртдинова А. Ф., Окуньков Л. А., Френкель Э. Б. Комментарий к законодательству о социальном партнерстве. — М., 1996. — С. 20.

<sup>2</sup> Див.: Курс российского трудового права: В 3 т. — Т. 1: Общая часть / Под ред. Е. Б. Хохлова. — СПб, 1996. — С. 444.

цій та установ з загальним охопленням понад 10 млн чоловік, або 75,96% від усієї кількості працюючих. Як правило, колективні договори і угоди охоплюють весь спектр трудових і соціально-економічних відносин: виробничу діяльність, зайнятість, оплату праці, режими праці та відпочинку, охорону праці, соціально-побутові умови тощо. Тому їх виконання сприяє економічному зростанню і соціальному захисту працівників та членів їх сімей, населення відповідних регіонів. Але все ж таки головна підсистема в соціальному партнерстві — двостороннє регулювання умов праці на підприємствах, і, незважаючи на сьогоднішні реалії, гадаємо, що за нею майбутнє в реалізації захисної функції профспілок.

Згідно з чинним законодавством однією з форм реалізації захисної функції профспілок є участь у правозастосовній діяльності роботодавця: згода на звільнення працівників з ініціативи роботодавця у випадках, передбачених законодавством, дозвіл профспілок на проведення надурочних робіт.

Зауважимо, що права профспілок у правозастосовній діяльності роботодавця значно урізані. Як оцінити тенденцію до скорочення реалізації захисної функції профспілок у цій формі? На наш погляд, форма реалізації захисної функції профспілок, яку ми розглядаємо, в умовах переходу до ринкової економіки не відповідає вимогам сьогодення. Якщо ми говоримо про принципи соціального партнерства, то як пояснити втручання профспілок в правозастосовну, управлінську діяльність роботодавця? Та і наскільки ефективний при цьому захист трудових прав працівників? Якщо, наприклад, у доперебудовні часи статистика надурочних робіт свідчила, що ніякі норми КЗпП України в цій частині не додержувались, то сьогодні, коли більшість підприємств не працюють, про це говорити немає сенсу. Візьмемо, наприклад, заборону звільнення працівників з ініціативи роботодавця без погодження з профспілковим органом; мало прикладів відмови профспілкового органу в дачі згоди на звільнення працівників за ініціативою адміністрації. Якщо така статистика й існує, то можна припустити, що такі випадки поодинокі. Аналіз цієї ситуації не входить у наше завдання, але потрібно виділити, що принцип незалежності профспілок (ст. 12 Закону про профспілки) на практиці відносно далекий від практичної реалізації.

Підхід законодавця до питання про дачу згоди профкому на звільнення з ініціативи роботодавця, м'яко кажучи, непослідовний.

На початку 90-х років ХХ ст. перелік випадків, коли не вимагалась згода профкому на звільнення з ініціативи роботодавця, дещо розширився, проте і досі існують шість пунктів ст. 40 КЗпП, звільнення за якими можливе лише за згодою профкому:

1) зміни в організації виробництва і праці, в тому числі реорганізація (банкрутство) або перепрофілювання підприємства, установи, організації, скорочення чисельності або штату працівників (крім випадку ліквідації підприємства, установи, організації);

2) виявлена невідповідність працівника займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок недостатньої кваліфікації або стану здоров'я, які перешкоджають продовженню даної роботи;

3) систематичного невиконання працівником без поважних причин обов'язків, покладених на нього трудовим договором або правилами внутрішнього трудового розпорядку, якщо до працівника раніше застосовувалися заходи дисциплінарного чи громадського стягнення;

4) прогул (у тому числі відсутність на роботі більше трьох годин протягом робочого дня) без поважних причин;

5) нез'явлення на роботу протягом більш як чотири місяці підряд внаслідок тимчасової непрацездатності, не рахуючи відпустки по вагітності та пологах, якщо законодавством не встановлено триваліший строк збереження місця роботи (посади) при певному захворюванні. За працівниками, які втратили працездатність у зв'язку з трудовим каліцтвом або професійним захворюванням, місце роботи (посада) зберігається до відновлення працездатності або встановлення інвалідності; <...>

7) поява на роботі в нетверезому стані, у стані наркотичного або токсичного сп'яніння

та два пункти ст. 41 КЗпП:

2) винні дії працівника, який безпосередньо обслуговує грошові або товарні цінності, якщо ці дії дають підстави для втрати довіри до нього з боку власника або уповноваженого ним органу;

3) вчинення працівником, який виконує виховні функції, аморального проступку, не сумісного з продовженням даної роботи.

Як не дивно, але у цьому переліку знаходимо і такі підстави, як прогул без поважних причин, систематичне порушення працівником своїх трудових обов'язків, поява на роботі у нетверезому стані тощо. Тобто профком може відмовити у звільненні з роботи злісного прогульника чи порушника трудової дисципліни. І все це матиме закономірне пояснення — захист інтересів членів профспілкової організації.

Отже, на наш погляд, у сучасних умовах профспілки в Україні повинні бути виключені зі сфери правозастосовної діяльності роботодавця, що аж ніяк не зменшує можливостей профспілок в реалізації їх захисної функції. В перехідний період можливий і такий варіант: на державних підприємствах, де роботодавцем по суті є держава в особі її органів, слід зберегти права профспілок на участь у правозастосовній діяльності адміністрації.

Такі права можуть бути збережені у сфері робочого часу і часу відпочинку, заробітної плати та деяких інших.

Наступною формою реалізації захисної функції профспілок є їх участь у регулюванні колективних трудових спорів (конфліктів). У даному випадку повноваження профспілок більш детально регламентовані Законом України від 3 березня 1998 р. «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)».

Незважаючи на значний крок уперед у правовому регулюванні колективних трудових спорів (конфліктів), порівняно з радянським законом, слід визнати, що він не приніс бажаного результату.

Вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) проходить у більшості випадків всупереч цьому Закону; причини цього очевидні: норми Закону неадекватно відображають економічну ситуацію в країні. Відмітимо, що і профспілкові органи, представляючи інтереси працівників у вирішенні таких спорів, далеко не завжди додержуються правил примирних процедур, передбачених Законом.

Четвертою організаційно-правовою формою реалізації захисної функції профспілок є здійснення профспілкового контролю за додержанням законодавства про працю, правил охорони праці (ст. 21 Закону про профспілки). За своєю правовою природі сьогодні такий контроль є громадським, а відтак, не повинен містити елементів, притаманних державному контролю, тобто профспілкові органи не повинні мати владних повноважень стосовно роботодавця і його адміністрації.

Так, у п. 9 ст. 21 Закону про профспілки передбачено, що профспілки можуть створювати служби правової допомоги та відповідні інспекції, комісії, затверджувати положення про них. Вважаємо, що профспілкові інспекції повинні бути створені, їх діяльність за радянських часів була ефективною. Всі повноваження профспілок по здійсненню контролю за додержанням законодавства про працю, включаючи законодавство про права профспілок, мають відповідати громадській природі такого контролю.

Підсумовуючи викладене, слід сказати, що проблеми реалізації захисної функції профспілок вимагають подальших теоретичних досліджень, а нормативна база повинна адекватно відображати наявні в перехідний період реалії.

*Надійшла до редколегії 15.10.02*

*О. Нагорнюк, аспірантка НЮА України*

## **Значення ідей О. Кістяківського для сучасної кримінально-правової науки: проблеми історичного методу та наступності**

В сучасних умовах розвитку юридичної науки, в тому числі кримінально-правової, її методологічні проблеми є одним з основних напрямків наукових досліджень. Невід'ємною частиною методологічних проблем будь-якої науки є питання про її методи. Існують різноманітні методи, якими користується наука кримінального права. Серед них виділяють основні і додаткові методи, проте всі вони тісно пов'язані між собою. Загальнови-знано, що серйозне теоретичне дослідження будь-якого правового явища неможливе без історичного методу пізнання<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Див., напр.: *Завальнюк В.* Принцип історизму в право- і державознавстві // *Право України.* — 1998. — № 2. — С. 1–23; *Кедров Б. М.* История науки и принципы ее исследования // *Вопросы философии.* — 1971. — № 9. — С. 78; *Новиков А. И.* О методах историко-философского исследования // *Проблемы методологии науки и научного творчества: Сб. статей / Под ред. проф. В. А. Штоффа и проф. А. М. Мостепаненко.* — Л., 1977. — С. 166–167; *Селиванов В.* Проблема методологічної обґрунтованості вітчизняного правознавства // *Право України,* — 1998. — № 12. — С. 34–43.



Тому цілком обґрунтованим уявляється виділення історичного (генетичного) методу, який розкриває генетичні зв'язки об'єкта правової дійсності, що розвивається, умови його становлення і розвитку, як одного з основних методів кримінально-правової науки.

Історичний метод передбачає вивчення норм кримінального права в їх історичному розвитку, орієнтує на те, щоб у процесі пізнання просліджувалися єдність, зв'язок якісно різноманітних етапів, які пройшло у своєму розвитку досліджуване явище. Зв'язок даного кримінально-правового явища в його походженні, зміні і розвитку з іншими дозволяє зробити висновок про наступність у праві, в тому числі кримінальному, як про найважливішу тенденцію розвитку всієї правової матерії. Кримінальне право — це система, що розвивається в історії, одночасно не тільки містить у собі елементи сьогодення, а й зберігає риси минулого, намічає контури майбутнього. Хоча право у своєму розвитку, реагуючи на реалії життя, виходить за рахунок закріплення нових положень за межі наступності, новації не скасовують самої наступності. Ці новації стануть колись минулим і внаслідок наступності будуть тією чи іншою мірою сприйняті на наступному етапі розвитку. Тому необхідно зробити висновок про те, що наступність у праві, в тому числі кримінальному, виступає закономірністю його розвитку, руху.

З наведеного зрозуміло, що наука кримінального права не може обмежитися одним чинним правом, залишивши осторонь його історію. Завдання історичного методу полягає не в збереженні застарілого матеріалу, а в тому, щоб зберегти позитивний досвід, нагромаджений попередніми поколіннями, і дати силу новому знанню, прагненню до прогресу. Одним словом, для розуміння, оцінки і критики кримінального закону необхідно знати його історію; у противному разі всі наші міркування будуть позбавлені достатньої підстави.

При цьому слід зауважити, що ідеї використання історичного методу в кримінальному праві виникли не на порожньому місці, вони мали витоки свого розвитку в істотних змінах у вченнях про право, що відбувалися в Європі і світі. Так, наприкінці XVIII ст. від полеміки з доктриною природного права відштовхнулися прихильники нового напрямку в юриспруденції, який одержав назву історичної школи права. Основні постулати цієї

школи, висловлені її засновником Савін'ї, вже в середині XIX ст. були перетворені у вченні про право Іеринга. Стосовно розуміння історії це перетворення проявилось в тому, що значення людської діяльності, принижене органічною теорією Савін'ї, знову одержало визнання в науці. Подібні зміни, що відбувалися в поглядах на право взагалі, не могли не одержати певного відображення у вітчизняній науці кримінального права.

У середині XIX ст. в роботах криміналістів царської Росії, таких, наприклад, як І. Данилович<sup>1</sup>, Г. Гордеєнко<sup>2</sup>, Д. Семеновський<sup>3</sup>, О. Жиряєв<sup>4</sup>, П. Колосовський<sup>5</sup>, О. Чебишев-Дмитрієв<sup>6</sup> та ін., ми можемо знайти деякі спроби звернутися до використання історичного методу в розробці нашого кримінального права.

У ситуації, що склалася у вітчизняній кримінально-правовій науці, у 60-ті роки XIX ст. починав свою наукову діяльність професор кафедри кримінального права Київського університету св. Володимира О. Кістяківський (1833—1885).

Дослідження робіт ученого приводить нас до висновку про те, що він усе своє плідне наукове життя був послідовним прихильником використання історичного методу в кримінальному праві, досліджуючи чинне кримінальне право в найтіснішому зв'язку з його історією. «Тільки історія, — заявляв він, — може дати пояснення причин як сучасного стану кримінального права, так і стану його в попередні періоди»<sup>7</sup>. Відстоюючи ідею іс-

<sup>1</sup> Див.: Данилович И. О ходе уголовного законовещения вообще и преимущественно в Германии. — Журнал Министерства народного просвещения. — 1837. — Ч. 14. — С. 340—341. Цитата наводиться за монографією: Г. С. Фельдштейн Главные течения в истории науки уголовного права в России. — Ярославль, 1909. — С. 589.

<sup>2</sup> Див.: Гордеенко Г. В чем должно состоять ученое уголовное законовещение в России в настоящее время? — Х., 1838. — С. 23; там само. — С. 591.

<sup>3</sup> Див.: Семеновский Д. О ходе и действии законодательства на благосостояние общественное. — М., 1838. — С. 8; там само. — С. 595.

<sup>4</sup> Жиряев А. Уголовное право // Юридический вестник. — 1863. — Вып. 31. — С. 7; там само. — С. 598.

<sup>5</sup> Колосовский П. Очерк исторического развития преступлений против жизни и здоровья по русскому праву. — М., 1857. — С. 8; там само. — С. 600.

<sup>6</sup> Чебышев-Дмитриев А. Вступительная лекция, читанная в Казанском университете 6 сентября 1860 г. // Юридический журнал. — 1860. — №2. — С. 66; там само. — С. 602.

<sup>7</sup> Антология мировой правовой мысли: В 5 т. — Т. 4. Россия XI—XIX вв. — М., 1999. — С. 709.

торичної наступності в кримінальному праві, він відзначав, що «... наука є історичний продукт, зростанню якого поступово сприяють цілі генерації»<sup>1</sup>.

З огляду на те, що в зазначений період «розробка кримінального права за допомогою історичного методу являла собою лише слабкі спроби, була лише в зародковому стані»<sup>2</sup>, необхідно підкреслити, що праці О. Кістяківського по відстоюванню історичного методу в кримінальному праві становлять особливу цінність. З урахуванням положень про наступність у кримінальному праві можна сказати, що ці роботи не втратили свого значення і тепер, будучи, безумовно, одним із двигунів розвитку розуміння науки кримінального права як історичного продукту. Отже, ми переходимо до огляду тих робіт ученого, в яких найбільш повно відобразилися його ідеї про історичну наступність у кримінальному праві.

Так, у 1864 р. побачили світ дві наукові статті О. Кістяківського: «Вплив Беккарія на російське кримінальне право»<sup>3</sup> і «Виклад начал кримінального права за Наказом Імператриці Катерини II»<sup>4</sup>. Ці статті є плодом тривалого вивчення праць Монтеस्क'є і Беккарія як джерел Наказу. Завданням цього вивчення було визначення ступеня запозичень і оригінальності в думках Катерини II, а також вплив зазначених мислителів на вітчизняне кримінальне законодавство. Це завдання стосувалося одного з дуже важливих, але зовсім не досліджених у той час питань в історії нашого кримінального права. На думку Л. Білогриць-Котляревського, «це завдання було виконане Кістяківським з успіхом; наука російського кримінального права не повинна забувати цієї заслуги»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Кістяковский А. Ф. Уголовное право Италии. Пессина и современное движение итальянского уголовного права и науки // Судебный журнал. — 1873. — № 4. — С. 46.

<sup>2</sup> Кістяковский А. Ф. Элементарный учебник общего уголовного права с подробным изложением начал русского уголовного законодательства. Часть общая. — 3-е изд. — К., 1891. — С. 31.

<sup>3</sup> Див.: Кістяковский А. Ф. Влияние Беккариа на русское уголовное право // Журнал Министерства Юстиции. — 1864. — № 9. — С. 459—470.

<sup>4</sup> Див.: Кістяковский А. Ф. Изложение начал уголовного права по Наказу Императрицы Екатерины II // Университетские известия. — 1864. — № 10. — С. 1—21.

<sup>5</sup> Білогриць-Котляревський Л. Очерк научной деятельности проф. А. Ф. Кістяковского // Киевская старина. — 1885. — Кн. 6. — С. 242.

Аналіз розбору О. Кістяківським перекладів І. Соболева<sup>1</sup> і С. Зарудного<sup>2</sup> твору Беккарія «Про злочини і покарання» свідчить про знайомство вченого не тільки із зазначеним твором, а й з так званою «беккарієвською» літературою, «розробка якої, — як вважав О. Кістяківський, — дала б дуже повчальні результати для історії науки кримінального права»<sup>3</sup>.

Видана в 1867 р. робота О. Кістяківського «Дослідження про смертну кару», відзначена ступенем магістра, є однією з найяскравіших праць ученого, де, на думку І. Лучицького, найбільш повно і рельєфно відобразилось «усвідомлення необхідності при вивченні питань права слідувати новим науковим методам»<sup>4</sup>. Хоча ще в передмові О. Кістяківський заявив, що його особиста думка не має ніякого значення, але зміст книги свідчить, що він був противником смертної кари. Причому показано це не декларацією і посиланнями на її несправедливість, а глибоким дослідженням проблеми в широкому історико-порівняльному плані.

