

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

№ 4 (43)

Заснований у 1993 році



Харків
2005

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), *Ю. В. Баулін*, *Ю. П. Битяк*, *В. І. Борисов*, *М. В. Буроменський*, *Л. К. Воронова*, *Ю. М. Грошевий*, *І. М. Даньшин*, *В. В. Комаров*, *В. О. Коновалова*, *О. Л. Копиленко*, *О. Д. Крупчан*, *Н. С. Кузнєцова*, *В. В. Луць*, *В. К. Мамутов*, *О. П. Орлюк*, *М. І. Панов*, *О. В. Петришин*, *М. Я. Сегай*, *М. М. Сібільов*, *В. Ф. Сіренко*, *О. В. Скрипнюк*, *І. В. Спасибо-Фатєєва*, *В. В. Сташис*, *В. П. Тихий*, *Ю. М. Тодика*, *М. Я. Швець*, *Ю. С. Шемиченко*, *В. Ю. Шепітько*.

Адреса редакційної колегії: 61024 Харків, вул. Пушкінська, 70, Академія правових наук України, тел. 704-19-01.

© Академія правових наук
України, 2005
© «Право», 2005

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

В. Селіванов, член-кореспондент АПрН
України

Поняття і категорії* в процесі історичного розвитку юридичної науки

Юридичні поняття і категорії як результат руху юридичного світогляду, юридичного мислення, юридичної думки, правових традицій, розвитку вітчизняної юридичної науки. Правовий світогляд в історії соціального руху, зокрема в історії правознавства, не просто включає в себе і зберігає нароблене теоретичним і практичним досвідом. Він є певною формою руху людського правового мислення, який не тільки кількісно збільшується, автоматично поглинаючи, певним чином акумулюючи старі думки, погляди, юридичне знання, а й якісно змінюється, перебудовується під впливом як внутрішніх суперечностей між окремими логічними формами, так і зовнішніх — між конкретно-історичними суспільними фактами й обставинами, а також між сформульованими абстракціями і реальними явищами.

Юридична думка як результат правового мислення, щоб бути дійвою в процесі практичної різноманітної державної діяльності, має ґрунтуватися на поняттях, що відображають постійний діалектичний рух і зміну соціальної, зокрема державної, дійсності і рухливих визначеннях відповідних понять. Логічна форма відображення державної дійсності завжди має відображати рух, переходи реальних державно-владних явищ. Тому й рух юридичних понять від реальної соціальної дійсності, що безпосередньо відчувається, до сутності явищ, зокрема правових і державних, є закономірним процесом правового мислення, пізнання правової й державної дійсності. Проте це не означає, що правове мислення творить конкретну правову і державну дійсність, конкретні правові і державно-владні явища. Навпаки, саме на основі пізнавального руху від цих явищ до їх сутності, від сутності, як говориться,

* Під юридичною категорією в цій статті розумітиметься гранично широка, найбільш загальна абстракція правового або державного явища, його сутності.

менш глибокого порядку до сутності більш глибокого порядку відбувається уявна побудова структури правових і державних явищ та їх форм. Це і є результатом процесу правового мислення, пізнання правової й державної дійсності. Тому і історія юридичної думки по суті збігається, зокрема, з закономірностями правового мислення. Тобто історія духовного опанування конкретно-історичною правовою і державною дійсністю нерозривно пов'язана з історією практичної юридичної діяльності й юридичної науки. Всі спроби замовчати або переписати історію у кінцевому результаті відображаються на наступних генераціях, які мають прийти на зміну теперішній.

Нині на теоретичному рівні всіх наукових досліджень в Україні, в тому числі юридичних, мають відбуватися критичне оцінювання систем знань, що вже були попередньо створені, пояснення фактів зовнішнього світу, головним чином через розкриття суті досліджуваної події, закономірності взаємозв'язку теперішнього й тенденцій майбутнього розвитку цього світу. І відбуватися це повинно за допомогою не тільки раціональних методів, а й, що особливо важливо визнати, ірраціонального (такого, що його не можна нині виразити в логічних формах, довести і можливо навіть в той чи інший час емпірично перевірити, інтуїтивного (віра) тощо). «Раціональне та ірраціональне, — зазначає В. Налімов, — є двома засадами нашої свідомості, які доповнюють одна одну. Їх гармонізація — в їхній сумісності, нероздільності, причетності»¹. В цьому плані і вітчизняна юридична наука має відображати не тільки раціональні знання, зокрема взаємозв'язки тих чи інших понять, що породжені в даній системі правової культури, а й правові традиції², що виробляються і підтримуються людьми певної суспільної культури, поведінка яких ґрунтується на певних моральних засадах³, які об'єктивно складають духовну структуру національної ідеї будь-якої країни.

Культура, в тому числі правова і політична, для людини з моменту усвідомлення її значення відігравала в житті роль програми людської діяльності, програми дій відповідно до нагромадженого досвіду, стереотипів поведінки. Головною проблемою людей протягом всього їхнього історичного розвитку було не стільки виробництво матеріальних благ, не захист від можливої втрати матеріальних засобів і знарядь виробництва, скільки підтримання і розвиток здатності людини до власного відтворення як виду. І в цьому їй допомагали опановані нею культурні,

¹ Налімов В.В. В поисках иных смыслов. — М., 1993. — С. 92–93.

² Традиція (лат. Tradition) — передавання.

³ Див.: Цыбулевская О.И. Нравственные основания современного российского права // Право и политика. — 2004. — № 4. — С.15–23.

зокрема наукові, програми, які відкривали і продовжують відкривати шлях для відтворення матеріальних знарядь і засобів виробництва. Відновлення ж утраченої культури (матеріальної й духовної), як правило, становило для людини проблему певної складності, котра зумовлювалася як рівнем пізнавальної суспільної потреби, так і рівнем суспільної можливості її задоволення. Що ж до некритичної абсолютизації значення наукових знань, їх раціонального аспекту в світі, який постійно змінюється відповідно до потреб історичного соціального розвитку, то вона (абсолютизація) завжди становила певне джерело соціальної небезпечності.

Що стосується ірраціонального, то воно відіграє особливу роль в епохи історичного розколу часу, перехідні соціальні періоди, коли кардинально змінюються традиційні системи соціальних цінностей, хитаються стабільні соціальні підвалини, міняються місцями звичні для людини в цих чи інших сферах «верх» і «низ», «коли треба, — писав М. Волошин, — із закритими очима, як сліпцю, всередині себе намацати ті тяжіння, ті точки опори, які вислизнули у світі зовнішньому»¹. І тут віра, переконання індивіда можуть здійснити те, що для його розуму, на перший погляд, вважатиметься справжнім божевіллям. Якщо в координатах теперішнього часу, раціональному пізнанні творчу силу має жити певний скептицизм, то щодо майбутнього, то тут особливо важлива віра «як вольова сила, що дає обличчя невидимому, але вже існуючому»² реальному.

Якщо йдеться, зокрема, про правові традиції, то маються на увазі такі моделі чуттів, правового мислення, правомірної поведінки сторін юридичних відносин тощо, елементи дійсної або уявної належності до соціально-культурної спадщини, які передаються від однієї генерації певних соціальних груп до іншої, оцінюються ними позитивно або негативно і оберігаються в подальшому в певній формі соціальної взаємодії³.

Строк життєздатності тієї чи іншої правової традиції визначається її реальними можливостями в нових історичних умовах сприяти цілісності соціальної, зокрема правової, дійсності. Сліпе схиляння перед правовою традицією без розуміння її реальних потенційних можливостей в нових історичних умовах, її джерел веде до косності, зокрема в державній правовій політиці, її формулювання й реалізації. В той же час ігнорування правових традицій або їх неправильне тлумачення в процесі, зокрема, фор-

¹ Волошин М. Россия распятая. — М., 1992. — С. 149.

² Там само.

³ Див. розуміння загального поняття традиції польським філософом Е.Щацьким (Щацький Е. Традиция. Обзор проблематики // Утопия и традиция. — М., 1990. — С. 359).

мулювання правової політики нової держави веде до порушення наступності у правовому розвитку державно впорядкованого суспільства, в тому числі суспільної правової й державної культури, а тим самим до втрати цінних правових здобутків попереднього суспільства.

Виявити правові традиції певного суспільства, що можливо, як видається, лише за допомогою філософії права, означає по суті визначити базові правові ідеї й вірування, на яких ґрунтуються реальні юридичні відносини, і зрозуміти різноманітні орієнтири історичного правового розвитку даного суспільства.

Правові традиції як певні соціальні цінності правової культури конкретного суспільства характеризуються як загальними рисами правового суспільного розвитку (тобто притаманними й іншим народам, суспільствам), так і особливими, неповторними (характерними саме для даного народу, суспільства), які зумовлюються насамперед потребами й інтересами даного пануючого класу, його цінностями, що впливають на визначення цілісності існуючої правової культури. Виявлення пануючих у суспільстві соціальних цінностей, що зумовлюють особливий характер правових традицій, становить важливе завдання як історії філософії права, так і загальної історії права, особливо коли йдеться про порівняльні дослідження.

Щодо вітчизняної юридичної науки, як і будь-якої іншої суспільної науки, то вона існує і функціонує у вигляді певної системи, множини юридичних знань, понять, концепцій, теорій, які не тільки відрізняються, конкурують між собою, а й стикаються, взаємодіють, доповнюють одна іншу, сприяючи тим самим цілісності не тільки самої юриспруденції, а й конкретного державно впорядкованого суспільства.

Діалектичний зв'язок юридичних понять і юридичних явищ. Як відомо, процес пізнання реальних явищ (природних і соціальних) полягає в тому, що на основі практично-предметного досвіду розвивається розум людини, продуктом котрого є поняття як певні судження, теоретичні абстракції реальних явищ, що досліджуються. Після продукування науковими дослідниками так званих первісних понять вони у співвідношенні із своїми основами і наслідками співвідношення знову пізнаються розумом і, врешті-решт, систематизуються певною наукою, в тому числі, якщо йдеться про юридичні явища й їхні поняття, юридичною.

Рух юридичних (і не тільки) понять завжди ґрунтується на діалектиці руху реальних державно-владних і політико-юридичних явищ. Тобто не явище повинно йти за поняттям, а будь-яке поняття — за від-

повідним явищем¹. Інакше в процесах пізнання і впровадження в життя одержаних знань може виникнути ситуація формалізму, штучності, коли йтиметься лише про висновки досліджень закономірностей тих або інших реальних явищ, що досліджуються, визначення певних учених або політиків, які (висновки і визначення) суперечитимуть реаліям сьогодення. Невипадково Голова Верховної Ради України В. Литвин зазначав, зокрема, що «... конституційна система під впливом існуючих у державі політичних сил не стала еволюціонувати в бік класичної демократії, як закладено в Конституції, а натомість почали проявлятися тенденції до поступового формування авторитарної моделі політичної системи»². Суб'єктивний характер людських тлумачень підкреслював і І. Кант. «Людський розум, — писав він, — як і усяка інша сила природи обмежений дією певних законів. Помиляються не тому, що розум поєднує поняття, не додержуючись правил, а тому, що і за ним заперечують ту ознаку, яку не помічають за річчю, і вважають, що *те не існує*, що *не усвідомлюють* як таке, що стосується даної речі»³. Доволі поширеною, особливо серед «практиків», є теза, згідно з якою та або інша річ не існує тому, що не може існувати. Не слід забувати думку І. Канта, відповідно до якої «розум бачить лише те, що сам створює за власним планом»⁴.

Кожне юридичне поняття (категорія) має бути кінцевим результатом узагальнення реальних юридичних фактів життя людини, а не його (узагальнення) початком. Рух юридичних понять (категорій) — це, по суті, відтворення в теоретичній формі дійсного руху реальних державно-владних і юридичних явищ у всій їх суперечності, що зумовлює переривчастий характер цього руху, різні його переходи.