«Узявшись за дослідження цього предмета, — писав О. Кістяківський, — я звернув більшу частину уваги і роботи на історичний бік смертної кари, на зв'язок цього покарання із суспільним і розумовим розвитком людини. При дослідженні я турбувався не про те, щоб заявити мою особисту думку, а щоб відшукати погляд народів на це покарання»<sup>5</sup>.

У «Відповіді на статтю Н. Соколовського з приводу дослідження про смертну кару О. Ф. Кістяківського»<sup>6</sup> Кістяківський відзначав, що, працюючи над питанням про смертну кару, він перечитав багато великих і малих творів про це покарання і з цього читання виніс переконання, що головна праця витраче-

<sup>1</sup> Див.: *Кистяковский А. Ф. Цезарь Беккариа. О преступлениях и наказаниях*, перевод Ив. Соболева (разбор сочинения) // *Критическое обозрение*. — 1879. — С. 17–26.

<sup>2</sup> *Кистяковский А. Ф. Обзор сочинения С. Зарудного «Беккариа о преступлениях и наказаниях в сравнении с главою 10-ю Наказа Императрицы Екатерины II и с современными русскими законами»* // *Журнал гражданского и уголовного права*. — 1880. — Кн. — С. 159–167

<sup>3</sup> *Кистяковский А. Ф. Цезарь Беккариа. О преступлениях и наказаниях*, перевод Ив. Соболева (разбор сочинения). — С. 19.

<sup>4</sup> *Лучицкий И. Труды А. Ф. Кистяковского в области истории и обычного права* // *Киевская старина*. — 1895. — Кн. 1. — С. 78.

<sup>5</sup> *Кистяковский А. Ф. Исследование о смертной казни*. — Тула, 2000. — С. 6.

<sup>6</sup> *ІРНБУВ*. — Ф. 61. — № 165.

на на малокорисні метафізичні суперечки про справедливість і несправедливість цього покарання і що для вирішення давньої суперечки необхідно відшукати більш тривкі основи. «Ці основи, — писав він, — я сподівався знайти в історії народів. Якщо буде мною доведено, думав я, що обсяг застосування цього покарання знаходиться в пропорційному відношенні з грубістю, недосконалістю і потворністю людської громадськості, що поступовий розвиток і удосконалення цієї громадськості і виправлення потворностей супроводжувалося і поступовим зменшенням кількості страт, то я сподівався, що цим самим я краще всяких посилай на справедливість доведу, що смертна кара не є необхідне і справедливе покарання, а тільки таке, що тримається завдяки не своїм якостям, а силі обставин, і що воно повинне зникнути разом із зміною цих обставин»<sup>1</sup>.

На думку вченого, «питання про смертну кару можна вирішити тільки тоді, коли ми визнаємо верховним суддею... минуле і дійсне життя людства»<sup>2</sup>. При цьому О. Кістяківський підкреслював, що людство є організм, який розвивається і йде шляхом удосконалень. Одна з видозмін його полягає в зникненні одних потреб і установ та в народженні інших. Для того, щоб вирішити, «на боці яких потреб і установ знаходиться сила і правда», необхідно, за словами Кістяківського, «запитати історію народів»<sup>3</sup>.

Л. Білогриць-Котляревський писав, що високе значення «Дослідження про смертну кару» «значною мірою пояснюється тим методом, з яким Олександр Федорович приступив до справи... Цінні результати тут міг принести тільки філософсько-історичний метод, що встановлює зв'язок цього покарання із суспільним і розумовим розвитком людини»<sup>4</sup>.

Отже, як бачимо, у «Дослідженні про смертну кару» О. Кістяківський зарекомендував себе не тільки як переконаний противник смертної кари, а й як послідовний прихильник використання історичного методу в кримінальному праві. Ця позиція одержала подальший розвиток у його фундаментальній роботі

<sup>1</sup> ІРНБУВ. — Ф. 61. — № 165.

<sup>2</sup> Кістяковский А. Ф. Исследование о смертной казни. — С. 266.

<sup>3</sup> Там само. — С. 267.

<sup>4</sup> Белогриц-Котляревский Л. Очерк научной деятельности проф. А. Ф. Кістяковского. — С. 243—244.

«Елементарний підручник загального кримінального права» (1875).

Друге видання 1882 р., яке без змін було втретє перевидано в 1891 р., відрізнялося від першого тим, що в ньому особливу увагу було звернено на виклад історії науки кримінального права. О. Кістяківський відзначав, що це питання є «одним із тих кардинальних предметів науки, знайомство з яким здатне дати точку опори при вивченні науки кримінального права»<sup>1</sup>. Він вважав, що «зародження, розвиток і нагромадження понять кримінального права від їх початку до пізніших часів, у їх поступовій видозміні і розвитку... викличе й обумовить застосування методу історичного»<sup>2</sup>. У підручнику вчений здійснив докладний історичний аналіз розвитку науки кримінального права, вказавши, що наука кримінального права з'являється в житті народів пізніше самого кримінального права і знаменує собою певний ступінь його розвитку. Проведеним дослідженням автор підручника підтвердив висловлену ним у передмові думку про те, що встановлений Ієрингом загальний закон розвитку права як органічного явища, подібного мові і релігії, цілком застосовний і до галузі кримінального права, яке є тільки закріпленням правових відносин, вироблених народним життям. Згідно з цим положенням і наука кримінального права є тільки пояснення, розвиток і поглиблення тих понять про злочин і покарання, що живуть у свідомості суспільства. Але відносини народного життя не залишаються незмінними: будучи творінням людини, істоти, що розвивається, вони разом з нею видозмінюються, що у свою чергу викликає відповідні зміни в кримінальних законах як закріпленні виробленого, і в самій науці кримінального права. Звідси О. Кістяківський робить висновок про існування двох законів, яким наука кримінального права підпорядковується у своєму розвитку: закону сталості і закону руху.

При цьому не можна не відзначити ставлення О. Кістяківського до зміни історичних явищ. Багато разів він висловлював положення, відповідно до якого ця зміна відбувається не безформно і довільно, а найвищою мірою правильно, поступово, «за незмінними законами»<sup>3</sup>. О. Кістяківський відзначав, що «історія кримі-

<sup>1</sup> Кістяковский А. Ф. Элементарный учебник общего уголовного права... — Предисловие.

<sup>2</sup> Там само. — С. 28.

<sup>3</sup> Кістяковский А. Ф. Элементарный учебник общего уголовного права ... — С. 120.

нальних законодавств і взагалі історій народів подає найбільш безсумнівні докази на підтвердження того положення, що теперішні поняття про злочин і покарання є плід довготривалого життя народів, і що на створення їх пішло багато тисячоліть праці й зусиль»<sup>1</sup>. «Кримінальне право Європи в тому вигляді, в якому воно існує тепер, — говорив він, — з'явилося не раптом; воно є накопичена робота багатьох століть і великої кількості поколінь»<sup>2</sup>, «у процесі розвитку і видозмін кримінального права немає нічого довільного... усе в ньому підпорядковано загальному, властивому всій природі, закону поступового розвитку, згідно з яким одна формація явищ народжується з іншої, за яким найближче наступне мало чим відрізняється від останнього попереднього, але де дві крайні формації, не втрачаючи їх родової властивості, докорінно між собою різняться»<sup>3</sup>. Наведені цитати підтверджують висловлену нами думку про незмінну прихильність О. Кістяківського до ідей історичної наступності в кримінальному праві.

Підбиваючи підсумки і враховуючи ситуацію, що склалася у вітчизняній кримінально-правовій науці на момент початку наукової діяльності О. Кістяківського, ми можемо сказати, що першість у висловленні ідей використання історичного методу в кримінальному праві належить не йому. Однак О. Кістяківський, блискуче використовуючи підготовлене підґрунтя, був першим, хто об'єднав розрізнені переконання, що бродили в думках його сучасників-криміналістів, і, послідовно спираючись на історичний метод і відстоюючи необхідність його застосування з метою більш глибокого і всебічного вивчення кримінально-правової матерії, зумів аргументовано довести ідею про історичну наступність у кримінальному праві. Слід зауважити, що особливу цінність викладені О. Кістяківським ідеї отримали тому, що вони одержали подальший розвиток у наступних працях вітчизняних дореволюційних криміналістів, відбилися в дослідженнях радянських учених і, що особливо важливо, не втратили актуальності і сьогодні, будучи закріпленими в кримінально-правових дослідженнях сучасності.

Так, вплив ідей О. Кістяківського можна помітити в роботі Н. Сергієвського «Російське кримінальне право. Посібник до

<sup>1</sup> ІРНБУВ. — Ф. 61. — № 157.

<sup>2</sup> Кістяковский А. Ф. Элементарный учебник общего уголовного права... — С. 119.

<sup>3</sup> Там само. — С. 120

лекцій. Частина Загальна», що містить численні посилання на «Елементарний підручник...» Н. Сергієвський відзначав, що «з'ясувати умови утворення і розвитку правових інститутів можливо лише шляхом історичного їх вивчення»<sup>1</sup>. Відомий російський дореволюційний криміналіст М. Таганцев у своїх «Лекціях» писав: «Історична оцінка всякого нового закону є одним із перших прийомів критичного аналізу права»<sup>2</sup>. У «Підручнику російського кримінального права. Загальна і Особлива частини» Л. Білогриць-Котляревського з особливою чіткістю просліджується вплив ідей його вчителя О. Кістяківського<sup>3</sup>. Г. Фельдштейн у монографії «Головні течії в історії науки кримінального права в Росії» здійснив спробу за допомогою історичного методу дослідити головні течії в науковій розробці кримінального права в Росії та усвідомити впливи, під якими вони склалися.

У радянський період, незважаючи на проголошення ідеї про відмову від методології «старого» права, багато позитивних досягнень так званих «буржуазних» дореволюційних криміналістів, у тому числі О. Кістяківського, були збережені і застосовані в радянській кримінально-правовій науці.

Так, у 1957–1958 рр. було опубліковано нариси В. Смірнова і М. Шаргородського «Кримінальне право», в яких автори намагалися коротко викласти розвиток науки кримінального права за 40 років існування радянської держави<sup>4</sup>. В II томі фундаментального «Курсу радянського кримінального права (Частина Загальна)» видавництва Ленінградського університету III розділ було присвячено історії радянського кримінального права<sup>5</sup>, історії кримінального права дореволюційної Росії<sup>6</sup> та історії кримінального права зарубіжних соціалістичних держав<sup>7</sup>. У відомо-

<sup>1</sup> *Сергеевский Н. Д.* Русское уголовное право. Пособие к лекциям. Часть Общая. — 3-е изд. — СПб., 1896. — С. 9.

<sup>2</sup> *Таганцев Н. С.* Русское уголовное право. Часть Общая. — Т. 1. — Тула, 2001. — С. 28.

<sup>3</sup> Див.: *Белогриц-Котляревский Л. С.* Учебник русского уголовного права. Общая и Особенная части: Учебник. — Киев-Харьков, 1903. — С. 59.

<sup>4</sup> Див.: *Смирнов В. Г., Шаргородский М. Д.* Уголовное право // Сорок лет Советского права (1917–1957). — Т. 1. Период строительства социализма. — Л., 1957. — С. 475–560; 484–559.

<sup>5</sup> Див.: *Курс советского уголовного права (Часть Общая).* — Т. 1-2. — Л., 1968–1970. — Т. 2. — С. 553–617.

<sup>6</sup> Див.: Там само. — С. 525–552.

<sup>7</sup> Див.: Там само. — С. 617–650.



му 6-томному «Курсі радянського кримінального права» за редакцією А. Піонтковського II розділ 1-го тому<sup>1</sup> було присвячено проблемам еволюції радянського кримінального права і характеристикі особливостей його історичного розвитку. В 1978 р. побачила світ монографія «Кримінальне право. Історія юридичної науки», у якій<sup>2</sup> колектив авторів спробував відобразити «поступальний процес створення науки і розвитку основних питань теорії радянського кримінального права»<sup>2</sup>. На наш погляд, поставлене завдання було з успіхом виконане завдяки використанню в кримінально-правовому дослідженні історичного методу. В 1981 р. О. Шишов у роботі «Становлення і розвиток науки кримінального права в СРСР: Проблеми Загальної частини (1917–1936 рр.)» підкреслив, що «перспективи розвитку будь-якої науки немислимі без вивчення її історії, аналізу її досягнень і недоліків, без урахування накопиченого нею досвіду»<sup>3</sup>.

Отже, ми можемо зробити висновок про те, що, незважаючи на словесну декларацію відмови від наступності між «старим» і новим правом, історія радянського кримінального права показує, що наступність незмінно «пробивала» собі дорогу, закріплюючи те позитивне, що було накопичено роботою попередніх поколінь, і даючи можливість розвиватися новелам, що диктуються сучасною дійсністю. Як бачимо, висловлені О. Кістяківським у XIX ст. ідеї історичної наступності одержали своє підтвердження в процесі розвитку радянського кримінального права.

Що ж до сучасного пострадянського кримінального права, то, на думку М. Бажанова, «проблема наступності в праві належить до числа мало розроблених»<sup>4</sup>. «Що ж стосується науки кримінального права, — писав учений, — тут вона практично взагалі не зачіпалася, хоча в зв'язку з законопроектними роботами, що проводяться в Україні, набуває дуже важливого значення»<sup>5</sup>. І дійс-

<sup>1</sup> Див.: Курс советского уголовного права: В 6 т. / Ред. коллегия: А. А. Пионтковский и др. — Т. 1. — М., 1970. — С. 51–136.

<sup>2</sup> Уголовное право: История юридической науки / А. А. Пионтковский, С. Г. Келина и др. Отв. ред. В. Н. Кудрявцев. — М., 1978. — С. 5.

<sup>3</sup> Шишов О. Ф. Становление и развитие науки уголовного права в СССР: Проблемы Общей части (1917–1936 гг.): Учебное пособие. Вып. I / Науч. ред. В. А. Владимиров. — М., 1981. — С. 6.

<sup>4</sup> Бажанов М. И. К вопросу о преемственности в уголовном праве // Проблемы законности: Респ. межвед. науч. сб. Вып. 30. / Отв. ред. В. Я. Таций. — Х., 1995. — С. 114.

<sup>5</sup> Бажанов М. И. Вказ. праця.

но, розробка і прийняття нового Кримінального кодексу України 2001 р. потягли за собою порівняння положень попереднього і нового кримінального законодавства України, а відтак, знову викликали інтерес до проблеми наступності в кримінальному праві, яка, за В. Навроцьким, «потребує подальшої розробки і докладного визначення»<sup>1</sup>. Аналогічний інтерес до проблеми наступності можна відмітити і в науці кримінального права РФ, де висловлюється ідея про необхідність «поновлювати зв'язок часів»<sup>2</sup>.

З наведеного випливає висновок про те, що проблема наступності надзвичайно актуальна на сьогодні, і її дослідження, на наш погляд, повинно починатися з аналізу робіт О. Кістяківського, який стояв коло витоків розробки зазначеного питання і намітив перспективи його розвитку.

Як вже відзначалося, проблеми наступності в кримінальному праві покликаний пояснити історичний метод, оскільки аналіз історії розвитку теорії кримінального права допомагає розвивати і рухати вперед саму теорію, а відтак, удосконалювати законодавство і правозастосовну практику.

У сучасному кримінальному праві подібні погляди одержали відображення у підручнику «Кримінальне право України. Загальна частина» за редакцією професорів М. Бажанова, В. Сташиса, В. Тація, де серед основних методів науки кримінального права названо історичний, або генетичний, метод<sup>3</sup>. У «Курсі кримінального права» за редакцією Н. Кузнецової йдеться про значущість історико-порівняльного методу «для сприйняття минулого досвіду законодавства і правозастосування»<sup>4</sup>. Особливу увагу історико-правовому методу приділено в курсі лекцій з Загальної частини російського кримінального права А. Наумова<sup>5</sup> і «Курсі...» за редакцією В. Кудрявцева, А. Наумова<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> *Навроцький В. О.* Наступність кримінального законодавства України (порівняльний аналіз КК України 1960 та 2001 р.). — К., 2001. — С. 25.

<sup>2</sup> Уголовное право. Общая часть: Учебник для вузов / Отв. редакторы — проф. И. Я. Козаченко и проф. З. А. Незнамова. — М., 1999. — С. XI.

<sup>3</sup> Див.: *Кримінальне право України. Загальна частина* / За ред. професорів М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. — Київ-Харків, 2001. — С. 223.

<sup>4</sup> Курс уголовного права. Общая часть: Учебник для вузов / Под ред. проф. Н. Ф. Кузнецовой, доц. И. М. Тяжковой. — Т. 1. — М., 1999. — С. 10.

<sup>5</sup> Див.: *Наумов А. В.* Российское уголовное право. Общая часть: Курс лекций. 2-е изд., перераб. и доп. — М., 1999.

<sup>6</sup> Див.: *Курс российского уголовного права. Общая часть* / Под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. — М., 2001.

Останнім часом при роботі над дисертаційними дослідженнями на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук молодими вченими також активно використовується історичний метод. Так, наприклад, Ю. Пономаренко<sup>1</sup>, Ю. Гродецький<sup>2</sup> в своїх дослідженнях зверталися до історичного та історико-порівняльного методів.

Особлива увага використанню історичного методу в кримінальному праві приділена в дисертації на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук Ю. Битко на тему «Вчення про рецидив злочинів у російському кримінальному праві: історія і сучасність»<sup>3</sup>. В. Навроцький у дисертаційному дослідженні на здобуття вченого ступеня доктора юридичних наук «Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації» за допомогою історичного підходу показав «генезис проблеми кримінально-правової кваліфікації і пояснив необхідність її подальшого наукового дослідження»<sup>4</sup>. Як бачимо, у дисертаційних дослідженнях на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук також дуже актуальним є застосування історичного методу.

Отже, аналіз наведеного дає нам можливість зробити висновок про те, що послідовно відстоювані в наукових працях погляди основоположника ідей історичної наступності у вітчизняному кримінальному праві О. Кістяківського на використання в кримінально-правових дослідженнях історичного методу не втратили актуальності і сьогодні, одержавши відображення у сучасному кримінальному праві.

*Надійшла до редколегії 20.10.02*

<sup>1</sup> Див.: Пономаренко Ю. А. Зворотна дія кримінального закону в часі: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2002. — С. 3.

<sup>2</sup> Див.: Гродецький Ю. В. Добровільна відмова при співучасті: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2002. — С. 2—3.

<sup>3</sup> Див.: Битко Ю. И. Учение о рецидиве преступлений в российском уголовном праве: история и современность: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Н. Новгород, 1998. — С. 9.

<sup>4</sup> Навроцький В. О. Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Х., 2000 — С. 3.

О. Подільчак, аспірантка НЮА України

## Підсумки дослідження судової практики за кримінальними справами щодо злочинів, учинених жінками у 1997–2001 роках

Злочинності жінок притаманна низка особливостей, обумовлених специфікою їх соціальних ролей, способом життя, особистісними властивостями, характером вчинених ними злочинів, мотивами, якими вони керувалися, ставленням до скоєного тощо. З метою виявлення та більш глибокого вивчення цих особливостей нами було проведено узагальнення кримінальних справ за обвинуваченням жінок у вчиненні злочинів у період з 1997 по 2001 р. Узагальнення проводилось у трьох регіонах України: в м. Києві та Київській області, Харківській та Полтавській областях. Усього було досліджено 380 кримінальних справ за обвинуваченням 421 жінки у вчиненні злочинів.

Розглянуті кримінальні справи були порушені внаслідок вчинення жінками злочинів, кваліфікованих більш ніж за 50 різними статтями КК України. Для зручності сприйняття інформації нами було проведено групування злочинів за главами чинного на той час кримінального законодавства. Так, злочини проти держави становили: у Київському регіоні — 6,8% від загальної сукупності вивчених злочинів, Харківському — 0,55%, Полтавському — 0,69%. Така значна розбіжність у структурі злочинності в цих регіонах пояснюється особливим положенням Києва як сучасного мегаполіса. В Києві існує більше можливостей як для виготовлення підроблених грошей — це сучасна комп'ютерна техніка, сканери та кольорові принтери, так і для збуту таких грошей невідомим особам з наступним розчиненням їх у багатомільйонній юрбі.

Злочини проти життя, здоров'я, волі та гідності особи становили відповідно: 23 (11,21%) — у Київському регіоні, 22 (12,22%) — Харківському та 18 (12,41%) — Полтавському. Якщо раніше, наприклад, в 1976 р. кількість злочинниць, притягнутих до відповідальності за злочини проти життя, здоров'я, волі та гідності особи становила менше 1%<sup>1</sup>, а вже в період з 1997 по 2001 рік

<sup>1</sup> Див.: *Берекашвили Л. Ш., Кириллова И. А.* Криминологическая характеристика лиц, совершивших преступления. — М., 1976. — С. 10.

питома вага таких злочинів серед жінок у дослідженій вибірковій сукупності по трьох регіонах складала у середньому 11,95 %.

Злочинів проти державної та колективної власності було вчинено: у Київському регіоні — 14 (6,39%), Харківському — 12 (6,66%), Полтавському — 17 (11,72%). Злочини проти індивідуальної власності за матеріалами проаналізованих нами кримінальних справ склали: у Києві та Київській області — 49 (22,37%), Харкові та Харківській області — 48 (26,66%), Полтавському регіоні — 33 (22,75%).

Господарських злочинів серед дослідженої сукупності було зареєстровано: 29 (13,24%) — у Київському регіоні, 40 (22,22%) — Харківському та 25 (17,24%) — Полтавському. Слід зауважити, що у Харківському регіоні за даними проведеного вибіркового спостереження ця група злочинів посідає перше місце за поширеністю, а у Київському та Полтавському — третє. Найпоширеніші злочини у цій групі — обман покупців (ст. 155 КК 1960 р.) та ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів (ст. 148<sup>2</sup> КК 1960 р.).

Посадові злочини становили 25 (11,41%) злочинів у Київському регіоні, 14 (7,78%) — Харківському та 12 (8,26%) — Полтавському. З цієї групи найпоширеніший злочин — службовий підлог (ст. 172 КК 1960 р.).

Питома вага злочинів проти правосуддя та злочинів проти порядку управління дорівнювала 2,28% та 3,65% у Київському регіоні, 1,11% та 7,78% — Харківському, 1,38% та 1,38% — Полтавському.

Злочини проти громадської безпеки, громадського порядку та народного здоров'я становили одну з найбільших часток жіночої злочинності. Так, в Києві та Київській області питома вага таких злочинів — 23,28%; Харківській області — лише 15,03 %, Полтавській області — 24,15%. Цікаво, що питома вага злочинів жінок, засуджених за хуліганство, змінюється дуже повільно. За даними, оприлюдненими у 1976 р., 6,7% злочинів, учинених жінками, становило хуліганство<sup>1</sup>. За матеріалами нашого дослідження у Київському регіоні злочини жінок, засуджених за хуліганство, становлять 5,48% загальної сукупності злочинів, у Харківському — 5%, у Полтавському — 4,83% злочинів. Значне зростання питомої ваги злочинів проти громадської безпеки,

<sup>1</sup> Див.: *Берекашвили Л. Ш., Кириллова И. А.* Вказ. праця. — С. 8.

громадського порядку та народного здоров'я відбувається внаслідок залучення жінок до незаконного обігу наркотичних речовин. У 1998 р. злочинниці цієї категорії становили вже 20,6%<sup>1</sup>. За матеріалами проведеного нами дослідження найбільшу частину цієї групи злочинів складають злочини, пов'язані з незаконним обігом наркотичних речовин та прекурсорів. Тенденція загальної фемінізації торгівлі наркотичними речовинами та їх споживання спостерігається не тільки в Україні, а й у багатьох інших державах колишнього СРСР.

Вживання алкоголю та інших наркотичних речовин є давно відомим негативним фоновим явищем для вчинення багатьох злочинів. У стані алкогольного сп'яніння вчинили злочин 28,91% жінок у Київському регіоні, 27,54% — Харківському та 45,29% — Полтавському. Сталу алкогольну чи наркотичну залежність, за висновками експертизи, мають відповідно: 8,43%, 9,42% та 14,54% жінок. Не виявлено зловживання алкоголем у 62,65% жінок Київського регіону, 63,04% — Харківського, 40,17% — Полтавського.

Місцем вчинення злочинів жінками найчастіше є громадські місця: ринки, вокзали, вулиці, міський транспорт тощо. У Київському регіоні, за матеріалами досліджених кримінальних справ, у громадських місцях вчинено 99 злочинів (45,20%), Харківському — 87 (48,33%), Полтавському — 58 (40%) злочинів. У квартирах, приватних будинках зафіксовано приблизно від 16 до 27% злочинів, учинених жінками. Також значна кількість злочинів учиняється за місцем роботи. Це 27,39% (60 злочинів) у Київському регіоні, 34,45% (62 злочини) — Харківському та 28,96% (42 злочини) — Полтавському. Відповідно в інших місцях (покинуті будівлі, підвали, яри тощо) вчинено 2,30% злочинів у Київському регіоні, 1,11% — Харківському та 4,14% — Полтавському.

Значний інтерес становить кримінологічна характеристика особи жінок, що вчинили злочини. Найчастіше злочини вчиняють жінки віком 25–39 років. Їх питома вага становить 48,79% у Київському регіоні, 47,1% — Харківському та 41,89 — Полтавському. Жінки віком 18–24 роки вчиняють 21,08%, 21,01 та 22,22% злочинів відповідно. Неповнолітні жінки вчиняють злочини відповідно у 9,63%, 7,97 та 5,98% випадків. Слід зауважи-

<sup>1</sup> Див.: Стрюк М. В. Кримінологічна характеристика жіночої злочинності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2001. — С. 11.

ти, що частка неповнолітніх злочинниць значно збільшується у великих містах, а саме Києві та Харкові. Жінки старші 40 років учиняють злочини у 20–29 % випадків. Питома вага злочинниць такого віку залишається майже незмінною протягом останніх десятиліть. Це пов'язано з тим, що характерологічні особливості, спосіб життя жінок такого віку відзначаються стабільністю; певною мірою обумовлюються попереднім життєвим досвідом, мотивація поведінки жінок такого віку менше залежить від зовнішніх суспільних коливань. В той же час збільшення частки неповнолітніх злочинниць та злочинниць віком до 25 років у таких мегаполісах, як Київ та Харків, пояснюється міграцією молодого населення країни до великих міст.

Освітній рівень сучасних злочинниць за останні десятиліття значно підвищився, та все ж залишається нижчим за загальний освітній рівень жінок в Україні. За даними нашого дослідження, 10,24% жінок, що вчинили злочин у Київському регіоні, мають вищу або неповну вищу освіту, 20,48% — середню спеціальну, 52,4% — середню та 16% неповну середню освіту. Жінки, що вчинили злочин у Харківському регіоні, мають такий освітній рівень: 13,79% — вищу або неповну вищу освіту, 30,43% середню спеціальну освіту, 42,75% — середню та 13,04% — неповну середню освіту. В Полтавському регіоні вищу та неповну вищу освіту серед засуджених жінок мають 9,4%, середню спеціальну — 19,66%, середню — 50,42%, неповну середню — 20,52% жінок. Втім, такий освітній рівень злочинниць значно відрізняється від загального освітнього рівня жіночої частини населення України, де 63% жінок мають вищу освіту<sup>1</sup>.

Серед жінок, які вчинили злочин, у шлюбних стосунках перебувало: у Київському регіоні — 35,54%, Харківському — 38,41%, у Полтавському — 43,59%. Спостерігається послаблення впливу сімейних зв'язків як у суспільстві в цілому, так і серед злочинниць зокрема. Так, відповідно незаміжніми, розлученими та вдовами на момент вчинення злочину були: у Київському регіоні — 64,46%, Харківському — 61,59%, Полтавському — 56,41%. При цьому мали одну дитину 35,54% та 19,27% двоє і більше дітей у Київському регіоні, відповідно одну дитину — 37,77% та двоє і

<sup>1</sup> Див.: Жінки на ринку праці України в період реформування економіки / Руднева О. М., Пищуліна О. М., Дашковська О. Р., Кочеміровська О. О. — Х., 1999. — С. 23.

більше — 15,94% жінок, які вчинили злочин у Харківському регіоні та 42,74% і 17,95% жінок Полтавського регіону. Виростити дитину в сучасних складних економічних умовах не просто й у повній сім'ї. Жінкам, які виховують дітей самі, надзвичайно важко. Багато жінок, які вчинили господарські та посадові злочини, серед причин вчинення конкретного злочину називають важкий матеріальних стан та необхідність утримувати сім'ю. Материнство, як один з найсильніших людських інстинктів взагалі у деяких випадках здатне спонукати жінок до здобуття відповідних матеріальних цінностей та забезпечення дитини будь-яким, в тому числі й кримінальним, шляхом. Так, серед жінок, які вчинили корисливо-насильницькі злочини, з дослідженої сукупності три були вагітними, дві перебували у декретній відпустці.

Зростає частка безробітних серед жінок, які вчиняють злочини. За матеріалами кримінальних справ, в обстежених регіонах на момент вчинення злочину не працювали і не навчалися 50–55% жінок. Рівень безробіття серед жінок, які вчинили злочини, значно вищий за відповідний рівень в Україні. За даними Державного комітету статистики України, середній рівень зареєстрованого безробіття відносно загальної чисельності працездатного населення працездатного віку на 1 вересня 2001 р. становив 3,7%. У той же час, за результатами щоквартальних вибіркового обстежень населення з питань економічної активності за методологією Міжнародної Організації Праці, рівень безробіття в Україні становить 11,4%, проте реальне безробіття з урахуванням прихованого (вимушені відпустки без збереження заробітної плати з ініціативи адміністрації або робота протягом неповного робочого дня (тижня) та ін.) дорівнює 26–32% офіційно зайнятої в економіці робочої сили<sup>1</sup>. Такий загрозливий рівень безробіття значно погіршує криміногенну ситуацію в державі.

Службовцями серед жінок, які вчинили злочин, були 18,07% у Києві та Київській області, 18,84% — Харкові та Харківській області, 11,97% — Полтаві та Полтавській області. Робітниці становили: 16,86% у Київському регіоні, 19,57% — Харківському регіоні та 20,51% — Полтавському. Навчалися відповідно:

<sup>1</sup> Див.: Постанова Верховної Ради України від 15 листопада 2001 р. № 2809 — III «Про інформацію Кабінету Міністрів України про стан зайнятості та безробіття на ринку праці в Україні» // Людина і праця. — 2001. — № 10, грудень. — С. 21.



8,43%, 7,25% та 4,27% жінок. Серед жінок, які вчинили злочини, на пенсійному забезпеченні за віком перебували: 2,40% жительок Києва та Київської області, 3,62% — Харкова та Харківської області, 9,40% — Полтави та Полтавської області.

За матеріалами дослідження, позитивно характеризувалися 28,91% жінок, притягнутих до кримінальної відповідальності судами Києва та Київської області, 34,78% жінок, притягнутих до кримінальної відповідальності судами Харкова та Харківської області та 43,01% таких жінок Полтави та Полтавської області. Негативну характеристику мали відповідно: 11,45%, 7,25% та 9,4%. Та дослідженим кримінальним справам найбільш притаманна відсутність докладної характеристики про особу підсудної. Серед проаналізованих матеріалів таке траплялося в 50–60% випадків.

Однією з найважливіших цілей дослідження було встановлення мотивів злочинів, учинених жінками. На жаль, правоохоронні та судові органи, як правило, приділяють увагу мотиву вчинення злочину жінкою лише у випадках, коли мотив виступає як кваліфікуюча ознака чи обтяжуюча вину обставина. Корисливий мотив за матеріалами справи встановлено у 21,46% злочинів, учинених жінками у Київському регіоні, 23,89% — Харківському та 14,48% — Полтавському. Неприязні особисті стосунки як мотив вчинення злочину встановлено відповідно у 2,74%, 3,89% та 3,45% справ. Хуліганські спонування відзначено у 2,74%, 5% та 6,89% злочинів. Ревнощі виступають як мотив вчинення злочину у 1,37% злочинів, учинених жінками у Київському регіоні, 3,45% — Полтавському. Помста є мотивом вчинення злочинів у 1,83% злочинів, учинених жінками у Київському регіоні.

За матеріалами обстежених кримінальних справ можна зробити такі висновки. Жіноча злочинність на сучасному етапі відрізняється значною часткою корисливої злочинності, зростанням частки насильницько-корисливої злочинності та злочинів, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних речовин. Такі негативні тенденції жіночої злочинності потребують значної уваги з боку держави та громадськості. Для побудови здорового суспільства та розвитку демократичної держави необхідно докласти якнайбільше зусиль для подолання недоліків у соціально-економічному становищі жінки. Необхідні розроблення

нових та реальне втілення існуючих державних програм з допомоги жінкам, які виховують дітей, більш дійового захисту жінок на ринку праці, створення умов і можливостей одержання більш високого рівня освіти молодим жінкам та жінкам з неповнолітніми дітьми, розроблення заходів щодо поліпшення становища людей пенсійного віку. Означені напрямки державної соціальної політики та діяльності неурядових громадських організацій безумовно сприятимуть розвитку країни, а також попередженню жіночої злочинності зокрема.