¹ «Порядок ідей, — зазначав відомий італійський дослідник Джамбаттіста Віко (1668–1744), — має прямувати за Порядком речей». (*Джамбаттіста В. Основания Новой науки / Пер. с итал. — М.; К., 1994. — С. 91*). Термін «речі» учений, як і його попередники, використовував у найширшому розумінні слова, маючи на увазі і природні явища, і предмети людського творіння, серед них людські думки, ідеї, об'єктивовані в мові, легендах, міфах, народних піснях, юридичних нормах тощо. Саме тому, вважав Віко, пізнання природи речей людських має ґрунтуватися на суворому аналізі за допомогою людських думок щодо необхідності в суспільному житті (Див.: Там само. — С. 117).

² Конституційна реформа і першочергові пріоритети державного будівництва в Україні. Володимир Литвин, Голова Верховної Ради України // *Голос України*. — 2005. — 25 черв.

³ *Кант И.* Исследование отчетливости принципов естественной теологии и морали. 1764 // *Сочинения: В 8 т. — М., 1994. — Т. 2. — С. 179.*

⁴ *Кант И.* Критика чистого разума // Там само. — Т. 3. — С. 21.

Методологічна роль наукових юридичних понять і категорій. Чому поняття і категорії юридичної науки, як і будь-якої іншої науки, відіграють методологічну роль? Насамперед, як видається, тому, що, закріплюючи й відображаючи результати теоретичних досліджень своїх об'єктів і предметів пізнання, вони дають нам певний погляд на розуміння явищ, що досліджуються, їхньої реальної сутності, їхнього колишнього, сущого й прийдешнього. Будь-які системи ідей, наукових знань, зокрема юридичних і політичних, що виконують в житті людей функцію певних теоретичних моделей соціальної дійсності, в яких тим або іншим чином відображається істинність останньої, будуються на основі певних вихідних понять, категорій, що відіграють у суспільній предметно-практичній діяльності і науці роль певного засобу осягнення значення того чи іншого об'єкта (предмета) пізнання і перетворення, тобто певну методологічну роль¹. Невипадково питання про походження наукових понять і категорій в свій час розглядалося навіть як основне питання філософії².

Наукові поняття і категорії юридичної науки, зокрема правознавства, тобто юридичні теоретичні абстракції права або його окремих сторін як реального соціального явища, що певним чином упрощуються в юридичну науку, закони та інші нормативно-правові акти є певними результатами правового мислення, міркування. На основі існуючих наукових юридичних понять і категорій, в яких оформлюються певні знання, розробляються, як слушно зазначав значний український учений-філософ В. Шинкарук, програмні концепції практичної діяльності по розв'язанню актуальних з погляду передусім суб'єкта влади і державної ідеології соціальних проблем³.

Щодо юридичних ідей і понять, то вони не конструюють реальну правову і державну дійсність, але й не пасивно відображають її. Вони

¹ Зокрема, щодо юридичної науки див.: *Васильев А. М.* Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. – М., 1976; *Автономов А. С.* Правовая онтология политики: к построению системы категорий. – М., 1999; *Бержель Ж.-Л.* Общая теория права / Под общ. ред. В. И. Даниленко / Пер. с франц. – М., 2000; *Керимов Д. А.* Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). – 2-е изд. – М., 2001; *Алексеев С. С.* Восхождение к праву. Поиски и решения. – М., 2001; *Державотворення і правотворення в Україні: досвід, проблеми, перспективи* / За ред. Ю. С. Шемшученка. – К., 2001; *Загальна теорія держави і права: Підручник для студентів юрид. вищ. навч. закл.* М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. П. Богачова та ін.; За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х., 2002; *Категории политической науки: Учебник.* – М., 2002.

² Див.: *Мюллер М.* Наука о мысли. – Х., 1891. – С. 13–14.

³ Див.: *Шинкарук В.* Громадянське суспільство, держава, ідеологія // *Куди ми йдемо?* Мат. наук.-практ. конф. «Ідеологія та ідейно-політичні засади державного будівництва в Україні». 24–25 грудня 1992 р. – К., 1993. – С. 29.

виконують, зокрема, роль певних значень правової й державної дійсності, в яких відображається міра істинності цієї дійсності, певної її моделі, на основі якої й формулюються проекти певних юридичних актів. Різноманітні юридичні ідеї й поняття складають зміст юридичних знань, спрямованих на розкриття сутності і змісту реальної правової й державної дійсності, зокрема державної політики, законодавчої діяльності, державного управління тощо, та оформлення їх в юридичних поняттях. В цьому, як видається, полягає соціальна цінність цих понять. «Той, — слушно зазначав М. Бердяєв, — хто пізнає, не є пасивним відбивачем буття і не є активним його творцем, він живий діяч у бутті, той, хто розвиває буття, підвищує творчу енергію буття, творить цінності буття»¹.

Юридичні поняття і категорії є складовими понятійного апарату юридичної науки, зокрема правознавства. В процесі становлення вітчизняного правознавства цей апарат відображає реальні правові явища, конкретні аспекти права, які так чи інакше виявляються у різних його визначеннях, насамперед визначенні права як певного регулятора поведінки людей, як форми прояву справедливості, свободи, тобто як соціальної цінності і водночас як певного нормативного засобу балансу соціальних інтересів, як політичного інструменту, як основи і засобу забезпечення державного управління тощо. Тим самим понятійний апарат правознавства набуває нині (як, до речі, і завжди) значної культурної цінності і має для суспільного руху більше значення, ніж навіть відкриття природничонаукового характеру, бо істина в праві, якої цей апарат торкається, безпосередньо зачіпає інтереси людей. Тому актуальним і сьогодні залишається відоме міркування Т. Гоббса про те, що вчення про право, владу і несправедливість в суспільстві «постійно оспорюються як пером, так і мечем...»².

Що стосується вітчизняного правознавства як складової вітчизняної юридичної науки, то воно, як видається, має бути, по-перше, побудованим на основі поняття «право»³. Тому завжди було і нині залишаються важливими його правильні тлумачення і розуміння. По-друге, право має бути спрямованим під впливом об'єктивних потреб суспільного руху, зокрема розвитку самої юридичної науки, на подальше пізнання право-

¹ *Бердяев Н. А.* Философия свободы // *Философия свободы. Смысл творчества.* – С. 79–80.

² *Гоббс Т.* Левиафан, или материя, форма и власть государства церковного и гражданского // *Сочинения: В 2 т.* – М., 1991. – Т. 2. – С. 79.

³ Поняття права як певна форма юридичного знання – це пізнана єдність правової сутності і явища реальної соціальної дійсності (див.: *Нерсисянц В. С.* Сравнительное правоведение в системе юриспруденции // *Государство и право.* – 2001. – № 6. – С. 6).

вої дійсності українського суспільства, важливою складовою якої (дійсності) є сама юридична наука.

Юридичне мислення і правова дійсність. Суб'єктивне юридичне мислення і об'єктивна правова й державна дійсність мають загальне — закономірності руху соціального буття, хоча і юридичне мислення, і, зокрема, правова дійсність рухаються відповідно до своєї логіки, власного джерела руху, суперечностей, що містяться в них і зумовлені реальними як матеріальними, так і духовними чинниками. В цьому і полягає, по суті, закономірність відносної тотожності юридичного мислення й правової дійсності. Але, як видається, закономірності юридичного мислення й правової дійсності, органічною складовою якої є, зокрема, мислення, в процесі пізнання цієї дійсності не повинні ні протиставлятися, ні ототожнюватися. Як юридичне мислення бере свій зміст із правової дійсності, юридичної практики, так і остання в своєму русі має ґрунтуватися, зокрема, на істинних логічних формах юридичного пізнання, закономірностей цих дійсності, практики. Певний результат пізнання — логічні форми (наприклад, поняття) набувають в процесі їх впровадження в суспільну практику об'єктивного характеру, бо незалежно від суб'єктивного характеру пізнання ці форми відображають об'єктивну правову дійсність, яка за своєю природою є рухливою, динамічною. «Так як думка прагне скласти *поняття* про речі, — зазначав Гегель, — то це поняття (а отже, також і його найбезпосередніші форми — судження і умовивід) не може складатися з визначень і відносин, що чужі і є зовніми до речей»¹. Тобто юридичні думки не повинні бути чужими явищам, що пізнаються. Вони мають відображати, відтворювати реальну, незалежну від юридичної свідомості сутність юридичних явищ, їх реальне загальне й особливе, їхню істину. Але в дійсності конкретна логічна форма юридичного мислення не просто органічно пов'язана із юридичною свідомістю, а пов'язана з мисленням конкретного дослідника закономірностей чинного права. В цьому полягає зв'язок суб'єктивного й об'єктивного, зокрема можливість розриву між логічними формами пізнання і реальними юридичними явищами, особливо тоді, коли логічна форма юридичного мислення на відміну від постійного руху і змін реальних юридичних явищ, завдяки їх внутрішнім суперечностям, позбавлена відповідних руху, переходів. Звідси можна говорити про продукти юридичного мислення (зокрема, про поняття) як приблизну копію, суб'єктивну модель юридичної дійсності, природа якої багатша навіть за людські уявлення, не говорячи вже про ре-

¹ Гегель. Энциклопедия философских наук. — Т.1. Наука логики. — М., 1974. — С. 121.

альне бачення дослідника, що завжди відображає ступінь розуміння даним ним сутності цієї дійсності¹. Все людське пізнання, наголошував ще І. Кант, не може дати нічого такого, щоб могло порівнятися із сферою застосування одержаних знань, не кажучи вже про те, щоб перевершити її².

Одержані в процесі юридичного пізнання юридичні знання спрямовані на правову дійсність, звідки вони, по суті, і постають. Правова, зокрема юридична, дійсність — це одна з форм об'єктивної соціальної реальності, яка знаходить певне відображення у суспільній юридичній свідомості. Руху правової дійсності має відповідати рух юридичних уявлень, понять тощо. Відірвати рух юридичного мислення, на який, безумовно, впливають інші соціальні чинники, — це означає обмежити істинність юридичних понять, які згодом можуть застосовуватися в юридичній практиці, зокрема в законодавчій діяльності, а відтак, обмежити ефективність останньої.

Юридичне мислення, його прогностична функція. Можна стверджувати, що певне праворозуміння, розуміння сутності правових і юридичних відносин, різні юридичні поняття, концепції, теорії, врешті-решт юридична наука в цілому конкретно-історичного суспільства — духовні продукти юридичного мислення, правосвідомості, прогресу пізнання чинного права. Ці продукти дійсно впливають із реальних духовних і матеріальних історичних фактів — умов, обставин, чинників тощо соціального, серед нього правового, буття. Але соціальне буття, в тому числі правова дійсність, не знаходиться безпосередньо поза людських органів і чуттів, а також людської свідомості, зокрема правосвідомості. «...Немає жодного поняття в людському розумі (mind), — зазначав Т. Гоббс, — яке не було б породжено первісно, в цілому або частково, органами чуттів. Все інше є похідним від нього»³.

Будь-який історичний рух включає певні свідомі мотиви, відображається через органи чуттів в головах людей, які є його безпосередніми учасниками. Проте процес пізнання людей відбувається лише там, де людська свідомість набуває дійсної сили, де вона здійснюється над власною емпіричною обмеженістю, над стихійним, дискретним перебігом подій, де вона набуває якості самосвідомості. Йдеться про властивість людського розуму не тільки виокремлювати своє місце, роль, окремі речі, серед них власні думки тощо, в природному процесі життя, а й осмислювати і переосмислювати ці думки, доходити до істини в процесі пізнання. Відомо, що істи-

¹ Див. також: Введение в теорию государственно-правовой организации социальных систем / Под общ. ред. Е. Б. Кубко. — К., 1997. — С. 30.

² Див.: Кант И. Единственно возможное основание для доказательства бытия Бога. 1763 // Сочинения. — Т. 1. — С. 418.

³ Гоббс Т. Левиафан... / Сочинения: В 2 т. — Т. 2. — С. 9.