*Надійшла до редколегії 12.06.02*

## Прогрес і еволюції антропології права

Наслідуючи професора М. Ковалевського, який вбачав істотну різницю між «прогресом» і «еволюцією» і навіть пропонував відмовитися від першого терміна, оскільки суспільства не стільки прогресують, скільки еволюціонують, видається, саме такою може бути найбільш відповідна назва рецензії на підручник відомого вченого, професора А. Ковлера «Антропологія права»\*. Шеститисячний тираж для такої нагальної проблематики на понад мільйонну аудиторію прагнучих ознайомитися з досягненнями юридичної антропології інакше як нехтуванням інтересами читача не назвеш. Результат не забарився: вже через кілька місяців робота стала бібліографічною рідкістю і лише активізувала діяльність майстрів «чорного ринку». Піднята ними вартість підручника порядком у двадцять-тридцять доларів для вчених Східної Європи виявилася не по кишені.

Цей приклад, на відміну від появи надзвичайно цікавого дослідження, також не можна віднести до явища «прогресу». Ті ж, кому вдалося придбати цю рецензовану працю, публікація якої, без сумніву, стала подією в науковому світі, мають можливість насолоджуватись ознайомленням з досить оригінальним, глибоким і логічно послідовним викладом основних проблем антропології права. Роботу можна вважати другим за значенням, після публікації відомого французького дослідника антропології права Норбера Рулана (*L'anthropologie juridique*. — Р., 1980), фундаментальним аналізом цієї юридичної сфери.

Попри можливості підручника, автору вдалося охопити основні питання предмета антропології права в їх динаміці, розвитку, починаючи з системи архаїчного права (яке він відносить до первинного — с. 104—138), простежити їх еволюцію на додержавних етапах публічної влади, розкрити особливості становлення «правової людини» на етапі вождства, ранньої та зрілої держави, і логічно завершити дослідження аналізом особливо-

---

\* Ковлер А. И. Антропология права. — М.: Норма, 2002.

стей сучасної антропології права в її міжнародно-правових і національно-правових вимірах (с. 375–462).

Обов'язковою вимогою для публікації підручників є визначення відповідної дисципліни. Досить часто автори запозичують його у своїх попередників без достатнього критичного осмислення або ж вдаються до такого новаторства, що визначення дисципліни і зміст підручника не мають точок зіткнення. Цього не скажеш про визначення юридичної антропології, яке пропонує А. Ковлер. Його перевага — в чіткому встановленні основних особливостей і меж розвитку предмета: «Юридична антропологія» (або антропологія права) — це наукова і навчальна дисципліна, яка шляхом аналізу усних або письмових пам'яток права, практики суспільного життя досліджує процеси юридизації людського буття, властиві кожному історичному типу цивілізації, і прагне з'ясувати закономірності, які лежать в основі соціального і правового побуту людських спільнот» (с. 23). Для початкового засвоєння студентами сутності предмета вчений дає більш лаконічне визначення: «Юридична антропологія вивчає правове буття людини на всіх стадіях розвитку цього буття, від архаїчних до сучасних» (с. 23).

Досягненням автора є те, що він зумів розкрити проблему не тільки в її «вертикальному», генетичному розвитку, а охопив «горизонтальні», структурні різновиди через показ (знову ж таки у «вертикально-генетичному» розрізі) філософсько-етичної домінанти «людини юридичної» в індуському праві, конфуціанстві й шаріаті. Їх А. Ковлер образно називає «трима найбільшими традиційними правовими сім'ями, об які, як морська хвиля об скелю, до недавнього часу розбивалися зовнішні впливи» (с. 245). Поряд із цими «непрístupними» правовими системами сучасних цивілізацій дослідник розкриває особливості трансформації і таких традиційних правових сукупностей, які виявились вразливими щодо впливу з боку інших, перш за все європейської культурно-правової системи: права народів Африки, Сибіру, Кавказу.

Заслугове на увагу порушена А. Ковлером тема аккультурації права, тобто трансформації правових систем і сукупностей від взаємодії і взаємовпливу. Особливо автор виділяє правову колонізацію з її досить широкими засобами примусу. На достатньо багатих і різноманітних прикладах правової аккульту-

турації в зазначених регіонах він чи не вперше в юридичних дослідженнях виводить позитивні і негативні наслідки для людини як об'єкта правової аккультурації.

Особливий інтерес викликають погляди автора на антропологію позитивного європейського права, яке, і це навряд чи хтось заперечуватиме, є домінуючим на сьогодні в середовищі культурно-правових систем. Розкриваючи переваги європейського позитивно-правового шляху розвитку *homo juridicus*, починаючи з античності і завершуючи правовими цінностями кінця ХХ ст. (Європейська конвенція з прав людини, 1950 р., Європейський суд з прав людини, інститути омбудсменів у Швеції, Фінляндії, Норвегії, Польщі, Угорщині, Росії та інших країнах, досягнення європейських національно-правових систем у галузі прав людини тощо), автор не впадає в хворобу європоцентризму. Він досить обґрунтовано показує переваги і недоліки розвитку європейської моделі «людини юридичної», починаючи з її становлення в античний період.

Переваги античного права — становлення повноправного громадянина, визнання недоторканним права власності, верховенства закону, піднесення вільної людини до вершин громадянського стану, кодифікація права та ін. Недоліки — проблема домашньої тиранії, класифікація громадян за майновою ознакою, відсутність рівності всіх перед законом та ін.

Переваги середньовічного права — трансформація цивільно-правового стрижня античності в канонічне право, введення моногамного шлюбу серед усіх європейських народів, прийняття Великої хартії вольностей 1215 р., введення міського права та ін. Недоліки — міжнародно-правове закріплення нетерпимості до інаквовіруючих, започаткування нічим не стримуваного правотворення, введення станово-цехової домінантності як основної у визначенні статусу людини та ін.

Переваги права від епохи Просвітництва — звільнення від середньовічної схоластики, секуляризація юридичного права, обґрунтування права моральними засадами, знищення нерівноправних статусів людини, кодифікація і вдосконалення прав людини та ін. Недоліки — зведення міжнародного права до європоцентристського тлумачення, зарегульованість поведінки людини, переоцінка ролі держави в правотворенні і правозастосуванні та ін. (с. 274–315).

Будучи активним прихильником визнання міжнародно-правової суб'єктності індивіда, рецензент не може не звернути увагу на доволі оригінальні аргументи автора підручника на користь цієї концепції. Не можна не погодитися з його висновком про бідність аргументів супротивників міжнародної правосуб'єктності індивіда, які в основному точаться навколо питання «відділяти чи ні міжнародні стандарти від статусу особи, передбаченого внутрішнім правом» (с. 387). На сьогодні лише завдяки своїм зверненням до міжнародних установ (у тому числі судових) індивіди досить істотно впливають на зміну міжнародно-правової позиції навіть держав.

Від себе додамо, що цей нігілізм є прямим наслідком перебільшення ролі держави в праві і нехтуванням її щодо людини. А. Ковлер досить переконливо доводить, що правове буття людини формується не лише державою. Людина жила в правовому середовищі до появи держави і житиме в ньому після трансформації держав в інші більш досконалі політичні структури управління суспільством. Висновок автора не розходиться с марксистським тлумаченням цієї проблеми. Інша річ, що марксистсько-ортодокси нав'язали своє бачення марксизму, з яким дослідник хоча прямо і не дискутує, але істотно розходиться у власних доводах.

Слід, правда, зазначити, що визначення автора менш різкі і однозначні, порівняно з тими, які ми використовуємо в рецензії. Йому більш властиві м'які, доброзичливі, компромісні висловлювання навіть у тих випадках, де ситуація заслуговує на різкіше судження. Винятком хіба що є розкриття ситуації з розвитком юридичної антропології в Росії, з чого видно, що становище, яке склалося в Росії, дуже тривожить автора. «Слід би виділити, — пише він, — цей сюжет в окрему тему, але автор принципово не бажає цього робити, оскільки вважає, що юридична антропологія в Росії, як і у випадку з соціологією, кібернетикою, генетикою та іншими «продажними дівками імперіалізму», — просто докорінно забуте старе, а тому і розглядати цей предмет належить в руслі світової тенденції, а не окремо від неї» (с. 81).

Важко погодитися з А. Ковлером, що юридична антропологія в республіках, що виникли на терені колишнього Радянського Союзу — сьогодні це докорінно забуте старе. Таке визначення дещо заспокоює дослідників антропології права. А слід

прямо підкреслити, що ні в Росії, ні в Україні, ні в інших колишніх республіках СРСР антропология права не лише не визнавалася, не розвивалася, а була напрямом, з яким всіляко боролися в юридичній науці. Коли рецензент вивчав соціологію в Київському університеті, а саме в ній тоді було відведено місце антропологии, то на іспит ставилося лише одне питання: «Антропология права як буржуазно-фашистський напрям тлумачення сутності права». Сам викладач, не маючи змоги прочитати бодай що-небудь з цього питання, чомусь пов'язував антропологию права з італійським вченим Чезаре Ломброзо і розмірами кісток черепа людини.

Ми не могли забути старе, бо в нас не було взагалі такого напрямку, як антропология права. Автор підручника присвячує його студентам, аспірантам и викладачам вузів. Можливо, його слід було окремо присвятити і вченим, які досліджують право. І не тому, що їм стало соромно за думки, які поширювали на право раніше. Хоча і сором має свої відтінки. А. Ковлер, зокрема, цитує з цього приводу сучасного вченого світового рівня Ж. Відаля в такому контексті «Ось уже багато тижнів, навіть багато місяців, я «висушую» себе питанням, зовні невинним: «Що таке право?». Цей мій стан, що сам по собі не робить мені честі, поглиблюється почуттям сорому. Я прослухав свою першу лекцію з права шістдесят років тому; п'ятдесят років тому я сам почав читати з кафедри лекції права; не переставав професійно працювати як юрист, будучи почергово чи одночасно адвокатом, професором права, автором книг, радником і навіть суддею. І ось я перебуваю в нерішучості, як студент першого курсу, який здає незаповненим іспитовий лист, тому що йому не вдалося нашкребти для відповіді навіть декілька крихт» (с. 2).

Праця А. Ковлера є цінним досягненням науковця і непересічною підмогою для досліджень інших учених. У ній досить чітко визначаються особливості, межі і можливості антропологии права. Не секрет, що сьогодні, коли знято «табу» на антропологию, до антропологів права відносять і філософів, і соціологів, і істориків, і археологів — будь-кого, хто хоч раз вжив слово «антропология».

Слід прямо визнати, що в Україні такої галузі правознавства, як юридична антропология, на жаль, не існує. Для того, щоб включити її як предмет до вузівського навчального плану, не-

обхідні неабиякий героїзм, наполегливість і винахідливість ентузіастів. Отож, глибока вдячність і шанування талановитому російському вченому за те, що він фактично перший здійснив прорив у комплексному дослідженні цієї важливої, складної правової проблеми. І навіть якщо вузівські чиновники і надалі викидатимуть юридичну антропологію з навчальних планів, а академічні ортодокси — з планів науково-дослідницьких робіт, зерна, посіяні А. Ковлером, дадуть свої паростки. Студенти України — допитливий народ і знайдуть свій шлях в антропологію права. В Росії це питання давно зрушено з мертвої точки і в 10 вузах антропологія права читається як навчальна дисципліна.

На завершення зазначимо, що підручник написаний живою, соковитою, іскристою мовою, багато насиченою епітетами і порівняннями. Вчений дав блискучий приклад того, як багато важить, коли талановите дослідження пропонується читачеві не менш талановитими мовними засобами. І якщо говорити про зародження нової галузі правознавства, то справедливим буде визнати, що вагомий внесок у цей процес зробив А. Ковлер. Не стану заперечувати, якщо хтось визначить його і як основоположний.

*В. Буткевич*, доктор юридичних наук, професор

## **Перше фундаментальне дослідження в галузі податкового права**

Податки органічно притаманні ринковій економіці і складають її невід'ємний елемент. Ринкові відносини існують у сфері виробництва і обігу, сфері трудових правовідносин, фінансово-бюджетній сфері. В цих відносинах беруть участь різні суб'єкти. Але є суб'єкт, який неодмінно присутній у будь-якому сучасному суспільстві — це держава. Держава завжди вимагала матеріального забезпечення свого існування. Жодне рішення держави на будь-якому рівні не можна втілити в життя без витрати певної суми коштів. Тому для виконання своїх завдань держава повинна мати в своєму розпорядженні матеріальні засоби, здобування і витрата яких є одним із головних її завдань. За часи свого існування СРСР шляхом належної йому публічної влади покладав на юридичних осіб (оскільки державна фор-



ма власності була домінуючою) — державні підприємства і організації — наповнення бюджету держави, а суми, яких бракує, стягувалися у формі державного кредиту, що по суті був додатковим податком з населення. Податки з населення в останні роки існування СРСР не були великим тягарем, оскільки держава встановлювала ціни з розрахунку можливості придбання товару радянськими трудящими, які мали мінімальні доходи.

Ні в правовій, ні в економічній літературі проблемам податків та податкової системи не приділялося достатньої уваги. Монографія С. Ципкіна «Доходи державного бюджету СРСР. Правові питання», яка стала основою його докторської дисертації, була практично єдиним серйозним дослідженням за роки радянської влади.

Після розпаду та утворення на теренах колишнього СРСР суверенних держав у кожній з них прийнято своє податкове законодавство і з'явилося безліч фахівців, що спеціалізуються в галузі податкового права. Щоправда, не тільки податкового, а й фінансового в цілому і в галузі банківського права. Тепер майже кожен науковець вважає себе фахівцем-фінансистом, а особливо фахівцем у галузі податкового права. Виявляється, що податкові відносини регулюються «особливим методом владних приписів», а бюджетним, як вважають деякі автори, властивий метод диспозитивний, тобто кожний, хто хоче заробити гроші, тепер пише книжки, особливо підручники і навчальні посібники з фінансового і податкового права, а деякі видавництва їх видають, бо вони мають попит — українська економіка переходить до ринкових відносин. Студентам такі видання потрібні, але ж їм треба давати знання, а не «фантастику».

Ось чому так приємно тримати в руках і читати справжнє наукове дослідження фахівця — юриста-фінансиста.

Автор рецензованого фундаментального дослідження\* вперше розглянув питання щодо податків з часу їх виникнення до сучасного податкового законодавства України. Однак книга «Генеза податкового регулювання» — це не просто історичне дослідження, бо автор розглядає виключно податки і збори, зміст податкових систем у різні історичні періоди і в різних країнах, не вдаючись до аналізу економічних, соціальних і право-

\* Кучерявенко Н. П. Курс налогового права. — Харьков: Легас, 2002. — Т. I. — Ч. 1. — 665 с.; Т. II. — Ч. 2. — 791 с.

вих передумов, залишаючи тим самим можливість проведення інших досліджень.

Фінансова наука і література почали розвиватися з XV ст., особливо в Італії, але податки існують із часів Стародавнього Світу. Саме так і розглядає їх М. Кучерявенко. Автор рецензованого видання ретельно вивчив та увів у науковий обіг праці до-революційних юристів-фінансистів, які відсутні у центральних наукових бібліотеках, а знаходяться у приватних та ще — у відділі рідкісної книги Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого і тому вони недоступні читацькому загалу.

В першій частині першого тому Курсу податкового права М. Кучерявенко висвітлив проблему зародження податкових платежів у державах Стародавнього Світу (Шумерська держава, Палестина, Урарту, Ассирія, Вавилон, Єгипет, Стародавній Китай, Греція та ін.). Причому автор розглянув не тільки податки та їх особливості у різних стародавніх державах, а й статус органів, які управляли стягненням податків і контролювали їх.

Цікавими є і розділи курсу, присвячені розвитку оподаткування в середні віки і період становлення буржуазного ладу.

Особливо слід виділити розділ про розвиток оподаткування Давньої Русі, Російської імперії та Радянського Союзу, бо це і наша українська історія розвитку податкової системи, оскільки Україна входила до складу Російської імперії та СРСР.

З огляду на те, що роботи С. Вітте, Г. Болдирева, А. Нюрнберга є маловідомими, читачі рецензованого курсу можуть ознайомитися з порядком обкладання прибутковим податком на території Російської імперії, повноваженнями міністерства фінансів та місцевих органів у галузі податків, загальною характеристикою непрямого оподаткування в Росії напередодні жовтневих подій.

У частині другій першої книги курсу автор досліджує проблему реформування податків у період радянської влади за етапами розвитку держави. Детально розглянуто порядок оподаткування як фізичних, так і юридичних осіб.

Розділ восьмий першого тому присвячено формуванню податкової системи суверенної України. Безумовно, в першій, історичній частині багатотомного видання неможливо висвітлити теорію податкового права в Україні. Цьому в майбутньому має бути присвячено окремий том фундаментальної праці.