на — це в певному розумінні *index sui et falsi*. «Люди спочатку відчують, не помічаючи, — формулював одну із своїх аксіом Віко Джамбаттиста, — розкриваючи основну закономірність людської свідомості, — потім помічають схвильованою і збентеженою душею; врешті обмірковують чистим розумом»¹. «Всі ідеї спадають на думку від відчужень або рефлексій», — зазначав також Дж. Локк. Під останньою він розумів «те спостереження, якому розум піддає свою діяльність і засоби її прояву, внаслідок чого в розумі виникають ідеї цієї діяльності»². Коли ми мовимо, що «людина розуміє», то це ще не означає, що вона усвідомлює саме те, що вона бачить і пам'ятає, що вона усвідомлює саме це, а не щось інше.

Людському розуму притаманна здатність формулювати певні наукові абстракції — поняття та категорії, які, безумовно, мають певну емпіричну, досвідну основу. В цьому по суті полягають природний прогрес людського пізнання, розвиток логіки людської думки. Саме тому самопізнання розглядається як велика перевага людини над іншими тваринами. Датський фізик Н. Бор слушно зазначав, що «ніяке дійсне людське мислення неможливе без застосування понять...»³. Наприклад, замало описати ознаки права, зрозуміти його сутність, необхідно висловити її у формі абстрактної думки, поняття і спрогнозувати тенденцію розвитку. В цьому саме полягає цілісність змісту теоретико-пізнавальної функції юридичної науки, яка не повинна зводитися лише до аналізу або діагнозу досліджуваних юридичних явищ. Тільки органічна взаємодія опису, пояснення і прогнозування тенденцій руху цих явищ як відносно самостійних стадій теоретико-пізнавального процесу може забезпечити здатність юридичної науки системно виконувати свою гносеологічну функцію, сприяючи ефективності юридичної практики⁴. Причому слід зазначити, що зображення руху державно-юридичних явищ у процесі юридичного мислення є, як наголошував В. Ленін у конспекті книги Гегеля «Лекції з історії філософії», завжди певним огрубленням, омертвлянням. І це стосується не тільки думок людини, а й її чуттів, не тільки явищ, а й їх понять.

Поняття і категорії як певний результат творчої пізнавальної діяльності людини, як «похідна реальність» широко використовуються людьми у всіх сферах суспільного життя, серед них — у сфері державно-

¹ Джамбаттиста В. Вказ. праця. — С. 88.

² Локк Дж. Опыт о человеческом разумении // Сочинения: В 3 т. — М., 1985. — Т. 1. — С. 154, 155.

³ Бор Н. Атомная физика и человеческое познание. — М., 1961. — С. 45.

⁴ Див.: Сафаров Р. А. Прогнозирование и юридическая наука // Сов. государство и право. — 1969. — № 3. — С. 94; Бестужев-Лада И. В. Поисковое социальное прогнозирование: перспективные проблемы общества. Опыт систематизации. — М., 1984. — С. 16.

юридичної організації суспільних відносин, насамперед для подальшого пізнання об'єктивної реальності з метою пристосування до неї або перетворення. Саме тому наукові абстракції у формі понять і категорій відіграють в житті людини значну роль. Вони складають понятійно-категоріальний апарат будь-якої науки як одного з її важливих і складних пізнавальних інструментів. Наука відображає у мисленні конкретний об'єкт (предмет) пізнання абстрактно, в системі певних понять і категорій, які в свою чергу і становлять засоби подальшого теоретичного пізнання. Кожна наука (і природнича, і соціальна), осягаючи свій конкретний предмет за допомогою не тільки загальнонаукових, а й своєрідних, специфічних понять і категорій, являє собою особливу теорію діалектичного руху цього предмета. Нове в теоретичній діяльності, науці, як правило, не вигадується, воно виникає тільки на основі процесу переборення старого. М. Лифшиц слушно зазначає, що «минуле розкривається для теперішнього, коли це теперішнє досягає певного рівня розвитку»¹. Можна лише додати — за умови, що в дійсності існують певні масові явища, які мають бути перетворені і можуть бути відтворені, коли є типове, а не одиничне. Немає типовості, немає повторення в суспільному бутті, а отже, немає реальної суспільної потреби упорядкування того або іншого соціального явища чи процесу, немає предмета наукового дослідження, немає науки. Безумовно, це стосується й юридичної науки, яка покликана, зокрема, вивчати закономірності юридично-нормативного регулювання різноманітних суспільних відносин², що об'єктивно складаються на основі реальних потреб та інтересів окремих осіб й їхніх організацій, постійно повторюються і заради цілості суспільної взаємодії підтримуються та захищаються державою.

Наукові юридичні поняття і категорії як форми переломлення, опосередкування у певних юридичних знаннях правової й державної дійсності теж формулюються на основі повторюваності соціальних, зокрема юридичних, явищ і процесів, що потребують свого впорядкування, врегульованості, задля блага цілого, зокрема державно впорядкованого, суспільства. Вони є певним підсумком пізнання реальної державно-юридичної дійсності і становлять певний результат конкретного теоретичного синтезу вже напрацьованих юридичною наукою і використуваних нею для пізнання зазначеної дійсності понять і категорій.

¹ Лифшиц М. А. Джамбаттиста Віко // Джамбаттиста В. Вказ. праця. — С. 11.

² Щодо економічних відносин, то Ф. Енгельс, зокрема, зазначав, що на певному історичному етапі виникає суспільна потреба «охопити загальним правилом акти виробництва, розподілу і обміну продуктів, що повторюються кожного дня» (Маркс К., Енгельс Ф. Твори. — Т. 18. — С. 263).

До речі, поняття можуть мати різноманітні визначення, але все ж таки вони завжди повинні відображати сутність реального явища чи процесу як об'єкта (предмета) пізнання і тому відповідати певним вимогам — однозначності, визначеності, точності тощо. Як певний інструмент пізнання реальної дійсності, зокрема юридичної, наукові поняття і категорії мають у часі відповідати цій дійсності, яка постійно змінюється. В цьому плані, як слушно зазначає А. Хоцей, «пливуть не поняття, а тече реальність, що відображається в них. Самі ж поняття як інструмент мислення схоплюють в реальності, що змінюється, тільки її усталені риси, тільки її визначеність»¹. Тому приведення наукових абстракцій у відповідність з реальністю, що змінюється, є постійною методологічною проблемою будь-якої науки — суспільної, природознавчої, технічної².

Що ж до юридичних понять і категорій, то вони, будучи так чи інакше результатом «руху» суб'єктів правосвідомості і, зокрема, юридичної нормотворчості відповідно до найбільш значних соціальних проблем і суперечностей, реальних потреб суспільної практики, не є простим відображенням соціальної дійсності. Наукові поняття юридичної науки, тобто юридико-теоретичні абстракції, а також юридичні закони та інші нормативно-правові акти, продукти законодавчої діяльності тощо є певними результатами суспільного мислення, формою певних ідей і тільки як такі результати вони здатні сприяти як розкриттю змісту і сутності цих ідей, так і практичному розвитку об'єктивної реальності, зокрема, юридичним перетворенням.

Теоретичне визначення права в широкому філософському розумінні слова — це по суті питання нашого праворозуміння як певної світоглядної основи правознавства. Продуковане знання про право може бути ефективним тоді і настільки, коли і оскільки його вимір є багатоаспектним, системним, зокрема гуманним, правовим його вихідне розуміння³.

Юридична дійсність і юридична наука, зокрема правознавство, є не тільки взаємозалежними, а й взаємододатковими явищами, бо процес пізнання юридичної дійсності є по суті складовою цією дійсності, а юридична дійсність — складова соціальної дійсності. На відміну від деяких соціальних явищ ненормативного характеру чинне право є нині компонентом

¹ Хоцей А. С. К вопросу о диалектике // Есть ли бог? – Владимир, 2000. – С. 234.

² Обгрунтовуючи засади своєї філософії досвіду, В. Дільтей зазначав: «Абстрактне мислення, пізнання, знання утворюються тільки через історичний процес абстрагування» (Дильтей В. Основная мысль моей философии // Вопр. философии. – 2001. – № 9. – С. 123).

³ Див.: Мамут Л. С. Социальное государство с точки зрения права // Государство и право. – 2001. – № 7. – С. 6.

усіх соціальних сфер і в цьому розумінні може претендувати на безпосередню належність до суспільно-історичної практики взагалі¹. Тому, зокрема, юридична норма як певний результат наукової діяльності може бути певним предметом дослідження різноманітних напрямів та наукових шкіл юридичної науки і є нині важливим інформаційним джерелом усіх сфер суспільного життя, його функціонування й розвитку. Що ж до юридичних понять і категорій, то вони набувають здатності не тільки описувати, а й сприяти перетворенню юридичної дійсності, якщо будуть науковими, тобто відображатимуть об'єктивну реальність. І хоча жодне поняття неспроможне охопити всю складність, все розмаїття будь-якого реального соціального явища, в тому числі і чинного права, все ж кожне поняття фіксує характерні особливості цього явища і його сутність. Тому і поняття права як певна форма знання цього соціального явища — це пізнана єдність сутності й явища права². Відповідно вітчизняна юридична наука має бути інтелектуальним засобом передусім пізнання суті і змісту права та держави, державного життя, державної дійсності, в тому числі законодавчої діяльності, за допомогою притаманного цій науці дослідницького методу розроблення наукових пропозицій для практики державотворення й юридичного нормотворення, який необхідно розглядати у взаємозв'язку з іншими методами наукового пізнання, зокрема, соціальних явищ.

Надійшла до редколегії 17. 10. 05

І. Спасибо-Фатєєва, член-кореспондент АПРН України

Правовий аспект інновацій в українських реаліях

«Хай-Тек», — сказав інноватор.

«Хай так», — сказала держава.

У загальноприйнятому розумінні інновація — це нововведення, з чого випливає досить широка сфера застосування цього поняття, до якої можна віднести:

¹ Див.: Тарасов Н. Н. Метод и методологический подход в правоведении (попытка проблемного анализа) // Правоведение. – 2001. – № 1. – С. 32.

² Див.: Нерсесянц В. С. Сравнительное правоведение в системе юриспруденции // Государство и право. – 2001. – № 6. – С. 6.

1) нововведення, перетворення в економіці, техніці, соціальній та інших галузях, що сприяють створенню інтелектуальної власності;

2) синтезування нових ідей, розроблення нових теорій і моделей як у науково-технічній сфері, на виробництві, так і в соціальній сфері, включаючи правові концепції, соціальні та політичні програми;

3) впровадження у виробництво цих ідей, програм, об'єктів інтелектуальної власності з одержанням кінцевого продукту або результату.

Перша сфера є надзвичайно широкою, вона може як охоплювати життєдіяльність окремих держав, так і бути всесвітньою, оскільки цьому сприяють світові процеси глобалізації. Взаємопов'язаність економік, політичних заходів, соціальних програм, з одного боку, вимагає розвитку інноваційних процесів, а з другого — спирається на них.

Якщо першу сферу можна позначити як мегаінноваційну, то друга являє собою ті напрямки буття, в яких виникає потреба в інноваціях. Зазвичай інновації усвідомлюються як складова науково-технічної сфери, проте таке розуміння звужує їх значення, оскільки, будучи пов'язаною з генеруванням знань, інноваційна діяльність є прагненням втілення їх у виробництво, з огляду на їх результативність. Втім, науково-виробничою сферою інновації не обмежуються, оскільки важливими є також інновації в політиці¹, правових та соціальних сферах. Слід зазначити, що останні за своєю сутністю є врівноваженішими, консервативнішими за економіку та науку, тому не настільки відкриті для інновацій. Однак виникають такі історичні умови та моменти, не скористатися якими для запровадження інновацій саме в політико-соціальних сферах є не просто хибним, а й неприпустимим, інакше суспільство опиняється вже не в тих обставинах, які склалися напередодні відповідних історичних подій, а зовсім в інших. Не зупиняючись докладно на цій проблематиці, лише помітимо, що марно лунають заклики до національної ідеї, яка в Україні аж ніяк не з'являється. Хтось її очікує, хтось намагається генерувати, але результати цих спроб відчутні всім. Це само по собі свідчить про те, що українська сучасність «не вражена» соціальними інноваціями, що гірко усвідомлювати, але це якраз та ситуація, упустити яку означає бути викинутим з усталеної колії і не перейти на іншу. Звісно, що в таких випадках можна очікувати від гіршого до найгіршого — від з'їзду на узбіччя до аварії або навіть катастрофи.

Не так раптово трагічно позначаються на суспільстві вади з науково-технічною сферою інновацій, хоча результат їх прояву врешті-решт буде

¹ Чого, зокрема, не вистачає українській політиці, в якій виник навіть символ інновацій – «майдан», що між тим не привело до принципово нових підходів у побудові соціальних відносин, управлінській сфері тощо.

таким самим. Країна, в якій відсутні мотиви, механізми, стимули інноваційної діяльності, так само приречена бути викинутою з колії загальносвітової тенденції руху в цьому напрямку. Як говорив Остап Бендер, ми будемо чужими на цьому святі життя.

Стосовно впровадження у виробництво ідей, програм, об'єктів інтелектуальної власності, то йому передують ще дві відправні точки: 1) потреба суспільства в інноваціях, або ринкова потреба, а також усвідомлення необхідності корінних змін в економіці країни; 2) інтелектуальна діяльність. Отже, впроваджувальна діяльність, будучи сама по собі складним процесом із численними проблемами, які її оточують і супроводжують, насправді є остаточним ланцюгом в одержанні кінцевого продукту або результату на базі нових ідей, які в них матеріалізуються. Звідси термін «інновації» є більш широкою категорією, ніж термін «інтелектуальна власність», і охоплює більш глобальні сфери соціуму.

Стадіями інноваційної діяльності є: 1) творча діяльність з генерування (випрацювання) ідей; 2) втілення їх в об'єкт інтелектуальної власності або інший об'єкт творчої діяльності, що не піддається регулюванню нормами права інтелектуальної власності; 3) їх впровадження на практиці (якщо йдеться про науково-технічні ідеї, то впровадження у виробництво)¹. В свою чергу, остання стадія складається із ресурсно-інвестиційного пошуку (доінноваційне впровадження) та постінноваційного виробництва, тобто на етапі його переведення на нововведення.

Оминаючи перші дві стадії як такі, що існують у будь-якому разі здійснення творчої інтелектуальної праці, зосередимося на останній із притаманною їй проблематикою правового забезпечення. Його складають: 1) нормативно-правове регулювання відносин у сфері інноваційної діяльності; 2) надання інформації, формування та доступ до інформаційних баз даних, захист інформації; 3) інновації в сфері правової науки, освіти, виховання.

Враховуючи місткість кожного із зазначених напрямів, зосередимося на першому, оскільки інформація як сама по собі, так і як інструментарій інновацій гідна на самостійний поглиблений аналіз. Що ж до інновацій в сфері правової науки, освіти, виховання, то ці питання також являють собою наріжне нагромадження тієї проблематики, яка склалася як взагалі в цих сферах, так і в сфері юриспруденції, особливо в світлі Болонського процесу.

Нормативно-правовим регулюванням відносин у сфері інноваційної діяльності мають охоплюватися: а) весь процес створення нового продукту від розроблення до впровадження у виробництво інновацій; б) здійс-

¹ В подальшому обговорюватимемо саме такий вид інновацій.

нення державного контролю і підтримки інновацій; в) інноваційна інфраструктура й інноваційний клімат.

У процесі створення нового продукту і його впровадження у виробництво так чи інакше зачіпаються питання: інтелектуальної власності; довірливих відносин; відносин у банківській, біржовій, фінансовій, податковій, митній, страховій, оціночно-бухгалтерській сферах; корпоративних відносин; конкурентного середовища; банкрутства. Як видно, має бути забезпечений достатній обсяг нормативно-правового регулювання відповідних відносин, причому узгодженого і самого по собі інноваційного (тобто із запровадженням принципово нових підходів).

Здійснення державного контролю і підтримки інновацій має бути зумовлено забезпеченням процесу створення нового продукту від розроблення до впровадження інновацій у виробництво, інноваційною інфраструктурою й інноваційним кліматом. Тобто всі ці питання є взаємопов'язаними. Від стратегії держави в підтримці інновацій залежатиме обрання форм і напрямів її діяльності, її ролі в налагодженні інноваційної структури і, як наслідок, можна буде стверджувати про сприятливий інвестиційно-інноваційний клімат в країні чи навпаки.

Відверто кажучи, на сьогодні такої стратегії у держави не вбачається, якщо не вважати нею наголоси про підтримку інновацій та пом'якшення інвестиційного клімату. Як кажуть, скільки не говори: «Халва, халва», у роті солодше не стане. Нав'язування суб'єктивної оцінки процесів в Україні про очевидні позитивні зміни та привабливості українських економічних просторів для інвестування не дасть абсолютно нічого, доки не перетвориться на об'єктивне становище. А для того, щоб об'єктивно оцінити ситуацію, насамперед потребується виявити чинники, що перешкоджають інноваціям, і відповідно до цього опрацювати подальші кроки в усуненні цих перешкод.

Спробуємо позначити в найбільш загальний спосіб ці чинники.

1. Фінансові:

- брак у інноваторів власних фінансових коштів;
- недоліки фінансової підтримки з боку держави;
- висока вартість нововведень;
- інша безліч причин, серед яких не останнє місце посідають і невміння самих потенційних інноваторів вести своє господарство, і відсутність налагоджених інноваційних інститутів.

2. Корпоративно-організаційні:

- інертність основної маси підприємців (як правило, великих юридичних осіб);
- невміння і відсутність прагнення визначати і передбачати розвиток ринку;

- відсутність акумуляції, оброблення і використання інформації;
- низький показник схильності до ризику;
- відсутність навичок у встановленні ефективних зв'язків із різними структурами в процесі пошуку нових економічних або інвестиційних можливостей і підвищення освітнього рівня своїх працівників;
- застаріла структура інноваційних витрат підприємців, більшість з яких воліє витратити основну частину коштів на придбання нового обладнання (головним чином вітчизняного або з країн колишнього Союзу РСР), а не на науково-дослідні, дослідно-конструкторські та технологічні роботи або придбання патентів і «ноу-хау».

3. Гарантійні:

- незначність фінансування під гарантії держави, непрозорість відповідної процедури, її заплутаність і нестійкість, постійна зміна інституцій, що займаються цими питаннями;
- відсутність системи страхування інновацій;
- законодавча невизначеність щодо правових основ передачі комерційної таємниці і секретів виробництва;
- слабкий контроль за виконанням законів і дотриманням наданих патентоволодільцями прав, а також за недобросовісною конкуренцією;
- неефективність правозастосовних механізмів, що забезпечують захист прав на промислову власність.

4. Ринкові:

- відсутність ринку інновацій, кредитних ресурсів;
- пов'язана з попереднім проблематика експорту-імпорту;
- низька ліквідність інвестицій венчурного капіталу;
- відсутність довіри до українських компаній на світових ринках;
- відсутність досвіду придбання компаній великими українськими компаніями.

5. Структурні:

- брак інноваційних структур взагалі;
- упор на великі організації;
- незначна кількість малих інноваційних організацій, венчурних компаній.

Інституціями, що мають відношення до інновацій, є: академічні наукові установи; вищі навчальні заклади; державні підприємства; дрібний бізнес; великий бізнес. Кожна з них має істотні проблеми із забезпеченням достатнього рівня інноваційної діяльності, хоча державні наукові та освітні організації, а також великі об'єднання типу технопарків знаходяться в трохи кращому стані. Їх держава хоча й непослідовно, з постійними змінами правил, джерел, обсягу фінансування, але все ж

підтримувала і продовжує підтримувати, чого не можна стверджувати про дрібний бізнес. Втім, саме в останньому приховані потенційні інноваційні зрушення.

6. Правові, інформаційні, навчально-виховні:

- неповнота і недосконалість правової бази інноваційної діяльності;
- низький рівень інформаційно-консультативної системи для учасників інноваційного процесу;
- недооцінка ролі людського фактора — нерозвиненість підприємницького духу і ринкового світогляду; неадекватність цільової орієнтації менеджменту; низька інноваційна грамотність і культура; нечіткість пріоритетів інноваційно-промислової політики.

7. Низький рівень участі в процесах глобалізації.

Процеси глобалізації неоднозначно впливають на українську економіку. Для послідовного входження у світову економіку необхідно забезпечити підтримку вітчизняним підприємцям у таких напрямках:

- сприяння навчанню менеджменту прийнятим за кордоном правилам реєстрації, сертифікації, організації дистрибутерних мереж, особливостям національних ринків і т.под.;
- створення інформаційно-консультативних центрів підтримки процесів міжнародної кооперації за участю українських науковців і підприємців;
- допомога в юридичному захисті української інтелектуальної власності за кордоном, у тому числі й в оплаті судових позовів.

8. Загальні недоліки:

- правила гри на полі інновацій неповні і не однакові для усіх. Наприклад, різняться умови входження на ринок і функціонування для різних учасників ринку;
- невідокремленість влади від бізнесу;
- недосконалість правозастосовної системи;
- перебування значної частини економіки в тіні;
- збереження олігополістичного характеру економіки;
- доступ на ринок, преференції при видачі кредитів, проведенні тендерів тощо найчастіше визначаються не діловими якостями підприємця, а його зв'язками з держпаратом. Це само по собі становить елемент корупції і створює умови для збільшення масштабу даного явища;
- надлишкове адміністративне регулювання ринку;
- завищений середній розмір виробничих і наукових організацій;
- висока частка неефективних власників;
- відсутність досвіду роботи в системі мікрогосподарських зв'язків;
- неналагодженість і неефективність процедури банкрутств;
- високий ступінь криміналізації ринкових відносин.

Позначення недоліків інноваційної діяльності є важливим для цілісної картини в цій сфері та усвідомлення значущості взаємного впливу кожного із зазначених вище явищ. У свою чергу це надає можливість рухатися, починаючи з опрацювання стратегії напряму цього руху. Причому взаємопов'язаність у цілому всіх аспектів інноваційної діяльності зумовлює (і сприяє) взаємопов'язаності кожного з її блоків (сфер, етапів). У такий спосіб досягається скрізне охоплення багатосферності проблематики із запропонованим відповідних засобів її правового регулювання.

Візьмемо, наприклад, проблему витрат на інновації або вкладень, яких потребують останні, і побачимо, наскільки численні правові зв'язки опосередковують її розв'язання.

Передусім потребують визначення загальні напрямки витрат, до яких слід віднести:

- витрати по придбанню машин і устаткування;
- витрати по придбанню нових технологій, включаючи права на патенти, ліцензії на промислові зразки і корисні моделі;
- навчання й підготовку персоналу і маркетингові дослідження.

Після цього підлягають опрацюванню механізми оптимального розподілу цих витрат і ринкові механізми (в тому числі фондовий ринок, ринок технологій і патентів), в яких ці витрати знайдуть свій прояв. Уже при цьому стають зрозумілими та низька стадія відносин, на якій ми перебуваємо нині, і ускладненість виходу на міжнародні ринки, налагодження зовнішніх зв'язків. Особливо слід підкреслити, що мають на увазі не поодинокі вирішення цих питань деякими освіченими та/або талановитими особами, які продають, фігурально висловлюючись, «себе або свій продукт на Захід». Йдеться про цивілізовану усталену систему взаємозв'язків, прийнятну для застосування всіма бажаними.

Так чи інакше (за наявності чи відсутності ринкових відносин у сфері інновацій) у будь-якому разі рух творчої діяльності від замислу до впровадження у виробництво потребує забезпечення належними договірними зв'язками (кредити, лізинг, факторинг, франчайзинг, ліцензійні договори тощо). Так, лізинг унікального наукомісткого устаткування розцінюється як найважливіший напрямок підтримки інноваційної діяльності. Всі ці договірні зв'язки мають бути на різних рівнях — як внутрішнього значення, так і зовнішнього, тобто йдеться про імпорт і експорт інновацій.

Вдосконалення договірних зв'язків, інвестування у формі інновацій потребують перегляду їх оцінки (й її міжнародної легалізації в країнах, принаймні тих, що входять у Всесвітню організацію по інтелектуальній власності), аудиту та бухгалтерського обліку, обслуговування інтелектуальної власності як активу організації. Все це є необхідними умовами для їхнього ринку.