Видання «Курсу податкового права» в кількох томах — поки що безпрецедентний випадок. Цікавим цей курс буде не тільки для студентів юристів і економістів або викладачів. Зараз ця книга дуже потрібна народним депутатам України, які працюють над проектом Податкового кодексу України. З нею можуть ознайомитися податківці і платники податків, щоб мати уявлення про те, як зароджувалися, розвивалися податкові системи, яка з них може задовольнити потреби України. Тому автору рецензованого курсу слід побажати творчої наснаги для завершення запланованої праці.

*Л. Воронова*, доктор юридичних наук, професор,  
академік АПрН України

## Міжнародна науково-практична конференція «Теорія та практика судової експертизи і криміналістики»

19–20 червня 2002 р. в м. Харкові відбулася міжнародна науково-практична конференція «Теорія та практика судової експертизи і криміналістики», організована Міністерством юстиції України на базі Харківського науково-дослідного інституту судових експертиз ім. Засл. проф. М. С. Бокаріуса і кафедри криміналістики Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, за участю Академії правових наук України, Київського, Одеського, Донецького, Львівського, Кримського науково-дослідних інститутів судових експертиз, представників судово-експертних, навчальних та інших установ і організацій Азербайджану, Вірменії, Казахстану, Литви, Російської Федерації, Сполучених Штатів Америки та України.

У підготовці доповідей і повідомлень на конференції взяли участь понад 250 осіб — наукових і науково-педагогічних працівників, судових експертів різних спеціальностей, представників правоохоронних органів, судової системи.

На конференції були розглянуті питання сучасного стану судової експертизи і криміналістики, перспективи їх розвитку, нові підходи в науці і практичній діяльності, традиційні і нетрадиційні погляди на дискусійні проблеми теорії криміналістики і судової експертизи.

Доповідачі акцентували на важливості розвитку теорії і методології судової експертизи і криміналістики, розглянули основні проблеми нормативно-правового регулювання судово-експертної діяльності, організаційні питання судової експертизи: Основною метою наукових досліджень залишаються вдосконалення існуючих і розробка нових методик експертних досліджень, підвищення їх ефективності і в кінцевому результаті доказової значущості висновку експерта.

При розгляді результатів роботи було висловлено низку пропозицій.

Учасниками конференції відзначені основні досягнення, поставлені проблеми і запропоновані форми вдосконалення робіт для проведення основних видів судових експертиз:

– у галузі судової почеркознавчої експертизи — особливості дослідження коротких рукописних записів, виконаних у незвичних умовах; записів і підписів у факс-копіях документів, електрофотографічних копіях документів; можливості диференціації «автопідроблених» підписів і підписів, виконаних шляхом наслідування справжнім; особливості діагностичних досліджень підписів з ознаками порушення координації руху їх виконавців; можливість застосування експертних систем; дослідження змінених почерків;

– у галузі судової експертизи писемного мовлення — проблеми діагностування статі автора анонімного тексту документа; встановлення факту виконання рукопису під диктовку або шляхом переписування; вирішення нетрадиційних завдань при дослідженні писемного мовлення;

– у галузі судової технічної експертизи документів — розробка ефективної методики встановлення абсолютної давності виготовлення документів, удосконалення методик дослідження документів, виконаних с використанням комп'ютерної та копіювальної техніки;

– у галузі судової трасологічної експертизи — розробка науково обґрунтованих методик вирішення питань щодо встановлення фактів фальсифікацій і строків давності утворення слідів рук людини; вирішення ситуаційних і діагностичних завдань при криміналістичному дослідженні вузлів і петель; удосконалення методики криміналістичного дослідження холодної зброї;

– у галузі судової балістичної експертизи — дослідження нових видів зброї, визначення дистанції пострілу, моделі вогнепальної зброї за пошкодженнями;

– у галузі судової фоноскопичної і комп'ютерно-технічної експертизи — подальший розвиток досліджень за такими напрямками: вивчення можливості проведення ідентифікаційних досліджень фонограм, записаних цифровим способом; встановлення ознак електронного монтажу цифрових записів; лінгвістичний аналіз; розробка методик встановлення ознак контрафактної аудіо- і відеопродукції;

— у галузі судової експертизи матеріалів, речовин і виробів — удосконалення існуючих і розробка нових методів, методик дослідження з використанням сучасної інструментальної бази; необхідність приведення нормативних документів України про наркотичні засоби у відповідність до міжнародних класифікацій; забезпечення досліджень стандартними зразками матеріалів та речовин, особливо наркотичних засобів;

— у галузі судової автотехнічної експертизи — активне впровадження в експертну практику програмних комплексів вирішення її завдань; розробка методики визначення швидкості руху транспортних засобів при їх зіткненні за пошкодженнями; розробка параметрів гальмування транспортних засобів з урахуванням стану автомобільного парку;

— у галузі судової пожежно-технічної експертизи — широке використання інструментальних методів дослідження із застосуванням устаткування, розробленого на основі передових технологій;

— у галузі судової будівельно-технічної експертизи — розробка методики дослідження об'єктів нерухомості містобудівної і житлової сфер, визначення порядку огляду експертом житлових будинків, дач, квартир, земельних ділянок, що є предметом спору в цивільному судочинстві;

— у галузі судової гірничотехнічної експертизи — розробка її теоретичних та методологічних основ;

— у галузі судово-економічної експертизи — з урахуванням зростання економічних злочинів удосконалення методик проведення цього виду досліджень;

— у галузі судово-товарознавчої експертизи — врегулювання проблем, що виникли у зв'язку з прийняттям Закону України «Про оцінку майна, майнових прав і професійну оціночну діяльність в Україні»;

— у галузі судово-психологічної експертизи — продовження розроблення її методології, розробка теорії та практики психолого-криміналістичних досліджень, методик дослідження причин і умов виникнення виняткових емоційних станів людини в юридично значущих ситуаціях; вирішення питань щодо професійних вимог, що ставляться до експертів-психологів;

— у галузі судово-медичної експертизи — встановлення ймовірності висновків експертів при судово-медичній діагностиці

причини смерті, вдосконалення методики проведення експертизи травматичних ушкоджень від дії тупих знарядь, розроблення способів діагностики смерті від отруєння алкоголем, даних про вплив антигенів на виявлення антигенної детермінанти крові;

при організації комплексних експертиз — створення сучасних методичних посібників з проведення комплексних досліджень, зокрема, слідів на тілі та предметах одягу людини, які включають синтез наукових положень і методів судових медичної, трасологічної експертиз, експертизи матеріалів, речовин і виробів та ін., що доцільно розробляти спільними зусиллями учених судово-експертних установ різних відомств.

Учасники конференції одностайно висловилися за розвиток міжнародного співробітництва судово-експертних установ різних відомств шляхом укладання угод. Таке співробітництво може здійснюватися в таких формах:

— обмін інформацією щодо результатів наукової роботи з теоретичних і методичних проблем проведення судових експертиз;

— проведення спільних конференцій, семінарів, організація курсів для освоєння нових методів і методик судових експертиз;

— обмін методичною і науковою літературою;

— взаємне стажування спеціалістів;

— укладання контрактів на розробку і створення устаткування і програмного забезпечення.

З урахуванням обговорення проблем, розглянутих на міжнародній науково-практичній конференції «Теорія та практика судової експертизи і криміналістики», з метою подальшого вдосконалення організаційної, науково-методичної, науково-технічної, експертної роботи учасниками конференції прийнято такі рекомендації.

1. Науково-дослідним інститутам судових експертиз надати Департаменту експертного забезпечення правосуддя Міністерства юстиції України пропозиції щодо вдосконалення нормативно-правового регулювання питань судово-експертної діяльності в ході судово-правової реформи в Україні, звернувши увагу на необхідність більш чіткого визначення критеріїв розмежування і законодавчої регламентації додаткових, повторних, комплексних і комісійних експертиз; розходження у формах використання спеціальних знань і процесуальну регламентацію

такого використання, а також нормативно-правове закріплення особливостей проведення судових експертиз і досліджень фахівців у державних спеціалізованих установах судових експертиз і недержавних структурах.

2. З метою реалізації принципу незалежності судово-експертної діяльності, поліпшення координації судово-експертних досліджень, виключення дублювання, більш раціонального використання кадрових і матеріально-технічних ресурсів, зменшення витрат коштів державного бюджету — вийти з пропозиціями у відповідні органи державної влади про створення єдиної позавідомчої системи державних експертних установ, завданням яких стане проведення експертиз, наукова і науково-методична робота в галузі судової експертизи і криміналістики. При цьому у відомчій підпорядкованості мають бути збережені структури, сили і засоби яких зорієнтовані на техніко-криміналістичне забезпечення дізнання та досудового слідства.

3. Координаційній раді з проблем судової експертизи при Міністерстві юстиції України розглянути питання про розробку «Правил етики судового експерта».

4. З метою підвищення статусу професії судового експерта зацікавленим відомствам вийти з клопотанням у відповідні органи державної влади про встановлення професійного свята — Дня судового експерта.

5. Вченим радам науково-дослідних інститутів судових експертиз зосередити увагу на розробці наукових тем теоретичної і методологічної спрямованості (в аспекті розвитку загальної теорії судової експертизи; методології експертних досліджень; уточнення змісту загальних завдань судової експертизи; судово-експертних класифікацій, пов'язаних із проблемами систематизації і класифікації судових експертиз; удосконалення організації та підвищення ефективності державного управління судово-експертною діяльністю). Вважати одним із пріоритетних напрямків наукової діяльності вдосконалення існуючих і розроблення нових методик дослідження об'єктів судової експертизи.

6. Науково-дослідним інститутам судових експертиз розробити пропозиції з підготовки науково-практичного коментаря до Закону України «Про судову експертизу» і створення методик експертного дослідження у справах про злочини, відповідальність за які вперше передбачено новим Кримінальним ко-



дексом України, щодо включення в плани науково-дослідницьких робіт на 2003 рік.

7. Спрямувати зусилля на розвиток інноваційних підходів до підготовки експертних кадрів, активізацію конкретних напрямків експертної діяльності, створення єдиної уніфікованої системи підготовки кадрів судових експертів, у зв'язку з чим звернутися до Міністерства юстиції України з пропозицією про створення постійно діючої системи підвищення кваліфікації експертів. Звернути особливу увагу на підготовку кадрів щодо проведення комплексних, у тому числі комплексних міжвідомчих, експертиз, проведення спільного навчання фахівців — судових медиків, біологів, автотехніків, криміналістів та ін.

8. Рекомендувати судово-експертним установам для прискорення інтеграції у світовий інформаційний простір розробити і реалізувати заходи щодо поглиблення комп'ютеризації, забезпечення доступу до вітчизняних і світових інформаційних ресурсів, зміцнення взаємозв'язку між судово-експертними установами, державними інституціями і населенням за допомогою електронних каналів обміну інформацією.

9. Вважати пріоритетним розвиток зв'язків між судово-експертними установами на міждержавному рівні з метою обміну досвідом, новими методиками дослідження, формування загальних принципів і підходів до вирішення актуальних завдань у різних видах експертиз.

10. Для найбільш повного, своєчасного і якісного задоволення потреб слідчої та судової практики в різних видах експертних досліджень вжити заходів щодо переоснащення судово-експертних установ сучасною технікою та устаткуванням, стандартними зразками, матеріалами, необхідними для проведення досліджень; налагодити регулярне забезпечення судово-експертних установ нормативними і довідково-методичними матеріалами, інформацією про досягнення в галузі судової експертизи в Україні та за її межами, регулярний обмін експрес-інформацією з нових напрямків досліджень. Підготувати пропозиції щодо створення і реалізації Державної програми апаратно-технічного переоснащення установ судової експертизи України; створення нових напрямків експертних досліджень (у тому числі з технічного дослідження систем телекомунікацій та захис-

ту інформації; визначення оціночної вартості землі; ветеринарних, екологічних, генетичних досліджень та ін.).

11. Міністерству юстиції України вжити заходів щодо координації науково-практичних зв'язків з установами судових експертиз інших країн, судово-експертним установам увійти з пропозиціями у відповідні організації про атестацію лабораторій та інститутів на міжнародному рівні.

12. Судово-експертним установам підготувати пропозиції до плану науково-методичних заходів Міністерства юстиції України на період 2003–2008 рр. (конференції, семінари, обмін досвідом та ін.).

13. Відтворити секцію теоретичних проблем у судовій експертизі науково-консультативної та методичної ради при Міністерстві юстиції України.

14. Спрямувати зусилля на розробку та вдосконалення обґрунтованих наукових підходів до дослідження контрафактної продукції. Вжити заходів щодо створення секції з дослідження об'єктів інтелектуальної власності в науково-консультативній та методичній раді при Міністерстві юстиції України.

15. Міністерству юстиції України з урахуванням появи нових видів судових експертиз розробити перелік робіт зі шкідливими та особливо шкідливими умовами праці в судово-експертних установах Міністерства юстиції України.

16. Рекомендувати Харківському НДІ судових експертиз ім. Засл. проф. М. С. Бокаріуса і Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого продовжити періодичне видання збірника наукових праць «Теорія та практика судової експертизи і криміналістики».

17. Підсумки конференції обговорити на засіданнях вчених рад науково-дослідних інститутів судових експертиз, вчених рад (кафедр) інших установ, які взяли участь у її проведенні.

*Матеріали підготували:*

*М. Цимбал*, кандидат юридичних наук,  
директор Харківського НДІСЕ,

*В. Шепітько*, доктор юридичних наук, професор,  
завідувач кафедри криміналістики НЮА України

## «Круглий стіл»

### «Актуальні проблеми українського право- і державотворення»

15 травня 2002 р. на спільному засіданні кафедр теорії держави і права, історії держави і права України і зарубіжних країн Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, а також відділення теорії та історії держави і права Академії правових наук України відбулося обговорення — «круглий стіл» на тему «Актуальні проблеми українського право- і державотворення». У роботі «круглого столу» взяли участь також науковці деяких інших навчальних закладів України: Національного університету внутрішніх справ МВС України (Харків), Харківського політехнічного університету, Гуманітарного університету «ЗІДМУ» (Запоріжжя), Полтавського державного аграрного коледжу управління і права.

Відкриваючи засідання «круглого столу», член-кореспондент АПрН України, професор М. Страхов підкреслив, що сьогодні, коли наша країна переходить до іншої політичної системи — парламентсько-президентської республіки, проблеми українського право- і державотворення набувають особливого значення. Щоб забезпечити такі рішучі зміни в політичній системі України, конче потрібним стає надійне використання правових важелів європейської практики конституційного будівництва і власного історичного досвіду право- і державотворення. Вивчення і аналіз цього досвіду і мають стати основною метою обговорення.

Цілком закономірно, що в центрі уваги на «круглому столі» були проблеми праворозуміння і прав людини в їх теоретичному та історичному аспектах.

У своїй доповіді член-кореспондент АПрН України О. Петришин зазначив, що ускладнення суспільних відносин потребує наукових досліджень в напрямку розуміння змісту правового регулювання як певного різновиду соціальної технології, заснованої на взаємній відповідальності всіх суб'єктів права. Спираючись на притаманні йому специфічні атрибути — загальнообов'язковість, формальну визначеність та підтримку примусом, право за цих умов набуває рис основного засобу розв'язання

соціальних конфліктів, досягнення перетворень на основі примирення та соціальної злагоди в суспільстві. Тому сутність права з позицій сучасного праворозуміння має розглядатись у безпосередньому зв'язку з процесами демократизації, активною участю громадян у процесі правотворення, при виявленні необхідності регулювання певних суспільних відносин, формуванні соціальних очікувань щодо спрямованості та змісту їх регламентації, обговоренні та внесенні змін і доповнень до проектів законів та інших нормативно-правових актів, визначенні соціальної ефективності правового регулювання.

Доцент Л. Богачова зупинилася на матеріальному і формальному процесах правотворення. В матеріальній сфері відбувається фактична взаємодія людей, яка утворює загальноприйняту форму поведінки, що з часом стає нормою, зразком для індивіда і соціальних груп. Таке «фактичне» формування права є основою правотворення. Формальний процес утворення права пов'язаний з суб'єктивним чинником, правозакріплюючою і правотворчою діяльністю держави. Вона відображає типовий процес життєдіяльності людей як об'єктивної властивості суспільної дійсності. Якщо такий норматив ще не склався або в ньому немає об'єктивної необхідності, жодний законодавчий акт не може його породити. Якщо правозакріплююча і правотворча діяльність державних органів правильно відображає закономірність соціальної еволюції, держава одержує можливість створювати юридичні норми, які відповідають відносинам, що тільки намічаються; виявляють себе як тенденцію. В цьому випадку закони здатні стимулювати реалізацію того, що залишається ще скритим, невиявленим, але повинно проявитися.

Академік АПрН України М. Цвік виступив проти надмірно широкого розуміння права і особливо правового акта. Він заперечував повсюдно поширене термінологічне і фактичне отождоження юридичних і правових актів. На його думку, це суперечить аксіоматичному положенню про обов'язкові ознаки права, з яких випливає неможливість визнання правовими ненормативних юридичних актів; актів, що не є обов'язковими для виконання (акти-інформації, акти-рекомендації і т. ін.); актів-дій. Звідси випливає висновок про те, що хоча кожен правовий акт є юридичним, але не кожен юридичний акт є правовим. Доповідач вважає, що чітке розмежування юридичних ак-

тів на нормативні і ненормативні; нормативних — на правові і неправові; ненормативних — на акти-документи і акти-дії є теоретичною основою для проведення чіткої класифікації всіх різновидів юридичних актів. Це створює перспективні можливості для детального дослідження окремих видів юридичних актів порівняно з іншими їх видами.

Доцент **В. Ткаченко** висвітлив співвідношення понять «право» і «правосвідомість». Він відмітив неправильність їх ототожнення. Правосвідомість ні в повному обсязі, ні на рівні одного із своїх елементів — правової ідеології, принципів тощо — не може визнаватися правом. Судження про їх тотожність не витримують критики з точки зору сутності, змісту, функціонального призначення цих явищ, які є самостійними і самодостатніми. Те, що правосвідомість є одвічним супутником права, свідчить не про тотожність, а лише про тісний взаємозв'язок цих феноменів. Правосвідомість супроводжує право на всіх етапах розвитку цивілізації. Те, що в певні історичні проміжки часу правосвідомість може виконувати функцію права, є винятком і не може бути визнане загальним правилом.

Ототожнення права і правосвідомості значною мірою пояснюється відсутністю серйозних досліджень їх взаємодії. Зокрема, в сфері правотворення правосвідомість вустами своїх носіїв переводить зміст суспільних відносин, які фактично склались внаслідок їх повторювальності, в нормативність права у відповідності із розумінням його справедливості і доцільності. Вона ж є і способом зворотного переведення нормативності права у правову поведінку. Тому саме до тієї міри, до якої законодавець зумів перекласти на мову права ті зразки поведінки, що вироблені життям і одержали відображення у правосвідомості, до такої ж міри право буде ефективним регулятором суспільних відносин.

Доцент **С. Погребняк** звернув увагу присутніх на те, що концептуальне праворозуміння впливає на процес законотворчості, розвиток законодавства та його реалізацію у прямій чи непрямій формі. Він підкреслив, що розбіжності у праворозумінні нерідко призводять до появи актів, які зіштовхуються між собою. Для попередження цього явища необхідне неухильне додержання принципу верховенства права, визнання обов'язку всіх суб'єктів права додержуватися Конституції, в якій втілюється принцип верховенства права та законів, щодо яких діє

презумпція їх конституційності. Саме це має об'єднувати людей, державні і суспільні структури, саме таке праворозуміння і сприятиме попередженню юридичних колізій.

Доцент **О. Дашковська** зазначила, що одним із критеріїв, за яким прогресивне людство розмежовує гуманні демократичні та антигуманні погляди й інститути, головним проявом загальнолюдської цінності права є справедливість, котра може розглядатися як ідеал, мета, принцип суспільного життя, позитивна засада стосунків між людьми. Починаючи з первісного ладу, справедливість була пов'язана із додержанням правил, звичаїв, традицій, обрядів, а згодом і норм права, що існували. Справедливість є джерелом права як форми і міри людської свободи і рівності. Кожен правовий припис завжди є виразом справедливості, несумісним з будь-яким свавіллям, а зміни в законодавстві пов'язані із динамікою уявлень про справедливість.

Доцент **Л. Авраменко** зупинилася на залежності змісту, форм, міри запозичення і наступності в праві від державної правової політики. Наступність при цьому забезпечує стабільність, а запозичення — динамізм правового розвитку. Особливо переконливо це проявляється у перехідні періоди невизначеності напрямку реформування державного та суспільного устрою як на концептуальному рівні, так і на рівні його конкретної реалізації. Взаємозв'язок правової політики і наступності та запозичення в праві здійснюється перш за все через принципи права і знаходить втілення в міжнародних документах, орієнтованих на встановлення загального правового поля для країн Європи і світу. Чим вище рівень правової політики держави, тим більш відкритим є суспільство для вибіркового сприйняття і засвоєння всього кращого, що досягнуто іншими країнами.

Доцент **І. Процюк** зазначав, що реалізація конституційного принципу верховенства права є можливою за умови існування і функціонування в Україні тільки правових за змістом законів. Стосовно ознак правових законів він підкреслив, що ними можна вважати тільки ті закони, які за своїм змістом сприяють соціальному прогресу, відповідають загальнолюдським принципам справедливості і гуманізму, відображають потреби суспільного розвитку, приймаються легітимним законодавчим органом, додатково легітимуються, чим забезпечуються їх постійна відповідність волі і інтересам народу; регулюють суспільні від-

носини, що впливають із потреб суспільного розвитку, закріплюють позитивні акти суспільної практики, що складаються або склалися і постійно повторюються.

Аспірантка **Є. Євграфова** зупинилася на самостійності і взаємозв'язку проблем верховенства закону і верховенства права. Вчення про верховенство закону посідає провідне місце у визначенні вимог законності і є основою для обґрунтування його юридичної сили. Що стосується верховенства права, то цей конституційний принцип повинен забезпечити діяльність держави та її органів виключно у правовому полі. Зазначені принципи не можна протиставляти. Верховенство правових законів є важливим проявом верховенства права, яке вимагає, щоб виміром закону як акта правового значення були принципи свободи, справедливості, рівності. На таких засадах має формуватися система законодавства України.

**Д. Лук'янов** звернув увагу присутніх на взаємозв'язок права і політичної системи суспільства та зазначив, що певний тип політичної системи може сприяти або, навпаки, заважати прийняттю правових законів. Демократична політична система, в якій держава виражає загальний суспільний інтерес, сприяє прийняттю правових законів, тобто таких, які відображають уявлення більшості про справедливість. Навпаки, в недемократичній системі, де держава відображає інтереси вузького кола осіб, найчастіше приймаються закони, котрі характеризуються як неправові.

**І. Биля** торкнулася проблем, пов'язаних із нормотворчою технікою, яка є видом юридичної техніки і являє собою систему заснованих на практиці нормотворчості і теоретично осмислених правил створення досконалих за своїм зовнішнім оформленням, структурою, викладом нормативних правових актів, що забезпечують логічну узгодженість нормативних правових актів і сприяють ефективному правовому регулюванню суспільних відносин.

**Г. Швачка** зупинилася на ознаках нормативності нормативних актів і приписів. Вона вирізняє чотири зовнішні ознаки нормативності: неконкретність адресата, можливість неодноразового використання припису, первинність встановлених прав та збереження дії припису незалежно від його виконання. Вони притаманні усім актам Верховної Ради і Кабінету Міністрів, які належать до нормативно-правових актів.

**В. Смородинський** зазначив, що необхідною умовою ефективності судової влади є офіційне розмежування термінів «право» і «закон». Уточнення потребує низка конституційних і наукових положень, пов'язаних із співвідношенням цих фундаментальних понять, зокрема офіційне тлумачення, передусім Конституційним Судом України, про підкорення суду лише закону. Теоретично судова влада відповідно до легальності та правового характеру може бути: абсолютно правовою (легалізованою та такою, що здійснюється за допомогою правових законів); абсолютно неправовою (легалізованою неправовим законом); легально-неправовою (легалізованою правовим законом, але здійснюваною за допомогою неправових законів). Підвалинами ефективності судової влади у сучасній демократичній державі є її легалізація та здійснення відповідно до правових законів, конституційно визначене підкорення їм (абсолютна правність).

**Г. Христова** зупинилася на ролі конституційної юстиції в удосконаленні форми права. Зміст права офіційно формулюється та розвивається в певній формі, що безпосередньо відповідає фундаментальній ознаці права — формальній визначеності. Конкретні норми права виражаються зовні (оформлюються) в нормативних приписах, система яких і становить законодавство. Законодавство має суб'єктивно-об'єктивний характер. Наявність суб'єктивного чинника іноді призводить до появи законодавчих актів, які неточно відтворюють повторювані фактичні відносини, суспільні потреби, мають неправовий зміст, що грубо порушує принцип верховенства права. Для 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, конституційний суд виявляє законодавчі акти, які не втілюють у собі право, та позбавляє їх юридичної сили. Офіційно тлумачачи закон, орган конституційної юрисдикції фактично вдосконалює конкретні приписи 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. Все це має бути враховано при визначенні юридичної природи його актів.



Старший викладач Гуманітарного університету «ЗІДМУ» (Запоріжжя) **С. Мороз** у доповіді «Права людини і проблема місцевого самоврядування у політико-правовій думці України кінця XVIII— початку XX століття» розкрив зв'язок проблеми місцевого самоврядування з демократією, реалізацією ідеї про права людини.

Аналіз Конституції УСРР 1919 р., як зазначив член-кореспондент АПрН України **М. Страхов** у доповіді «Конституція УСРР 1919 р. і права людини та громадянина», свідчить про те, що твердження, яке існувало за радянських часів, про закріплення в цій Конституції широкого спектру прав і свобод громадянина, гарантій користування цими правами не відповідає дійсності. По-перше, суб'єктом прав і свобод Конституція визначала не громадянина, а виключно робітників і селянську бідноту. По-друге, «Правам» присвячено лише статті про виборче право (ст. 20) і право на «всебічну і дармову освіту». В усіх інших статтях йшлося лише про «свободи»: свободу слова, зборів, спілок, висловлювання своїх думок. Такі важливі права, як недоторканність особи, житла, свобода пересування тощо, не згадувалися. Правових гарантій Конституція не надавала навіть для «трудящих мас». Таким чином, Конституція УСРР 1919 р. не тільки не забезпечувала прав людини і громадянина, а навіть і не проголошувала їх.

Аспірантка **О. Трагнюк** у науковому повідомленні «Про можливість застосування в судах України норм міжнародних угод з прав людини» вказала на необхідність розроблення правил застосування судами України норм Європейської конвенції та інших документів у галузі захисту прав людини і забезпечення обов'язкового ознайомлення з прецедентним правом.

Учасники «круглого столу» розглянули процеси право- і державотворення, які відбувалися на етапі радянської історії України. Так, член-кореспондент АПрН України **В. Гончаренко** виступив з науковим повідомленням «Правовий статус міста Харкова як столиці УСРР». Доповідач зазначив, що у 1920-ті роки і до червня 1934 р. Харків був столицею УСРР. Про столичний статус Харкова вперше на найвищому законодавчому рівні було зазначено у ст. 82 Конституції УСРР 1929 р.

На початку 1930-х років в умовах панування в країні командно-адміністративної системи управління зростала роль центра-

льних органів влади і управління СРСР. У зв'язку з цим помітно зростала компетенція Всеукраїнського з'їзду Рад, ВУЦВК, його Президії, РНК УСРР, зменшувалася їх роль у керівництві державним, господарським та соціально-культурним будівництвом у республіці. З вини московської союзної партійної і державної верхівки столичний Харків як місце перебування центральних каральних органів в УСРР став на початку 1930-х років по суті центром організації і проведення в Україні кривавої і страхітливої кампанії по боротьбі з вигаданими «ворогами народу», на яких навішувалися ярлики буржуазних націоналістів, контрреволюціонерів, шпигунів, шкідників тощо. У 1934 р. відбулося перенесення столиці з Харкова в Київ. Рішення про це було прийнято у січні 1934 р. XII з'їздом КП(б)У і зафіксовано у спеціальній резолюції, в якій говорилося: «Зважаючи на зміцнення основних промислових районів України, утворення областей, що полегшують керівництво цими промисловими районами України (Донбас, Харків, Дніпропетровськ), маючи на увазі необхідність наближення уряду України і центрального партійного і радянського апарату до найважливіших сільськогосподарських районів, якими є райони, розташовані на Правобережній Україні, а також для дальшого і швидкого розвитку національно-культурного будівництва і більшовицької українізації на базі індустріалізації і колективізації, — перенести столицю України в місто Київ, що є природним географічним центром. Строк переїзду — осінь 1934 р.» Перенесення столиці в Київ оцінювалося компліментарно. Так, у червні 1934 р. газета «Харьковский пролетариат» писала, що це рішення — «знаменна віха у житті країни, новий історичний етап у її розвитку». Тривалий час подібна оцінка була характерна для радянської історіографії. На думку С. Кульчицького, перенесення столиці відбулося в умовах такої політичної ситуації, «коли державна партія позбулася будь-яких політичних суперників», а після колективізації сільського господарства, «яка здійснювалася в Україні в особливо жорстоких формах, партія міцно вкоренилася в сільській глибинці». Він вважає, що наведений у постанові XII з'їзду КП(б)У аргумент щодо утворення обласного управлінського апарату як одна з підстав перенесення столиці з Харкова в Київ «був надуманий». На думку О. Лейбфрейда і Ю. Полякової, перенесення столиці з Харкова в Київ, заявлене

як прояв турботи про подальший розвиток України, по суті було кроком, «спрямованим на поглиблення експансії, продиктованої прагненням центральних властей володіти коліскою і серцем України — давнім столярним градом Києвом». Переїзд із Харкова в Київ вищих державних і партійних установ України (ВУЦВК, РНК УСРР, ЦК КП(б)У) відбувся 24 червня 1934 р. XIII з'їзд Рад України, який працював 15–22 січня 1935 р. у Києві, вніс до ст. 82 Конституції УСРР 1929 р. відповідні зміни. Після перенесення столиці України Харків, позбувшись статусу адміністративного і політичного центру України, зберіг роль індустріального, а також і наукового центру республіки, що впливало на його подальший розвиток.

У науковому повідомленні асистентки **К. Твердомед** «Взаємодія органів державного страхування з місцевими органами влади в Україні в період непу» проаналізовано законодавство, що забезпечувало зв'язок органів державного страхування з місцевими органами влади і широкими масами селянства, визначений правовий статус сільських страхових уповноважених. Доцент **С. Пирогова** висвітлила значення історичного досвіду національного кооперативного руху для його відродження в сучасній Україні, ознайомила присутніх з новим кооперативним законодавством. Доцент **С. Власенко** в доповіді «НЕП в Україні — міфи і реальність» звернув увагу присутніх на необхідності вивчення і нового осмислення негативних наслідків нової економічної політики. Аспірантка **І. Точка** у науковому повідомленні «Адміністративно-територіальна реформа в Україні у 1932 році» розповіла про проведення адміністративно-територіальної реформи радянської України в 1932 р. 4 лютого 1932 р. ВУЦВК прийняв постанову про перехід від двоступеневої адміністративно-територіальної системи до тріступеневої: район — область — центр. На цій основі було створено перші п'ять областей, у тому числі й Харківська. Основним змістом цієї реформи була загальна централізація економічних, політичних, соціальних та культурних процесів у державі. Як вважає професор **Л. Маймескулов**, у сучасних підручниках має бути відображено більш повну картину дійсно владного становища апарату комуністичної партії в державному механізмі за часів радянської влади.

Доцент **В. Рубаник** розглянув актуальні проблеми історико-правового аналізу відносин власності України.

Проректор з навчальної роботи Гуманітарного університету «ЗІДМУ» **І. Грозовський** в науковому повідомленні «Законодавство про почесні звання України: історія і сучасність» зробив висновок про наявність певної наступності правових норм і традицій радянського законодавства, існування національних пріоритетів у заохоченні державою громадян за трудові досягнення і професіоналізм у роботі.

Здобувач **С. Благой** у науковому повідомленні «Проблеми правового забезпечення прав інвесторів» звернув увагу присутніх на те, що актуальність цієї теми постійно зростає. Цей процес пов'язаний як із збільшенням кількості господарюючих суб'єктів, створених на корпоративних засадах, так і з появою нових форм протистояння поміж самими інвесторами. Одним із найважливіших механізмів реалізації прав інвесторів є їх загальні збори. В той же час сучасне законодавство про інвестиційну діяльність побудовано таким чином, що не тільки рядовий учасник господарського товариства, а й навіть той, хто має 59,9% акцій товариства, часто не можуть скликати легітимні збори для реалізації своїх прав. Вивчення досвіду російського законодавства кінця XIX – початку XX ст., спрямованого на захист прав інвесторів, дає підстави стверджувати, що зазначена проблема, як і багато інших, була вдало вирішена цим законодавством шляхом надання інвесторам широким цивільних прав.

Здобувачка **Л. Самохіна** в науковому повідомленні «Роль виборчого права в обмеженні приватногосподарської діяльності в Україні у період непу (1921–1929 рр.)» проаналізувала тодішнє законодавство про виборчі права громадян та про порядок проведення виборів і дійшла висновку про те, що серед категорій осіб, що були позбавлені виборчих прав, значну частину складали якраз громадяни, які були представниками нової буржуазії: орендарі, приватні торгівці, комісіонери та ін. Будучи позбавленими виборчих прав, вони не обиралися до органів радянської влади і, отже, не могли впливати на законодавство, яке регулювало господарську діяльність, у тому числі дискримінаційного характеру стосовно приватного капіталу.