Не останню роль не лише у впровадженні у виробництво результату інтелектуальної праці, а й в сприянні їй та створенні такої атмосфери, щоб вона віднайшла собі основу для плідних пошуків і знахідок, відіграє належний рівень корпоративного управління з підготовкою менеджерів та їх навчання інноваційним навичкам. Стан законодавства з корпоративного управління в нашій країні також відомий.

Перехід до питань про джерела витрат на інновації приводить до визначення як останніх:

- власних засобів;
- інвестицій, в тому числі іноземних, проблематика залучення яких сьогодні є актуальною;
- бюджетного фінансування (включаючи регіональні й місцеві бюджети, частка яких у сприянні інноваціям є зовсім непомітною) з відповідними механізмами його проходження, забезпечення стабільності і прозорості;
- позабюджетних фондів (зарубіжні благодійні фонди, венчурні фонди);
- кредитно-фінансових механізмів.

Уже навіть перелічення цих джерел свідчить про значні обсяги робіт по вдосконаленню їх задіяння та ефективності використання.

Має бути зрозумілим, що проблема фінансування інновацій існує не сама по собі, а поряд із оптимізацією вкладення коштів в інновації і відповідною віддачею, що припускає такі напрямки вдосконалення регулювання відносин:

- щодо співвідношення чи пріоритетів фінансування великих інноваційних організацій і проектів, а також венчурного бізнесу;
- фінансування різних стадій венчурного бізнесу. Відомо, що найбільший дефіцит в інвестуванні випробує звичайно стартова стадія венчурного бізнесу;
- залучення до фінансування інноваційних проектів громадянського суспільства, зацікавленого в науково-технічному прогресі своєї країни, — біржі високих технологій; через банки, що інвестують в інновації через міжбанківський ринок; депозити в інновації¹;

¹ На сьогодні питання таким чином в Україні взагалі не ставиться. В інших же країнах громадяни і пишуться своєю підтримкою саме інноваційних процесів, і статистичні дані доводять ефективність саме таких джерел інвестування. Так, кожен п'ятнадцятий житель країн ЄС бере участь у фінансуванні інноваційних програм. Те ж саме в Японії, де кожен восьмий житель вкладає свої депозити в інновації через банки. В Україні такі програми взагалі відсутні, не позначаються на загальному стані поодинокі акції, що проводяться окремими банками.

— на ринку похідних інструментів, що конвертують перспективи інновацій у банківські й державні гарантії для громадян, які беруть участь у фінансуванні інноваційної діяльності;

— формування системи страхування інвестиційних ризиків в інноваційній сфері, що сьогодні практично відсутня;

— оптимізації податкових витрат при здійсненні інноваційної діяльності;

— реформування відносин між органами влади й інноваційним бізнесом.

Узагальнюючи наведене, можна зазначити на загальну необхідність осмислення, доведення та застосування функціональної завершеності правовстановлюючих процесів забезпечення інноваційної діяльності в Україні. На це мають бути спрямовані зусилля правників із втіленням їх у вивірену концепцію законодавчої діяльності в цій сфері і конкретні нормативно-правові акти.

Надійшла до редколегії 05. 10. 05

С. Рабінович, старший науковий співробітник Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПРН України

Антропосоціальні основи цивільно-правової рівності

Правом є дія однієї людини, прирівняна щодо іншої людини на основі певного способу зрівнювання.

Тома Аквінський

Новели статті 1 Цивільного кодексу України: юридична рівність як природна ознака цивільних відносин? Книгу першу ЦК України відкриває стаття, що має неабияке значення як для розуміння самої сутності цивільного права, так і для застосування усіх його норм і принципів¹. Найбільший науковий інтерес становлять ті новели ст. 1 ЦК, які стосуються предмета й методу цивільно-правового регулювання. Це, по-перше, розширення цього

¹ Див.: Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К., 2004. – С. 5.

предмета завдяки беззастережному включенню до нього особистих немайнових відносин; по-друге, декларування пріоритетного становища останніх щодо відносин майнових; по-третє, законодавче закріплення таких ознак «цивільних» відносин, як: а) юридична рівність, б) вільне волевиявлення, в) майнова самостійність їх учасників; по-четверте, віднесення до предмета законодавчого регулювання саме «цивільних» відносин.

Сьогодні зазначені новели інспірують появу низки нових для сучасної української цивілістичної доктрини положень філософсько-правового, власне методологічного, характеру. Так, у науково-практичних коментарях до ЦК висловлено думку, згідно з якою відтепер критерієм встановлення цивільно-правової приналежності суспільних відносин слід вважати не предмет, а метод правового регулювання¹. Підставою для такого висновку, вочевидь, стала відома теоретична теза про юридичну² рівність як наслідок державно-владного врегулювання суспільних відносин. Проте, як видається, така інтерпретація не зовсім узгоджується із граматичним тлумаченням змісту ст. 1 ЦК, в якій йдеться про позитивно-правове регулювання (в теперішньому часі) тих відносин, які *вже* засновані (у минулому часі) на «юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників».

Таке терміновживання навряд чи можна вважати випадковим чи помилковим. Так, один з розробників Книги першої ЦК — З. Ромовська — зазначає, що в ньому «відкинута теза «цивільно-правового регулювання суспільних відносин, за якою суспільні відносини стають цивільними завдяки їхньому цивільно-правовому регулюванню... Кодекс визнає об'єктивність існування цивільних відносин, взаємозв'язок цивільних відносин і законодавства будується на визнанні первинності цих відносин. Місія законодавця у зв'язку з цим полягає у вивченні суті цих відносин та у створенні сприятливих законодавчих умов для їхнього розвитку»³.

¹ Див.: Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. В. М. Коссака. — К., 2004. — С. 3; Цивільний кодекс України: Коментар / За заг. ред. Є. О. Харитоновна, О. М. Калітенко. — Одеса, 2003. — С.10.

² Тут і надалі правовими називатимуться будь-які суспільно-нормативні системи, а «юридичними» вважатимуться лише явища державно-вольового походження.

³ Ромовська З. Цивільний та Сімейний кодекси України — честь львівської правничої школи // Вісник Львівського університету. — Сер. юрид. — 2004. — Вип. 39. — С. 12. Аналогічну позицію займає й інший розробник ЦК — А. Довгерт, який зазначає, що характер цивільних відносин «є природним, а не таким, що залежить від волі законодавця. Завдання останнього полягає лише у впізнанні природної суті цих відносин та встановленні адекватного їх регулювання. В цьому сенсі хибно говорити про якийсь зовнішній метод їх правового регулювання» (Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. — С. 7).

Принципово погоджуючись із наведеною позицією, зазначимо, що цивільними ми вважаємо такі *суспільні відносини, в яких відбуваються встановлення, підтримування чи відновлення балансу благ та інтересів окремих осіб (індивідів та їхніх спільнот) у конкретних життєвих ситуаціях*. Загалом такі природно-цивільні відносини є приватними, однак лише тією мірою, якою згадані інтереси не зачіпають спільного блага та інтересів усього суспільства (наприклад, відносини з індивідуального споживання харчових продуктів чи з мирного володіння своїм майном, відносини між батьками щодо вибору імені дитини). Однак існують і такі цивільні відносини, які, попереджаючи можливість завдання шкоди чи інші порушення цивільних прав, забезпечують охорону спільного блага та інтересів усього суспільства (наприклад, відносини з відшкодування позадоговірної майнової чи немайнової шкоди, батьківські зобов'язання тощо). Такі відносини мають виразний публічний компонент, а відтак, аж ніяк не є суто приватними¹.

Безумовно, підхід розробників нового ЦК докорінно відрізняється від сформованих у позитивно-правовій теорії концепцій юридичного регулювання суспільних відносин. Тому природно-правова рівність учасників цивільних відносин потребує докладнішого розгляду й концептуального обґрунтування². Отже, спробуємо встановити, у чому саме полягає об'єктивне антропосоціальне підґрунтя цивільно-правової рівності³.

Антропосоціальні основи цивільної рівності в соціальних зобов'язаннях⁴. З'ясування змісту поняття такої рівності як не-юридичної властивості цивільних відносин потребує застосування відповідної методології. На нашу думку, в даному випадку може бути використано соціолого-правовий підхід, який, зокрема, передбачає дослідження права як складної структури правовідносин, тобто таких соціальних відносин, що

¹ Л. Красавчикова вважає такі відносини особисто-суспільними (див.: Красавчикова Л. О. Гражданско-правовая охрана личной жизни советских граждан: Дис. ... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1979. — С. 26). Для позначення суспільних інтересів, які реалізуються їх носіями у подібних відносинах, П. Рабінович послуговується термінопоняттям «приватно-публічні» (див.: Рабінович П. М. Приватне і публічне право як діалектична єдність // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Мат. X регіон. наук.-практ. конф. 5–6 лютого 2004 р. — Львів, 2004. — С. 5).

² Зважаючи на обмежений обсяг статті, інші ознаки цих відносин розглядатимуться в ній лише тією мірою, якою вони пов'язані саме з такою рівністю.

³ Цивільно-правовою вважатимемо до-юридичну, загальносоціальну рівність, яка конститує цивільні ж відносини.

⁴ Природну рівність учасників таких відносин називатимемо рівністю цивільною.

з огляду на їх внутрішню об'єктивну природу мають правовий характер, у системі яких здійснюється взаємодія суб'єктів — реальних носіїв права¹. Зарубіжні, а почасти й вітчизняні прихильники соціологічного праворозуміння неодноразово висловлювали слушну думку про те, що право формується і розвивається об'єктивно, шляхом виникнення правовідносин, котрі іманентно і безпосередньо породжуються самими умовами людського співжиття. У другій половині XIX — на початку XX ст. цю ідею в тій чи іншій формі підтримували Н. Гредескул, С. Ерліх, Р. Іеринг, М. Ковалевський, М. Коркунов, С. Муромцев, Л. Петражицький, а згодом вона отримала розвиток у працях Л. Дюгі, Ж. Карбоньє, К. Кульчара, М. Оріу, Р. Паунда, П. Сорокіна та інших видатних правників. У радянському правознавстві, попри досить широке застосування конкретно-соціологічних досліджень, соціологічне розуміння права і правовідносин зі зрозумілих причин не одержало поширення. Із деякими застереженнями до прибічників цього типу праворозуміння можуть бути віднесені С. Боботов, Г. Злобін, В. Козлов, Г. Мальцев, Л. Спиридонов. Соціологічне бачення права відображено, зокрема, й у наукових публікаціях Ю. Гревцова, К. Жоля, В. Лапаєвої, В. Сирих².

Як видається, ще одним адекватним методом аналізу природної основи цивільної рівності має бути етико-антропологічний підхід, до представників якого належать, зокрема, М. Алексєєв, Дж. Дель Векіо, І. Кант, П. Новгородцев, Й. Покровський, В. Соловійов. Серед сучасних українських правознавців етико-антропологічний різновид праворозуміння підтримує Ю. І. Римаренко. Відтак, поєднуючи обидва позначених вище підходи, спробуємо визначити об'єктивне підґрунтя цивільно-правової рівності на основі парадигми, яку умовно назвемо соціально-антропологічною.

Нині для правової соціології є усталеним положення про те, що об'єктивним, природним чинником правоутворення виступає взаємодія індивідів, яка здійснюється у відносинах між ними (відповідно щодо права цивільного — у цивільних відносинах)³. Будь-які ж правові відносини являють собою певні соціальні зобов'язання, змістом яких виступають взаємні права й обов'язки їхніх учасників (скажімо, цивільні зобов'язання, спрямовані на збереження спокійного володіння речами; зобов'язання з виконання робіт; з надання утримання). Для подальшого аналізу доцільно виділити два основні типи таких соціальних зобов'язань: а) всезагальні, суб'єктами яких є всі однойменні учасники

¹ Див.: Зорькин В. Д. Позитивистская теория права в России. — М., 1978. — С. 160.

² Див.: Савчук С. В. Юридична соціологія. — Чернівці, 2003. — С. 6, 7, 48.

³ Див.: Маркс К. Капитал. — Т. 1. — М., 1988. — С. 73.

суспільного життя — окремі люди та їхні спільноти; б) соціально-рольові, учасники яких виступають в особливих якостях — батька, дружини, продавця, заподіювача шкоди тощо.

Всезагальні зобов'язання інакше можуть бути названі стосунками відносно незалежного, автономного співіснування індивідів, іншими словами, відносинами індивідуальної свободи й недоторканності. У них суспільство начебто атомізується, перетворюючись на спільноту зовнішньо незалежних одна від одної осіб. Відтак, природною основою цивільної рівності у даному випадку є насамперед *рівноцінність* благ, належних учасникам всезагальних відносин (речей, творів, винаходів й т. ін.) чи «втілених» в їхніх особистостях (життя, здоров'я, честь, гідність тощо). У всезагальних немайнових відносинах антропоною основою правової рівності виступає рівна гідність осіб (людей та спільнот); ця ознака відображає *рівнозначність* тих невідчужуваних фізичних та духовних благ (життя, здоров'я, честі, гідності, імені тощо), які втілені у кожній людині або нерозривно пов'язані з нею, з її фізичною та духовною життєдіяльністю.

Відносини з приводу володіння майном є всезагальними у тому сенсі, що кожна людина неодмінно є володільцем певного майна. З огляду на це можна стверджувати про тотожність взаємних зобов'язань, які пов'язують між собою учасників цього різновиду суспільних відносин. Рівність учасників всезагальних майнових відносин є об'єктивно зумовленою як законами економічного розвитку, так і соціально-антропними закономірностями. Адже речі для людини — це «улюблені речі», матеріальне продовження її особистості, вони утворюють неповторний світ індивіда, його унікальний предметно-соціальний простір¹. Цивільна рівність володільців речей виражає рівну гідність цих осіб та рівноцінність будь-якого суб'єкта мирного володіння.

Оскільки в усіх всезагальних зобов'язаннях проглядаються потенційні відносини кооперації чи конфлікту, такі зобов'язання виражають *рівну антропосоціальну правоздатність* їх суб'єктів. Окрім цього, в усіх всезагальних відносинах цивільна рівність зумовлює також однаковий зміст зобов'язань, якими їх учасники взаємно поєднані, тобто *рівноправність*. Інший підхід до цих відносин був би можливий лише за умов відвертої дискримінації та суперечив би базовим сучасним уявленням про справедливість. Фактичне відхилення від засади рівноправності викликає справедливе обурення й протест, оскільки внутрішньою основою такої рівності є загальнолюдська природа, загальна гідність і свобода, спільність умов людського існування (Г. Арендт).

¹ Див.: Скловский К. И. Собственность в гражданском праве: Учеб.-практ. пособ. — М., 1999. — С. 132–144.

Соціально-рольові відносини. Цивільне право — це царина індивідуальної свободи, ймовірності та ризику¹. Насамперед це стосується зобов'язань, зміст яких має переважно індивідуально-вольове походження.

Природною основою рівності сторін у договорі виступає власне координаційний характер їхнього індивідуального взаємозв'язку. Рівність є невід'ємним атрибутом останнього. З огляду на це у договірних відносинах найбільш адекватним є «негативне» розуміння рівності як *рівно-вільності*, однакової не-підпорядкованості. За такою інтерпретацією стоїть усе потенційне різноманіття договірних типів у координаційних відносинах.

Цивільна рівність тут означає принципову рольову взаємозамінність учасників договірних відносин²: однаковість можливостей у зайнятті того чи іншого місця, тієї чи іншої соціально-рольової позиції (покупця, продавця, замовника, виконавця тощо) у системі відносин учасників ринку. Засада рівності тут зумовлюється насамперед тим значенням, цінністю, яку учасники цивільних правовідносин надають належним їм благам, взаємній поведінці, а зрештою, й один одному як особам.

Джерелом договірних відносин є погоджена воля окремих осіб. При цьому свобода волевиявлення означає не повну, абсолютну індетермінованість останнього, але лише визнання автономності волі особи щодо детермінуючого психічного чи фізичного впливу з боку інших осіб, і відповідно внутрішньо-вільне формування волевиявлення. (Фактично на свободу волевиявлення певною мірою завжди впливають майнова та інші різновиди нерівності учасників суспільно-правового життя.) Відтак, у договорі цивільна рівність є відображенням антропосоціальної сутності такої взаємодії — взаємоузгодженої свободи її учасників.

Цивільно-правовий договір являє собою ту правову форму, котра адекватно виражає як матеріальну еквівалентність товарного обміну, так і рівну міру свободи його учасників. Тому природне цивільне право формують насамперед індивідуальні домовленості. Цивільне ж законодав-

¹ Сама поява та дія того чи іншого індивідуального правового акта у приватному праві є лише ймовірною; ймовірнішим є також його зміст. Характерно, що у низці сучасних теоретико-правових публікацій робляться цікаві спроби використання такої методологічної основи правознавчих досліджень, як синергетика (вчення про самоорганізацію динамічних систем). «З точки зору синергетики сфера приватного права постає перед нами як динамічний (детермінований) хаос, тобто як деяка надскладна впорядкованість, що існує неявно, потенційно й виявляється у величезному різноманітті впорядкованих структур» (Мережко А. А. Договор в частном праве. — К., 2003. — С. 12).

² Див.: Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений: Учеб. пособ. — Свердловск, 1972. — С. 169.

ство, в принципі, покликане виконувати, допоміжну, субсидіарну роль у регулюванні цивільних відносин. Держава не визначає змісту цих відносин «від себе й примусово», а лише «займає позицію органу, який охороняє те, що буде визначено іншими»¹. При цьому законодавством повинні регулюватись: а) ті відносини, які залишилися неврегульованими в договорі (диспозитивні норми); б) особливо важливі з погляду забезпечення соціальної справедливості та інших публічних інтересів договірні відносини (імперативні норми). Наявність значної питомої ваги таких норм у низці інститутів договірних відносин мала би свідчити не стільки про волонтаристський характер діяльності законодавця, скільки про адекватне регулювання тих відносин, які з міркувань спільного блага чи за їхньою етико-соціальною сутністю потребують владного втручання (захист економічно слабкої сторони за договором, недопущення недобросовісної конкуренції тощо).

Характерним проявом індивідуальної свободи є випадкові умови договорів. Такі умови на відміну від істотних² та звичайних повністю залежать від вільного розсуду сторін договору. «Сваволею» сторін визначається саме існування таких умов у договорі, а також їх зміст. Випадкові умови договору є правовим виразом індивідуальних особливостей кожної окремої договірної ситуації, індивідуальних потреб, інтересів, волі її учасників. «Найголовніший акт товарного обміну — договір — результат випадковості, сваволі сторін, які вступають в обмін. Як тільки договір намагаються нав'язати примусово, право гине»³.

Відтак, певна непередбачуваність, випадковість, відкритість є характерними рисами індивідуальної правотворчості, яка виступає постійним джерелом внутрішнього розвитку цивільного права. Відображаючи свободу індивідуальних людських проявів, цей різновид соціальної творчості стає правовим виразом вільного розвитку міжособистісної взаємодії в суспільстві та загалом людської особистості як такої. Завдяки цьому цивільне право являє собою відкриту, саморегулятивну, а отже,

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М., 1998. — С. 39.

² Зауважимо, що істотні умови договору також не позбавлені випадковості, оскільки такими визнаються будь-які умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди (ст. 638 ЦК).

³ Скловский К. И. Вказ. праця. — С. 26. Випадковість може бути притаманною не лише окремим умовам договору, але й обраному сторонами договірному типу в цілому. Йдеться про «нетипові» домовленості, зокрема непоіменовані та «змішані» договори, роль яких у сучасному цивільному праві України постійно зростає. Індивідуальність та випадковість яскраво проявляються і в односторонніх актах — заповітах, оголошеннях конкурсу тощо. Загалом у контексті цивільного права доречно вести мову не лише про свободу договору, але й про свободу правочину.

й живу систему, яка якнайкраще пристосована для існування у змінюваних зовнішніх умовах. Індивідуальне договірне право — це всезагальна правова форма людського життя, яка виражає *всезагальність індивідуального*.

У цьому контексті слід знову повернутись до проблеми об'єктивних меж застосування імперативного методу в юридичному цивільному праві. Цей метод (накази та заборони) виражає недовіру й підозру держави до вільної волі людини як джерела її соціальної поведінки. Така недовіра є доречною, якщо йдеться про відносини соціального конфлікту, захист недоторканної сфери інтересів, благ індивідів та спільнот від неправомірних посягань, які є наслідком прояву не «доброї», а «злої» волі. Ця підозра також є цілком виправданою у випадках, коли правові приписи адресовано представникам влади. Однак у сфері соціального співробітництва, де суспільні зв'язки виникають з доброї волі їх учасників, подібна — соціально необґрунтована — наказовість часто постає правовим виразом і засобом деперсоналізації, «опредмечування» людини, якій у такий спосіб відмовляється у здатності до правотворчості. Тому, на наш погляд, імперативний метод юридичного регулювання повинен застосовуватись лише до тих цивільних відносин, котрі стосуються спільного блага всього суспільства, а відтак, мають приватно-публічну природу.

До *позадовірних соціально-рольових відносин* входять змістовно різноманітні зобов'язання, спільним для яких є те, що їх зміст формується поза волею їх учасників (скажімо, заподіяння шкоди, аліментні зобов'язання) або лише за волею одного з них (видача довіреності). Учасники цих відносин мають протилежні за змістом права й обов'язки (наприклад, становище автора твору та всіх інших осіб; потерпілого та заподіювача шкоди; довірителя та представника). Тому в даному випадку на відміну від всезагальних відносин можна вести мову не про рівноправність, а лише про *рівність природних правоздатностей*. Зокрема, в авторських відносинах остання виражає той буттєвий факт, що кожна людина потенційно є творцем, є здатною до творчості рівною мірою з іншими. Попри фактичну неоднаковість наявних у окремих індивідів творчих здібностей, рівність правоздатностей відображає єдину загальну сутнісну характеристику людини — здатність до творчості. В інших же позадовірних відносинах (обіцянка винагороди, рятування чужого життя чи майна, заподіяння шкоди тощо) природна рівність також відображає лише принципову однаковість можливостей (рівну ймовірність) стати учасником конкретного зобов'язання. Антропосоціальною ж основою цивільно-правової рівності виступають спільні антропні властивості та рівноцінність майнових і немайнових благ, належних учасникам цивільних відносин.

Вельми специфічними є батьківські зобов'язання, учасники яких наділені протилежними правами й обов'язками та принципово не можуть помінятися своїми соціально-правовими «ролями» (батько — дитина, батько дитини — мати дитини). Як видається, в даному випадку цивільно-правова рівність виражає всезагальну людську гідність, рівною мірою притаманну кожному з батьків та дитині як учасникам сімейних відносин. Саме гідність дитини є джерелом батьківських обов'язків з її утримання та виховання — обов'язків, спрямованих на забезпечення соціальної реалізації цієї гідності. Власне, саме цей факт і породжує батьківське аліментне зобов'язання, виникнення якого рівною мірою не залежить від волі тих членів сім'ї, між якими воно існує.

Гадаємо, що викладене дає підстави стверджувати таке. В усіх розглянутих відносинах цивільна рівність виражає однакове значення індивідуальних волей учасників зобов'язань при здійсненні своїх природних прав (всезагальні та рольові відносини) чи при їх виникненні (рольові відносини). В усіх випадках така рівність означає й однакову цінність належних особам невід'ємних благ чи майна, але насамперед — однакову значущість *самих учасників* цивільних зобов'язань. У мікросоціальних цивільних відносинах їхні учасники визнають самі у собі та один в одному «людське всезагальне» — всезагальнолюдську гідність та свободу. Ці чинники якраз і слугують об'єктивною, природною передумовою для конституювання позитивно-правової рівності, котра є нічим іншим, як формально-правовою проекцією сутнісних властивостей міжлюдської взаємодії. Цивільна рівність відображає універсальність цивільного права та принципову можливість застосування цивільно-правових норм до будь-якого учасника цивільних відносин. Проявом цієї ж універсальності є загальне поняття «особа», яким позначаються суб'єкти позитивного цивільного права. Відтак, цивільна рівність виражає тотожність фундаментальних антропних властивостей суб'єктів цивільного права. Тому *загальним значенням цивільної рівності є рівність природних, сутнісних правоздатностей учасників цивільних відносин*.