В процесі обговорення було розглянуто і діяльність радянських каральних органів. Організація роботи 3-го підвідділу прокуратури УСРР по нагляду за органами дізнання та попереднього слідства в період непу (1921–1929 рр.) була темою дослід-

ження доцента **Д. Тихоненкова**. Здобувач **О. Шевченко** виступив з доповіддю «З історії утворення революційних трибуналів в Україні». Доцент **В. Сухонос** (м. Суми) у науковому повідомленні «Історико-порівняльний підхід при дослідженні функцій прокуратури» звернув увагу присутніх на неможливість всебічно і науково-обґрунтовано визначити функції прокуратури без звернення до історії організації та діяльності прокуратури України на різних етапах її функціонування.

Учасники «круглого столу» розглянули також питання державно-правового розвитку України у більш ранні періоди її історії. Доцент **С. Черниченко** розглянув основні концепції державно-політичного устрою українських земель напередодні Хмельниччини. Викладач Полтавського державного аграрного коледжу управління і права **А. Козаченко** присвятив свій виступ становленню та розвитку національного державного права України періоду Гетьманщини, визначив його джерела. Конституція П. Орлика 1710 р., вважає доповідач, була спробою систематизації державного права України XVII ст. Судові органи України-Гетьманщини охарактеризував доцент **Л. Гамбург** (Запоріжжя). Аналізу цивільного права Гетьманщини приділила увагу доцент **Т. Матвєєва**. Досягнення земської реформи 1864 р. в Україні, а також причини її згортання було розглянуто в науковому повідомленні доцента **Л. Федоренко**.

З науковим повідомленням «Податки Російської імперії в останній третині XIX ст. — на початку XX ст.» виступив аспірант **М. Шевердін**. Податки у післяреформений період були найважливішою складовою прибуткової частини бюджету Росії XIX ст., причому надходження від непрямих податків були майже втричі більші, ніж від прямих. На початку XX ст. роль непрямих податків у державному бюджеті Російської імперії ще більше зростає. Доцент **М. Киян** виступила з науковим повідомленням про діяльність української делегації в державній Думі, розглянувши як склад делегації, так і досвід її роботи.

З науковим повідомленням «Основні громадянські та політичні права населення Російської імперії наприкінці XIX — на початку XX ст.» виступив асистент **В. Лізогуб**. На його думку, російська практика законодавчого регулювання політичних і громадянських прав і свобод була результатом цілеспрямованого законодавчого процесу, розрахованого на еволюційний розвиток країни, що враховував культурні та геополітичні особливо-

сті. Одна з особливостей російського шляху розвитку громадянських і політичних прав і свобод полягає в тому, що вони склалися в умовах боротьби як з традиціями домінуючої ролі держави у відносинах з особою, так і з неповагою до прав особи з боку чиновників. Доповідач підкреслив, що російська концепція законодавчого розширення громадянських і політичних прав підданих передбачала поступовий процес їх введення в період становлення у дореволюційному суспільстві буржуазних відносин.

Асистентка **В. Гончаренко** у науковому повідомленні «Згода сторін як одна з підстав припинення трудового договору» звернула увагу присутніх на те, що в сучасній науці трудового права багато питань, пов'язаних з припиненням трудового договору за згодою сторін, до цього часу недостатньо розроблено. Враховуючи всю сукупність точок зору стосовно зазначеної підстави припинення трудового договору, узагальнивши судову практику з цього питання, проаналізувавши процес закріплення цієї підстави в трудовому законодавстві України в різні періоди її історії, доповідачка запропонувала текст самостійної статті 37<sup>1</sup> КЗпП України «Припинення трудового договору за згодою сторін».

Асистентка **Г. Каратаєва** в науковому повідомленні «Законодавство про акціонерні товариства в Україні в умовах непу (1921–1929 рр.)» висвітлила процес створення акціонерних товариств за участю державного капіталу, пайових акціонерних товариств, а також приватних акціонерних товариств, та звернула увагу присутніх на ті завдання, що ставилися перед цими товариствами. Доповідачка дійшла висновку про те, що організація та діяльність акціонерних товариств у період непу в Україні законодавством регулювалася досить ґрунтовно, але воно певною мірою відрізнялося від аналогічного законодавства західноєвропейських країн того часу.

Місце і роль церковного суду в судовій системі Київської Русі висвітлила доцент **А. Долженко**, зупинившись на розподілі церковної та князівської юрисдикції. Цікаві дані з історії військових судів в Україні наведе професор **І. Сафронова**. Якщо спочатку військові суди були частиною козацького самоврядування, то в процесі формування Української держави вони перетворилися на державні органи. Військові суди в їх спеціальному значенні з'явилися в Україні-Гетьманщині в першій половині XVIII ст., їх юрисдикція поступово поширювалася і на цивільне населення Гетьманщини.

Значний інтерес учасників «круглого столу» викликав виступ начальника кафедри Національного університету внутрішніх справ МВС України Л. Зайцева «Україна та утворення ООН», де наведено нові дані з історії утворення міжнародної організації по забезпеченню миру в усьому світі. Союзники по антигітлерівській коаліції по-різному уявляли собі склад членів-засновників ООН. В Ялті (лютий 1945 р.) радянська делегація запропонувала включити до складу засновників УРСР і БРСР. Ця ідея отримала підтримку сторін. Доповідач докладно розповів, як малося прийняти таке рішення, і виклав свою версію щодо причин, які спонукали Сталіна до включення УРСР до складу країн-фундаторів ООН.

На засіданні «круглого столу» було розглянуто й деякі питання міжнародного права. Асистентка А. Маєвська розповіла про підготовку до ратифікації Римського Статуту Міжнародного кримінального суду. Асистентка О. Гордієнко розкрила вплив глобалізації на розуміння державного суверенітету.

Доцент О. Криворучко зупинився на характеристиці кримінально-процесуального законодавства Індії, приділивши основну увагу аналізу Кримінально-процесуального кодексу Індії 1898 р. Він розглянув основні зміни і доповнення до цього Кодексу і визначив його особливості. Показово, що кодекс 1898 р. мав високу стабільність і залишався чинним не тільки в Індії, а й навіть у Пакистані та Бірмі після одержання ними незалежності.

У процесі обговорення на «круглому столі» проблем українського право- і державотворення було визначено основні напрямки подальших досліджень у галузі теорії та історії держави і права України.

*Матеріали підготували:*

*В. Гончаренко*, доктор юридичних наук, професор;

*М. Страхів*, доктор юридичних наук, професор;

*В. Ткаченко*, кандидат юридичних наук, доцент

## Лауреати Премії імені Ярослава Мудрого

12 листопада 2002 року відбулося засідання Комітету з призначення запровадженої спільним рішенням Академії правових наук України та вченою радою Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого Премії імені Ярослава Мудрого, якою нагороджуються правознавці-науковці та практикуючі юристи за видатні досягнення у розбудові правової, демократичної держави Україна.

Лауреатами Премії імені Ярослава Мудрого 2002 року стали:

*В номінації «За видатні досягнення в науково-дослідницькій діяльності з проблем правознавства»*

**Даньшин Іван Миколайович** — доктор юридичних наук, професор кафедри кримінології і кримінально-виконавчого права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, член-кореспондент Академії правових наук України.

*За цикл робіт «Правові засади міграційної сфери»*

**Римаренко Юрій Іванович** — доктор філософських наук, професор, член-кореспондент Академії правових наук України, головний науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України;

**Кондратьєв Ярослав Юрійович** — кандидат юридичних наук, професор, ректор Національної академії внутрішніх справ України;

**Сущенко Віктор Дмитрович** — кандидат юридичних наук, професор, проректор Національної академії внутрішніх справ України;

**Олефір Віктор Іванович** — кандидат юридичних наук, доцент, начальник кафедри адміністративної діяльності Національної академії внутрішніх справ України.

*За монографію «Демократія. Управління. Бюрократія»*

**Цветков Віктор Васильович** — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАН України, академік Академії



правових наук України, провідний науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України;

**Горбатенко Володимир Павлович** — доктор політичних наук, професор, провідний науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.

*В номінації «За видатні заслуги у підготовці юридичних кадрів»*

**Андрейцев Володимир Іванович** — доктор юридичних наук, професор, декан юридичного факультету Київського національного університету ім. Тараса Шевченка, академік Академії правових наук України;

**Нор Василь Тимофійович** — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Академії правових наук України, Львівський національний університет ім. Івана Франка;

**Попов Василь Костянтинович** — доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри екологічного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, член-кореспондент Академії правових наук України.

*В номінації «За видатні заслуги в законотворчій, судовій та правозастосовчій діяльності»*

**Задорожній Олександр Вікторович** — кандидат юридичних наук, доцент, народний депутат України;

**Карпачова Ніна Іванівна** — кандидат юридичних наук, доцент, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини;

**Яценко Станіслав Сергійович** — доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального права і кримінології Київського національного університету ім. Тараса Шевченка, член-кореспондент Академії правових наук України.

*В номінації «За підготовку і видання підручників для студентів юридичних закладів освіти»*

*За підручники «Кримінальне право України. Загальна частина», «Кримінальне право України. Особлива частина»*

**Бажанов Марко Ігорович** — доктор юридичних наук, професор, академік Академії правових наук України;

**Баулін Юрій Васильович** — доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального права Національної юридичної ака-

демії України імені Ярослава Мудрого, член-кореспондент Академії правових наук України;

**Борисов В'ячеслав Іванович** — доктор юридичних наук, професор, директор Інституту вивчення проблем злочинності АПрН України, член-кореспондент Академії правових наук України;

**Гавриш Степан Богданович** — доктор юридичних наук, професор, народний депутат України;

**Кривоченко Людмила Миколаївна** — кандидат юридичних наук, професор кафедри кримінального права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого;

**Ломако Володимир Андрійович** — кандидат юридичних наук, професор кафедри кримінального права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого;

**Панов Микола Іванович** — доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального права № 2 Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, академік Академії правових наук України;

**Сташис Володимир Володимирович** — професор, перший проректор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, академік Академії правових наук України;

**Таций Василь Якович** — доктор юридичних наук, професор, ректор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, президент Академії правових наук України, академік НАН України;

**Тихий Володимир Павлович** — доктор юридичних наук, професор, суддя Конституційного Суду України, член-кореспондент Академії правових наук України.

*За цикл підручників з цивільно-правових наук*

**Дзера Олександр Віталійович** — доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права Київського національного університету ім. Тараса Шевченка;

**Кузнецова Наталія Семенівна** - доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного права Київського національного університету ім. Тараса Шевченка.

Вручення премій лауреатам відбулося під час святкування Дня Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого 20 листопада 2002 року.

# НАШІ ЮВІЛЯРИ



Виповнилося 75 років від дня народження відомого як в Україні, так і за її межами правознавця, доктора юридичних наук, професора, академіка НАН України і Академії правових наук України, директора Інституту економіко-правових досліджень НАН України **Валентина Карловича Мамутова**.

В. К. Мамутов народився 30 січня 1928 р. в м. Одесі. У 1949 р. закінчив Свердловський юридичний інститут. Професійну діяльність юриста розпочав у державному арбітражі при виконкомі Свердловської обласної ради. Практика в держарбітражі визначила сферу його наукових інтересів — вирішення проблем економіки. -

З 1956 р. життя та діяльність В. К. Мамутова пов'язані з Донбасом. У 1956–1966 рр. він працював начальником юридичних відділів Міністерства будівництва підприємств вугільної промисловості УРСР, Донецького раднаргоспу, Міністерства вугільної промисловості УРСР. Поєднуючи практичну діяльність із науковою, В. К. Мамутов у 1956 р. захистив кандидатську дисертацію. У 1972 р. В. К. Мамутова обрано членом-кореспондентом, а у 1988 р. — дійсним членом Національної академії наук України. У 1993 р. згідно з Указом Президента України про Академію правових наук України В. К. Мамутова включено до групи провідних учених-юристів, які були призначені дійсними членами-засновниками цієї Академії.

З 1966 р. В. К. Мамутов працював заступником керівника і завідувачем економіко-правового сектору Донецького відділення Інституту економіки АН УРСР, а з 1969 р. — заступником директора з наукової роботи Інституту економіки промисловості АН УРСР, створеного на базі цього відділення. У 1992 р. згідно з постановою Президії НАН України В. К. Мамутов організовує і очолює наукову установу — Інститут економіко-правових досліджень НАН України.

В. К. Мамутов є автором понад 400 наукових праць, у тому числі 23 монографій, трьох підручників з господарського права

для вищих навчальних закладів. У 2001 р. вийшов друком новий фундаментальний підручник «Хозяйственное право», підготовлений під керівництвом і за редакцією ювіляра.

В. К. Мамутов зробив істотний внесок у дослідження проблем управління, відносин підприємств з вищими органами господарського управління, теорії відповідальності в господарських відносинах. Роботи, виконані В. К. Мамутовим та під його керівництвом, сприяли розвиткові теорії оцінки та порівняння результатів діяльності трудових колективів, впровадження передового досвіду, участі трудящих в управлінні виробництвом, рекреаційного забезпечення промисловості. За дослідження в галузі управління промисловістю В. К. Мамутова у 1982 р. удостоєно премії АН УРСР ім. А. Г. Шліхтера.

В. К. Мамутов — один із засновників теорії правового регулювання господарських відносин, яка увійшла в науковий обіг як сучасна концепція господарського права, і ініціатор введення нової наукової та навчальної дисципліни «Господарське право».

Важливим компонентом формування теорії правового регулювання господарських відносин став цикл наукових праць В. К. Мамутова з теоретичних та прикладних проблем господарського законодавства, його систематизації і кодифікації. Найбільш вагомими результатами досліджень у даному напрямку проявилися у підготовленому під керівництвом В. К. Мамутова за дорученням Кабінету Міністрів України проекту Господарського кодексу України, прийнятого Верховною Радою України.

В роботах В. К. Мамутова, опублікованих в останні роки, багато уваги приділяється проблемам удосконалення антимонопольного законодавства, практиці господарського судочинства, економіко-правовим проблемам соціально-економічного розвитку регіональних систем, підтримки та координації діяльності підприємницьких структур, ефективного управління державною власністю.

Праці В. К. Мамутова широко відомі за кордоном. Він неодноразово брав участь у міжнародних наукових форумах у зарубіжних країнах, виступав на міжнародних конференціях у Празі, Берліні, Софії, читав лекції в Чехословаччині, Болгарії, Польщі, Німеччині, багатьох містах республік колишнього СРСР. Його наукові роботи і практична діяльність сприяють удосконаленню управління виробництвом, глибокому розумін-

ню значення та можливостей права, посиленню його ролі в механізмі господарювання, підвищенню рівня правової культури. За ініціативою В. К. Мамутова на базі Інституту економіко-правових досліджень НАН України створено Наукову раду з економіко-правових проблем розвитку міст України, функціонують Третейський суд з розгляду господарських спорів, Координаційне бюро Академії правових наук України з проблем господарського права, спеціалізована Вчена рада по захисту докторських і кандидатських дисертацій за спеціальністю «Господарське право; господарське процесуальне право». Під керівництвом В. К. Мамутова захищено чимало докторських і кандидатських дисертацій.

Чітка спрямованість діяльності В. К. Мамутова і створеної ним української школи господарського права, яка характеризується нерозривним зв'язком юридичних досліджень з господарською практикою, дозволяє говорити про її істотний вплив на підвищення ролі та престижу науки господарського права.

Висока ерудованість і творчій потенціал, принциповість і вимогливість забезпечили В. К. Мамутову заслужений авторитет і глибоку повагу його колег, учнів, усієї юридичної громадськості.

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Валентина Карловича Мамутова** з нагоди його славного ювілею і бажають йому міцного здоров'я, творчої наснаги, нових наукових звершень, невичерпної енергії та довголіття.

\*\*\*

Юридична громадськість України щиро вітає відомого вченого нашої країни в галузі цивільного права, доктора юридичних наук, професора, академіка Академії правових наук України, заслуженого діяча науки і техніки України **Ярославну Миколаївну Шевченко** з ювілейною датою в її житті.

Я. М. Шевченко народилася у м. Києві в сім'ї службовців.

У 1950—1955 рр. навчалася на юридичному факультеті Київського університету ім. Тараса Шевченка, з вересня 1959 р. по квітень 1962 р. — в аспірантурі на кафедрі цивільного права цього навчального закладу.

З січня 1963 р. Я. М. Шевченко працює в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, де пройшла шлях від молодшого наукового співробітника до завідувачки відділом цивільного і трудового права (з 1989 р.).

У 1964 р. Я. М. Шевченко захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Майнова відповідальність за шкоду, заподіяну дітьми», а у 1982 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Теоретичні проблеми цивільної відповідальності неповнолітніх за правопорушення».