Зауважимо, що загальна теорія природної цивільної правоздатності ще чекає на свою розробку. Проте, як видається, деякі її вихідні положення можуть бути попередньо сформульовані вже сьогодні. По-перше, методологічною основою для такої розробки має бути уявлення про особу як родового суб'єкта, «особу взагалі», що є необхідною передумовою визнання за кожним учасником цивільних відносин певних правових характеристик, тотожних із такими ж характеристиками інших осіб.

По-друге, властивості природної правоздатності людських спільнот є похідними від правоздатності їхніх учасників, хоча й утворюють нову

якість. Тому важливою складовою побудови концепції природної правоздатності людських спільнот виступатиме «образ людини» як учасника правовідносин.

По-третє, зміст поняття людини як суб'єкта природного права повинен диференціюватись. Першим значенням цього поняття є правовий діяч як особа, здатна до самостійних свідомих і вольових актів; другим його значенням є персоніфікована правова цінність¹. З огляду на останнє положення необхідною причиною визнання рівності природних правоздатностей усіх людей є, по-перше, той факт, що будь-яка окрема людина (навіть дитина чи психічно хвора) є унікальним проявом життя, потенційною духовною безкінечністю, істотою, чия специфічно людська сутність розкривається лише в процесі її всебічного розвитку. Адже саме у такий спосіб формуються (чи відновлюються) властивості людини як правового діяча. Внаслідок цього універсальна природна правоздатність постає уособленням тієї цінності (блага), котрою є кожна людина як така. Тому й поняття всезагальної природної правоздатності має виводитись насамперед із аксіотичних засад, із тієї всезагальної унікальності, яку являє собою кожна людина. Відтак, поняття природної правоздатності людини могло би бути визначено як *така невід'ємна властивість людини, що полягає в її загальній здатності бути суб'єктом соціальних прав та обов'язків і ґрунтується на рівній самоцінності кожної людини як унікального прояву життя, як істоти, здатної до розвитку й потребуючої його задля розкриття своєї специфічної людської сутності (природи)*.

В сучасній природно-правовій думці така самоцінність відображається поняттям всезагальної людської гідності. Ідея такої гідності є аксіоматичним підґрунтям декількох природно-правових концепцій² і як така принципово не може бути верифікована в рамках жодної з них. Така верифікація потребує створення *метатеорії природного права*. Обґрунтування всезагальної людської гідності є насамперед світоглядно-аксіологічною проблемою і, на наш погляд, одним із тих пунктів, де й має

¹ Див.: *Алексеев Н. Н.* Основы философии права. – СПб., 1999. – С. 83–96.

² Див.: *Голенбах Д.* Развитие римо-католической теории прав человека // Религиозная свобода и права человека: богословские аспекты. У 2 т. – Львів, 2000. – Т. 1. – С. 141–201; Загальна декларація прав людини (ООН, 1948) // Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи / Упоряд. Ю. К. Качуренко. – К., 1992. – С. 18–24; Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ООН, 1966) // Там само. – С. 36–63; *Хованская А. В.* Достоинство человека: к либеральной стратегии права для России // Политические исследования. – 2001. – № 4. – С. 49–60; *Юлдашев О.* Природно-правовая ценность категории «ги́дность человека» как подґрунтя будь-якого реформування // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 4 (27). – С. 98–99.

відбуватись «злиття раціональних та ірраціональних знань про світ» (Г. Мальцев).

На завершення зауважимо, що ті філософсько-методологічні підходи, які відображено у ст. 1 ЦК, дають підстави сподіватись на те, що український законодавець зрештою «впізнав» ту природну суть цивільних відносин, про яку вели мову розробники ЦК, і надалі встановлюватиме адекватне цій суті законодавче регулювання. А це, в свою чергу, може сприяти й поступовому відновленню у нашому суспільстві вже забутого нині розуміння юриспруденції як мистецтва добра і справедливості.

Надійшла до редколегії 18. 06. 05

С. Погребняк, доцент НЮА України

Додержання принципу пропорційності як умова правомірності нормативно-правових актів

В умовах правової держави заборона надмірного державного втручання у свободу особистості розглядається як аксіоматична вимога: держава має право обмежувати права людини тільки тоді, коли це дійсно необхідно, і тільки в такому обсязі, в якому її заходи будуть розмірними до переслідуваної мети. Іншими словами, в цій сфері проголошується і діє принцип пропорційності (розмірності, або адекватності). Розумне співвідношення між цілями державного впливу і засобами їхнього досягнення має забезпечуватися, зокрема, при прийнятті й реалізації нормативно-правових актів.

Дослідження принципу пропорційності започатковано в працях багатьох учених–представників як вітчизняної, так і зарубіжної юридичної науки: Н. Варламової, Г. Гаджієва, А. Зайця, М. Козюбри, П. Рабіновича, А. Соколова, В. Старженецького, Т. Хартлі, С. Шевчука, Б. Шлоера та ін. Проте в їх роботах увагу зосереджено на втіленні цього принципу в праві Європейської Конвенції про захист прав і основних свобод (далі — Конвенція), праві Європейського Союзу і зарубіжних країн, де він знайшов найповніше відображення. Вважаємо, що існує потреба в дослідженні дії цього принципу в правовій системі України.

Для досягнення зазначеної мети з огляду на сутність принципу пропорційності і досвід його застосування в праві Конвенції і праві ЄС необхідно, на наш погляд, сформулювати основні вимоги до норматив-

но-правових актів, що впливають з нього, дослідити можливості й рівень сприйняття цих вимог правовою системою України.

На думку деяких дослідників, ідея пропорційності та елементи його змісту були відомі вже в античності й європейському середньовіччі¹. Проте як завершений принцип він бере початок у праві Німеччини. Дослідники знаходять його витoki у положеннях законів, що їх було впроваджено Фридріхом Великим, зокрема Кодекс публічного права. Вони обмежували розсуд органів держави при здійсненні поліцейських функцій, уповноважуючи їх застосовувати тільки необхідні засоби для забезпечення громадського порядку, спокою та безпеки². Цей принцип можна знайти також у різних формулюваннях багатьох інших європейських правових систем. Наприклад, він деякою мірою схожий з англійською концепцією обґрунтованості (*reasonableness*)³.

Пропорційність — один із загальних принципів *права Європейського Співтовариства*. Спочатку він був визнаний Судом ЄС, а згодом закріплений як загальний принцип в Угодах про утворення ЄС (зокрема, в ст. 5 Договору про заснування Європейського Співтовариства).

У найзагальнішому вигляді принцип пропорційності в праві ЄС означає, що заходи Співтовариства не повинні виходити за межі того, що потрібно для досягнення цілей Договору про заснування Європейського Співтовариства⁴. У більш розгорнутому формулюванні він звучить так: для досягнення певної мети органи влади не можуть накладати на громадян зобов'язання, які перевищують установлені межі необхідності, що впливають з публічного інтересу. Якщо встановлені зобов'язання явно непропорційні цілям, такий захід може бути визнаний недійсним, оскільки збиток для тих, чий інтерес зачіпається, перевищує позитивний результат, одержаний у публічних інтересах⁵.

¹ Див.: Шлоер Б. Принцип адекватності в європейському та українському публічному праві // Укр. правовий часопис. — 2003. — № 3. — С. 3.

² Див.: Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). — М., 2002. — С. 71–72; Шевчук С. Значення загальноправового принципу пропорційності для визначеності конституційності обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід) // Вісник Академії правових наук України. — 2000. — № 1. — С. 70.

³ Див.: Хартли Т. К. Основы права Европейского сообщества / Пер. с англ. — М., 1998. — С. 161–162.

⁴ Див.: Протокол про застосування принципів субсидіарності та пропорційності // Конституційні акти Європейського Союзу. Частина I / Упорядник Г. Друженко; За заг. ред. Т. Качки. — К., 2005. — С. 294.

⁵ Хартли Т. К. Вказ. праця. — С. 161.

У Конвенції на відміну від права ЄС принцип пропорційності прямо не закріплено. Незважаючи на це він є одним з найважливіших принципів, який, мабуть, найчастіше застосовується в практиці *Європейського суду з прав людини*¹. Аналіз практики Суду свідчить про те, що цей принцип пов'язаний насамперед з проблемою правомірності обмежень прав людини². Наприклад, у рішенні у справі «Жовнер проти України» від 29 червня 2004 р. Європейський суд з прав людини підкреслив, що при оцінці втручання державної влади у використання права власності необхідно з'ясувати, чи додержується справедлива рівновага між вимогами загального інтересу і вимогами захисту основних прав громадян. На думку Суду, має існувати пропорційно обґрунтоване співвідношення між метою обмеження певного права, зазначеною в Конвенції, і засобами, що використовуються державою для такого обмеження³. Питання про додержання пропорційності досліджується Судом і при вирішенні інших категорій справ⁴.

Завдяки діяльності Суду в праві Конвенції щодо кожного з прав людини склалися критерії припустимого втручання держави, засновані на принципі пропорційності, внаслідок чого він здобуває універсальне значення. При цьому такі критерії стосуються як нормативно-правових, так і індивідуально-правових заходів. Так, незалежно від конкретних формулювань обмежень прав людини при оцінці їхньої правомірності й виправданості Суд послідовно вирішує чотири групи питань: 1) чи було передбачене законом те обмеження (втручання), що заперечується; 2) чи переслідувало воно одну з легітимних цілей, зазначених у Конвенції; 3) чи було воно необхідним у демократичному суспільстві; 4) чи було воно розмірним до тієї правомірної мети, яка переслідувалась⁵.

Тепер розглянемо проблеми, пов'язані із застосуванням принципу пропорційності *в правовій системі України*. Насамперед зазначимо, що

¹ Див.: Старженецкий В. В. Россия и Совет Европы: право собственности. — М., 2004. — С. 68–69.

² Див.: Рабінович П. Європейські стандарти прав людини: онтологічні, гносеологічні та праксеологічні стандарти // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2–3. — С. 115–119.

³ Див.: Офіц. вісник України. — 2004. — № 42. — Ст. 2820.

⁴ Детальніше про справи, при розгляді яких Європейський Суд звертався до принципу пропорційності, див., напр.: Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская Конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика / Пер. с англ. — М.: МНИМП, 1998. — С. 281–284; Рабінович П. М. Вказ. праця. — С. 115–119.

⁵ Див.: Варламова Н. Верховенство права — базовый принцип европейской системы защиты прав человека // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. — 2002. — № 5. — С. 161.

він не закріплений у прямій формі в Конституції України. Проте, на нашу думку, можна стверджувати про сприйняття цього принципу правовою системою України¹. Про це, зокрема, свідчать відповідна практика Конституційного Суду України, а також положення українського законодавства, які визнають існування принципу пропорційності й закріплюють його вимоги. Крім того, можна згадати і певні історичні традиції².

Так, досліджуючи акти Конституційного Суду України, можна знайти прямі й непрямі посилання на цей принцип. Наприклад, Конституційний Суд України прямо згадує про *принцип пропорційності* в рішенні від 2 листопада 2004 р. за № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання³. У рішенні від 24 березня 2005 р. за № 2-рп/2005 у справі про податкову заставу⁴ він згадує про тісно пов'язану з пропорційністю конституційну *вимогу розмірності*. Вимоги, що випливають з принципу пропорційності, згадуються Конституційним Судом в рішеннях від 7 липня 2004 р. за № 14-рп/2004 у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу⁵, від 19 квітня 2001 р. за № 4-рп/2001 у справі щодо завчасного сповіщення про мирні зібрання⁶, від 30 січня 2002 р. за № 2-рп/2002 у справі про виборчу заставу⁷ та ін.