У 1995 р. Я. М. Шевченко присвоєно вчене звання професора.

У 1996 р. обрана членом-кореспондентом Академії правових наук України, а у 2000 р. — академіком цієї установи.

У 1994 р. Я. М. Шевченко присвоєно почесне звання «Заслужений діяч науки і техніки України».

Нагороджена двома медалями.

Основні напрями наукової діяльності Я. М. Шевченко на сучасному етапі — цивільне право, сімейне право, міжнародне приватне право.

Я. М. Шевченко є автором 150 наукових праць, з яких 4 індивідуальні монографії, 11 колективних. Серед них: «Правовое положение несовершеннолетних» (у співавт., на цю роботу є рецензія у французькому науковому журналі), «Ответственность несовершеннолетних за правонарушения», «Законодавство про сім'ю (теоретичні проблеми співвідношення цивільного і сімейного законодавства)», «Повышение роли гражданско-правовой ответственности в охране прав и интересов граждан и организаций» (у співавт.), «Имущественная охрана прав личности» (у співавт.), «Власник і право власності» (у співавт.), «Право собственности в Украине» (у співавт.). Брала участь у розробці майже 80 законопроектів, у тому числі проекту Цивільного кодексу України, Закону України «Про державну реєстрацію прав на об'єкти нерухомого майна».

Підготувала більше 10 кандидатів наук.

У 1983 р. від імені України Я. М. Шевченко в Комітеті по ліквідації дискримінації жінок ООН виступила з доповіддю про становище жінок в Україні.

Я. М. Шевченко — член Наукової консультативної ради Верховного Суду України, член ВАК України.

Активна життєва позиція, талант науковця, глибока людська порядність, почуття відповідальності за доручену справу — це лише деякі риси, що характеризують Я. М. Шевченко.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Ярославну Миколаївну Шевченко** з ювілеєм і бажають їй міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги і подальших успіхів.

\*\*\*

Юридична громадськість України щиро вітає відомого вченого нашої країни в галузі кримінального процесу, криміналістики, організації адвокатури, захисту прав людини, доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Академії правових наук України, заслуженого юриста України **Тетяну Вікторівну Варфоломееву** зі знаменною датою в її житті.

Т. В. Варфоломеева народилася у м. Саратові (Російська Федерація). У 1968 р. закінчила юридичний факультет Київського державного університету ім. Тараса Шевченка (нині — Київський національний університет ім. Тараса Шевченка). Протягом 1968—1975 рр. працювала старшим лаборантом, молодшим науковим співробітником науково-дослідної лабораторії криміналістики цього вузу. З 1976 р. займається адвокатською діяльністю. У 1976—1990 рр. Т. В. Варфоломеева — вчений секретар Київського НДІ судового захисту і підвищення кваліфікації адвокатів. З 1990 р. — директор НДІ адвокатури (з 1991 р. — НДІА Співки адвокатів), віце-президент Співки адвокатів України, професор кафедри адвокатської майстерності Інституту адвокатури при Київському національному університеті ім. Тараса Шевченка, з 1996 р. — ректор цього закладу.

У 1973 р. Т. В. Варфоломеева захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Похідні речові докази», у 1994 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Організаційні, процесуальні та криміналістичні проблеми захисту адвокатом прав підозрюваного, обвинуваченого, підсудного». Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1994 р., професор — з 1995 р.

Основні напрями наукової діяльності Т. В. Варфоломеевої — проблеми кримінального процесу, криміналістики, організації

адвокатури, захисту прав людини. Опублікувала понад 80 наукових праць, серед яких «Криміналістика и профессиональная деятельность защитника» (1987), «Історія адвокатури України» (у співавт., 1992), «Експертизи в судовій практиці» (у співавт., 1993), «Защита в уголовном судопроизводстве» (1998), «Етика адвоката» (2001), «Науковий коментар Кримінального кодексу України» (у співавт., 2001). Брала участь у розробці законопроектів «Про адвокатуру», змін і доповнень до Кримінально-процесуального кодексу України з питань права на захист підозрюваного, обвинуваченого, підсудного.

Заслужений юрист України (1995). Нагороджена відзнакою Президента України — орденом княгині Ольги III ступеня (1999).

Принциповість і порядність, широка ерудованість і сумлінне ставлення до виконання своїх обов'язків здобули Т. В. Варфоломєєвій авторитет та повагу широкої юридичної громадськості.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Тетяну Вікторівну Варфоломєєву** з ювілеєм і бажають їй міцного здоров'я, творчої наснаги та подальших успіхів.



Виповнилося 75 років від дня народження відомого вченого нашої країни в галузі цивільного і сімейного права, професора, члена-кореспондента Академії правових наук України **Юрія Семеновича Червоного**.

Ю. С. Червоний народився 28 грудня 1927 р. у м. Харкові. У 1949 р. закінчив Харківський юридичний інститут (нині — Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого). До 1952 р. навчався в аспірантурі цього вузу. З 1952 р. — на викладацькій роботі в Одеському державному університеті ім. І. І. Мечнікова на посадах старшого викладача, виконуючого обов'язки завідувача кафедри цивільного права і процесу. З 1954 р. Ю. С. Червоний працював старшим викладачем, доцентом кафедри цивільного права у філіалі Всесоюзного заочного юридичного інституту, а з 1959 р. — доцентом у філіалі Київського державного університету ім. Тараса Шевченка. З 1960 р. працював на юридично-



му факультеті Одеського державного університету ім. І. І. Мечнікова, а в 1965—1996 рр. — завідувач кафедри цивільного права і процесу Одеського державного університету ім. І. І. Мечнікова. З 1998 р. Ю. С. Червоний очолює кафедру цивільного процесу Одеської національної юридичної академії.

У 1952 р. Ю. С. Червоний захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Спільне майно подружжя за радянським правом». Науковий ступінь кандидата юридичних наук присуджено у 1954 р. Вчене звання професора присвоєно у 1986 р.

Ю. С. Червоний — фахівець у галузі цивільного і сімейного права, займається дослідженням поняття права власності, правового статусу громадян як суб'єктів цивільного права, проблем правового регулювання майнових відносин подружжя, права спільної власності громадян. Опублікував понад 80 наукових праць, серед яких «Советское гражданское право. Ч. 1» (1970, 1976, 1986), «Правовое регулирование жилищных отношений в СССР» (1984), «Основы государства и права» (у співавт., 1997), «Гражданский кодекс Украины» (у співавт., 1999), «Основы правоведения» (у співавт., 2001), «Кодекс о браке и семье. Научно-практический комментарий» (у співавт., 2001).

Ю. С. Червоний — учасник Великої Вітчизняної війни. Нагороджений багатьма медалями.

Принциповість і порядність, широка ерудованість і сумлінне ставлення до своїх обов'язків, відданість справі здобули Ю. С. Червоному авторитет та повагу широкої юридичної громадськості.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Юрія Семеновича Червоного** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, творчої наснаги, подальших успіхів у роботі, благополуччя і процвітання.

## Пам'яті Чингізхана Нуфатовича Азімова

10 жовтня 2002 р. на творчому злеті обірвався життєвий шлях видатного вченого, талановитого науковця та педагога, доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Академії правових наук України Чингізхана Нуфатовича Азімова.

Пішла з життя творчо обдарована особистість, відома в Україні як провідний учений у галузі цивільного права. Рідні втратили турботливого чоловіка, батька та дідуся, колеги — авторитетного фахівця, учні — Вчителя з великої літери, студенти — шанованого викладача.

Ч. Н. Азімов народився 16 грудня 1931 р. в м. Казань (Татарстан, Росія). Закінчив спеціальну школу Військово-Повітряних сил (1948—1951, м. Горький), Вольське авіаційно-технічне училище (1951—1953).

З 1953 по 1961 р. проходив службу у Військово-Повітряних силах Радянської Армії. Будучи кадровим офіцером Військово-Повітряних сил, вступив до Одеського філіалу Всесоюзного заочного юридичного інституту. Після демобілізації з армії працював на Харківському заводі самохідних шасі та навчався на заочному факультеті Харківського юридичного інституту.

З 1965 р. і до смерті життя і діяльність Ч. Н. Азімова були пов'язані з Харківським юридичним інститутом (нині — Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого). За цей час він був старшим лаборантом, завідувачем лабораторії, асистентом, старшим викладачем, доцентом, а потім професором. Протягом п'яти років (1988—1993) завідував кафедрою цивільного права.

У 1971 р. Ч. Н. Азімов захистив кандидатську дисертацію на тему «Правове регулювання службових винаходів науково-дослідних і конструкторських організацій», а у 1981 р. — докторську дисертацію на тему «Договірні відносини в галузі науково-технічного прогресу». У 1974 р. йому було присвоєно вчене звання доцента, а у 1985 р. — професора.

Ч. Н. Азімов — відомий фахівець у галузі цивільного права. Він досліджував широке коло цивільно-правових проблем, зокрема проблеми промислової власності та науково-технічного прогресу, способи забезпечення виконання зобов'язань, проблеми захисту цивільних прав фізичних та юридичних осіб, проблеми спадкового та сімейного права тощо.

Ч. Н. Азімов зробив істотний внесок у розвиток юридичної науки. Його науковий доробок становить близько 100 наукових праць. Найбільш важливими його роботами є: «Забезпечення виконання зобов'язань» (1975), «Научно-техническая информация и право» (1978), «Договорные отношения в области научно-технического прогресса» (1981), «Договоры на научно-исследовательские и конструкторские работы» (1976), «Правовые формы научно-технического сотрудничества» (у співавт., 1976), «Залоговое право» (1993), «Основы патентного права Украины (изобретение, полезная модель, промышленный образец, товарный знак)» (1994) та ін.

Ч. Н. Азімов брав участь у підготовці підручника «Советское гражданское право» 1977 та 1983 рр. видання, за що у 1984 р. був відзначений Державною премією України. Є співавтором і одним із редакторів підручника «Цивільне право України: Частина 1» (2000 р.).

Ч. Н. Азімов проводив велику роботу з підготовки науково-педагогічних кадрів. Це був педагог за покликанням. Під його безпосереднім керівництвом одержали путівку в науку близько двох десятків докторів та кандидатів юридичних наук. Протягом багатьох років Ч. Н. Азімов був заступником голови спеціальної вченої ради при Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого. Тривалий час він керував студентським науковим гуртком. До нього часто приходили за порадою і знаходили підтримку. З любов'ю і повагою ставилися до нього колеги та учні.

Самовіддана праця Ч. Н. Азімова одержала високу оцінку. Він був обраний членом-кореспондентом Академії правових наук України, академіком Академії інженерних наук України, нагороджений Почесною грамотою Президії Верховної Ради Білорусії за успіхи у науковій роботі та підготовці наукових кадрів.

Президія Академії правових наук України, ректорат Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, кафедри цивільного права №1 та №2, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» глибоко сумують з приводу смерті Ч. Н. Азімова.

Світла пам'ять про **Чингізхана Нуфатовича Азімова** назавжди збережеться у серцях колег, учнів, друзів, рідних, усіх, кому випало щастя з ним спілкуватися. Його життя і творчість завжди будуть зразком для наслідування.

Земля йому пухом!

## ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

<i>Рабінович П.</i> Проблеми трансформації методології вітчизняного правознавства: досягнення, втрати, перспективи .....	3
<i>Цвік М.</i> Про систему юридичних актів .....	14
<i>Клімашевська Ю., Савицький В., Швець М.</i> Сучасні проблеми інформатизації судочинства .....	24
<i>Колісник В.</i> Форми використання національно-етнічного чинника в системі територіальної організації держави .....	34

## ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Єрмолаєв В.</i> Віче в Київській Русі: питання компетенції (IX— середина XII ст.) .....	45
<i>Козаченко А.</i> До проблеми кваліфікації державно-правового зв'язку між Україною і Росією за Переяславсько-Московською угодою 1654 року (з нагоди 350-річчя укладення угоди) .....	55
<i>Дмитрієв А.</i> Вестфальський мир 1648 р. як основа першого світового правопорядку .....	64

## ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

<i>Підопригора О.</i> Розмежування і взаємодія публічного і приватного права як методологічна проблема вітчизняного правознавства .....	77
<i>Сібільов М.</i> Ознаки та поняття договору в сфері приватного права .....	87
<i>Спасибо-Фатєєва І.</i> Проблеми перетворення державної власності і здійснення корпоративних прав держави .....	94
<i>Луспеник Д.</i> Застосування статті 10 Конвенції про захист прав і основних свобод людини при розгляді судами справ за позовами про захист честі, гідності і ділової репутації .....	106

## ПИТАННЯ ФІНАНСОВОГО ПРАВА

<i>Кучерявенко М.</i> Правовий механізм податку .....	112
---	-----

## ПРАВО І ЕКОЛОГІЯ

<i>Шульга М.</i> Набувальна давність на земельну ділянку: на шляху з минулого в майбутнє .....	116
<i>Соколова А.</i> Предмет флористичного права .....	126

## ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

<i>Щокін Ю., Свояк Д.</i> Юридична природа привілеїв та імунітетів міжнародних міжурядових організацій та їх персоналу .....	132
--	-----

## ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

<i>Зеленецький В.</i> Методологічна функція загальної теорії боротьби зі злочинністю .....	143
--	-----

<i>Журавель В.</i> Криміналістичні прогнози: форми та шляхи реалізації .....	157
<i>Шерстюк В.</i> Правова регламентація використання знань обізнаних осіб у проектах Кримінально-процесуального та Цивільного процесуального кодексів України .....	161
<i>Сімакова-Єфремян Е., Лук'яненко В.</i> Використання спеціальних знань за новим Митним кодексом України .....	169

### **ТРИБУНА ДОКТОРАНТА**

<i>Дашковська О.</i> Гендерна рівноправність в історичному ракурсі ....	178
---	-----

### **НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ**

<i>Цесарський Ф.</i> Деякі проблеми реалізації захисної функції профспілок .....	186
<i>Нагорнюк О.</i> Значення ідей О. Кістяківського для сучасної кримінально-правової науки: проблеми історичного методу та наступності .....	191
<i>Подільчак О.</i> Підсумки дослідження судової практики за кримінальними справами щодо злочинів, учинених жінками у 1997–2001 роках .....	203

### **РЕЦЕНЗІЇ**

Прогрес і еволюції антропології права ( <i>В. Буткевич</i> ) .....	210
Перше фундаментальне дослідження в галузі податкового права ( <i>Л. Воронова</i> ) .....	215

### **НАУКОВЕ ЖИТТЯ**

Міжнародна науково-практична конференція «Теорія та практика судової експертизи і криміналістики» ( <i>М. Цимбал, В. Шепітько</i> ) .....	219
«Круглий стіл» «Актуальні проблеми українського право- і державотворення» ( <i>В. Гончаренко, М. Страхів, В. Ткаченко</i> ) ...	226

### **НАУКОВА ХРОНІКА**

Лауреати Премії імені Ярослава Мудрого .....	239
--	-----

### **НАШІ ЮВІЛЯРИ**

<i>Валентин Карлович Мамутов</i> .....	242
<i>Ярославна Миколаївна Шевченко</i> .....	244
<i>Тетяна Вікторівна Ворфоломєєва</i> .....	246
<i>Юрій Семенович Червоний</i> .....	247

<b>Пам'яті Чингізхана Нуфатовича Азімова</b> .....	249
--	-----

Збірник наукових праць

Вісник  
Академії правових наук  
України

№ 4 (31)

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 18.12.02.  
Формат 60x84 1/16. Папір офсетний. Гарнітура Newton.  
Ум. друк. арк. 15. Обл.-вид. арк. 14,7. Вид. № 140.  
Тираж 500 прим. Ціна договірна. Зам. 201

Видавництво «Право» Академії правових наук України  
Україна 61002 Харків, вул. Мироносицька, 29  
(Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи  
до державного реєстру видавців, виготовників і розповсюджувачів  
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001)

Друкарня ПВПП «Слово»  
Україна 61024 Харків, вул. Лермонтовська, 27

## **До відома юридичної громадськості**

*Запрошуємо науковців і практичних працівників надсилати свої статті до редакційної колегії Вісника.*

*Статті мають бути обсягом не більше 12 друкарських сторінок, у 2-х примірниках, надруковані через 1,5 інтервали, українською мовою. Посилання на використані джерела слід вміщувати унизу відповідної сторінки, нумерацію посилань на кожній сторінці розпочинати з цифри 1.*

*З метою оперативного випуску Вісника статті та інші матеріали слід надсилати разом з дискетою, на якій вони записані.*

*Тексти ненадрукованих рукописів авторам не повертаються.*

Наукові погляди авторів статей можуть не збігатися з позицією редакційної колегії.

Редакційна колегія залишає за собою право на рецензування, редагування, скорочення рукописів. За достовірність інформації та статистичних даних, що містяться у статтях, відповідальність несе автор.