Досліджуючи втілення цього принципу в поточному законодавстві України, слід звернути увагу, наприклад, на Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. за № 2747-IV, що набрав чинності з 1 вересня 2005 р. Так, згідно з п. 8 ч. 3 ст. 2 цього Кодексу адміністративні суди у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень перевіряють, чи прийняті (вчинені)

¹ На жаль, проблема сприйняття Україною принципу пропорційності не одержала належної уваги. Так, А. Заєць зазначає, що на додержання принципу пропорційності зорієнтована концепція Конституції України 1996 р. (див.: *Заєць А. П.* Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. – К., 1999. – С. 109). У свою чергу Б. Шлоер зауважує, що українське право має всі необхідні елементи для застосування цього принципу (див.: *Шлоер Б.* Вказ. праця. – С. 25), а С. Шевчук вважає, що вже настав час для обговорення проблем дії цього принципу в Україні (див.: *Шевчук С.* Вказ. праця. – С. 76). Це фактично всі дослідження з цього приводу.

² На думку С. Шевчука, ідеї, близькі до принципу пропорційності, втілено ще в тексті першої української конституції Пилипа Орлика 1710 р. (див.: *Шевчук С.* Вказ. праця. – С. 74).

³ Див.: Офіц. вісник України. – 2004. – № 45. – Ст. 2975.

⁴ Див.: Там само. – 2005. – № 13. – Ст. 674.

⁵ Див.: Там само. – 2004. – № 28. – Ч. 1. – Ст. 1909.

⁶ Див.: Там само. – 2003. – № 28. – Ст. 1379.

⁷ Див.: Там само. – 2002. – № 6. – Ст. 245.

вони *пропорційно*, зокрема з додержанням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія).

Характеризуючи принцип пропорційності, слід зазначити, що він, як і вся правова система, *ґрунтується на ідеї справедливості*. Як відомо, в праві реалізуються два аспекти справедливості: формальна (урівнююча) і реальна (розподільча) справедливість. Принцип пропорційності тісно пов'язаний з розподільчою справедливістю, яка вимагає, зокрема, пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню, відповідності цілей законодавця і засобів, що обираються для їх досягнення, встановлення й диференціювання публічно-правових обмежень залежно від конкретних обставин, що зумовлюють їх запровадження (див. згадані рішення Конституційного Суду України про призначення судом більш м'якого покарання та про податкову заставу). Тільки так можна віддати кожному йому належне, а, відтак, досягти справедливості в правовому регулюванні.

Слід також звернути увагу на те, що принцип пропорційності має *фундаментальне значення для визначення обсягу дії основних прав і свобод людини і громадянина*. Як відомо, обмеження основних прав необхідні й можливі, проте вони ніколи не повинні порушувати певні кордони, окреслені з обов'язковим урахуванням принципу пропорційності. Отже, цей принцип розглядається як важлива правова гарантія забезпечення прав і свобод¹.

Розглянемо основні вимоги, що становлять зміст принципу пропорційності.

Мета встановлення певних правових обмежень повинна бути легітимною й істотною. Цю вимогу сформульовано Конституційним Судом України в рішенні від 7 липня 2004 р. за № 14-рп/2004 у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу.

Для уникнення дискусій з цього приводу *законодавство досить часто встановлює ті цілі*, для досягнення яких можуть запроваджуватися певні обмеження. Наприклад, Конвенція визнає легітимними такі цілі: захист інтересів національної (державної) безпеки, територіальної цілісності, громадського порядку, громадського спокою, економічного добробуту країни; запобігання безладдям і злочинам; охорона здоров'я і моральності; захист прав і свобод інших осіб, приватного життя або репутації; додержання інтересів дітей і неповнолітніх; забезпечення загального або публічного інтересу, інтересів правосуддя, його автори-

¹ Див.: *Шевчук С.* Вказ. праця. – С. 70.

тету і неупередженості, а також сплати податків, інших зборів або штрафів; запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно. Схожий перелік цілей закріплює й Конституція України.

Цілі можливих обмежень можуть конкретизуватися в поточному законодавстві. Так, згідно з ст. 6 Господарського кодексу України державне регулювання економічних процесів обмежене такими цілями: необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції у підприємстві, екологічного захисту населення, захисту прав споживачів та безпеки суспільства і держави.

Природно, що закон, яким запроваджуються певні обмеження, має давати змогу визначити мету їх установа. У законі мета може бути виражена текстуально або ж втілена неявно, імпліцитно. Так, у преамбулі Закону України «Про особливості застосування Закону України «Про вибори Президента України» при повторному голосуванні 26 грудня 2004 року» від 8 грудня 2004 р. за № 2221-IV прямо зазначається, що його норми (зокрема, ті, що встановлюють додаткові обмеження при виготовленні й видачі відкріпних посвідчень та при голосуванні за межами приміщення для голосування) прийнято з метою забезпечення реалізації громадянами України їх конституційних виборчих прав, додержання засад загальних, рівних, вільних і справедливих виборів, законності, прозорості та відкритості виборчого процесу.

Проте частіше мета запровадження певних обмежень виражена в неявній формі і тому встановлюється при тлумаченні закону. Наприклад, Конституційний Суд України, досліджуючи питання про конституційність інституту грошової (виборчої) застави, встановив, що метою цієї застави є обмеження чи усунення зловживання громадянином виборчим правом (передусім за рахунок платників податків), і визнав таку мету істотною й правомірною (див. рішення від 30 січня 2002 р. за № 2-рп/2002 у справі про виборчу заставу). Суд визнав істотною також мету встановлення інституту податкової застави і зазначив, що цей спосіб забезпечення сплати податків спрямовано на захист загальних інтересів і при його запровадженні законодавець діяв у межах Конституції України (див. рішення від 24 березня 2005 р. за № 2-рп/2005 у справі про податкову заставу).

Неможливість установа мети обмежень розглядається Конституційним Судом України як істотний недолік закону і в сукупності з іншими обставинами може призвести до визнання неконституційними положень закону, які запроваджують ці обмеження. Так, у рішенні в справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу Суд підкреслив, що ні положення Закону, ні позиції органів державної

влади щодо встановленого граничного (шістдесятип'ятирічного) віку для кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу третього або четвертого рівня акредитації не дають змоги визначити мету встановлення такого обмеження і визнав його неконституційним.

Обмеження, що переслідують істотну мету, мають бути об'єктивно виправданими, обґрунтованими. Ця вимога також сформульована Конституційним Судом України в рішенні у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу і відображена у назві інших справ¹.

Наприклад, у справі про виборчу заставу Конституційний Суд України на підставі світового досвіду зазначив, що її розмір повинен встановлюватися парламентом залежно від майнової спроможності переважної більшості населення країни. Порушення цієї вимоги може істотно обмежити кількість претендентів на місця в парламенті, особливо від фінансово малозабезпечених партій (блоків) та кандидатів у депутати.

У справі про податкову заставу Суд, не заперечуючи проти принципової можливості запровадження податкової застави для захисту суспільних інтересів, визнав таким, що не відповідає Конституції України, положення абз. 2 пп. 8.2.1 Закону України від 21 грудня 2000 р. за № 2181-III «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами і державними цільовими фондами», згідно з яким підставою її виникнення є неподання або несвоєчасне подання платником податків податкової декларації. На його думку, податкова заставу не може бути введена через неподання декларації, оскільки подібне обмеження права власності не є адекватним допущеному порушенню. Конституційний Суд також визнав неконституційним правило пп. 8.2.2 того ж Закону, яке поширювало право податкової застави на будь-які види активів платника податків. Це мотивоване тим, що Закон не виключав ситуації, при якій вартість заставлених активів могла перевищувати суму податкового зобов'язання чи податкового боргу. Це у свою чергу могло призвести до не виправданих і необґрунтованих обмежень прав платника.

Вимогу обґрунтованості заходів втілено і в законодавстві України. Зокрема, Закон України від 11 вересня 2003 р. за № 1160-IV «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» за-

¹ Аналогічний підхід використовує і Європейський суд з прав людини. Так, у справі «Хохліч проти України» від 29 квітня 2003 р. (див.: <http://www.coe.kiev.ua/hr/case/ua/ua06.html>) він розглядав правомірність обмеження кількості посилки та бандеролей і візитів родичів, які було дозволено одержувати ув'язненим. Подібне втручання було розцінене як таке, що переслідує законну мету попередження безладдя або злочинності, а самі заходи визнано пропорційними цій меті.

кріплює принцип доцільності — обґрунтованої необхідності державного регулювання господарських відносин з метою розв'язання існуючої проблеми.

Окремим випадком *необґрунтованості* обмежень є положення нормативно-правових актів, що *покладають обов'язки, які неможливо виконати*. Ця вимога базується на відомому давньоримському принципі: *nemo ultra posse obligatus est* або *impossibilium nulla obligatio est* (Цельс, Дігести, 50, 17, 185), тобто «нікого не можна зобов'язати до того, що він (або ніхто) не в змозі виконати»¹. На думку Б. Шлоера, критерієм оцінки щодо цієї вимоги є принцип можливості, тобто здатність адресата виконати те, що вимагається законом. При цьому йдеться як про юридичну можливість (можливість виконати законними шляхами), так і про фактичну (об'єктивна можливість виконати певний обов'язок)².

Логічним розвитком вимоги про об'єктивну виправданість заходів є правило, згідно з яким *якщо існують менш обтяжливі шляхи досягнення цих цілей, вони мають бути використані* (див. рішення Конституційного Суду України у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу). Ця вимога є природною в умовах правової держави, яка уособлює собою поміркованість здійснення публічної влади. У деяких країнах дослідження можливих альтернатив навіть є обов'язковою складовою юридичної експертизи проектів нормативних актів. Так, згідно з абз. 2 §85а Загального регламенту федеральних міністерств ФРН під час експертизи мають вивчатися питання про наявність альтернативних рішень і оцінюватися їх обсяг та інтенсивність порівняно із заходами, що пропонуються³. Якщо в розпорядженні держави знаходяться кілька приблизно однаково ефективних заходів, перевагу слід віддати найбільш м'якому, бережливому.

Правило про поміркованість відображено і в поточному законодавстві. Так, згідно з ст. 5 Закону України від 20 грудня 1990 р. за № 565-ХІІ «Про міліцію» міліція тимчасово, в межах чинного законодавства, обмежує права і свободи громадян, якщо без цього не можуть бути виконані покладені на неї обов'язки, й зобов'язана дати їм пояснення з цього приводу.

Закон України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» закріплює принципи адекватності й ефектив-

ності. Перший визначається як відповідність форм і рівня державного регулювання потреби у розв'язанні існуючої проблеми та ринковим вимогам з урахуванням усіх прийнятних альтернатив, а другий — як забезпечення досягнення внаслідок дії регуляторного акта максимально можливих позитивних результатів за рахунок мінімально необхідних витрат ресурсів суб'єктів господарювання, громадян та держави.

Вимога об'єктивної виправданості, обґрунтованості правових обмежень означає також, що *розмір (обсяг) самого публічно-правового обмеження має бути диференційовано залежно від конкретних обставин* (див. рішення Конституційного Суду України про податкову заставу і про призначення судом більш м'якого покарання).

Наприклад, на думку Суду, розмір податкової застави з огляду на загальні принципи права повинен відповідати сумі податкового зобов'язання. Тому публічно-правове обмеження розпорядження активами платника податків, встановлення за несплату чи несвоєчасну сплату податкового зобов'язання має бути диференційовано залежно від розміру несплати платником податкового боргу. З урахуванням викладеного положення пп. 8.2.2 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами і державними цільовими фондами», яке передбачало можливість поширення права податкової застави на будь-які види активів платника податків незалежно від суми податкового боргу, було визнане неконституційним.

У деяких випадках ця вимога закріплюється в законодавстві. Так, згідно з ст. 9 Закону України від 18 лютого 1992 р. за № 2135-ХІІ «Про оперативну-розшукову діяльність» при застосуванні оперативно-розшукових заходів працівники оперативних підрозділів зобов'язані враховувати їх відповідність ступеню суспільної небезпеки злочинних посягань та загрози інтересам суспільства і держави.

Для того щоб виключити можливість непропорційного обмеження прав особи в конкретній правозастосовній ситуації, *нормативно-правовий акт має відповідати принципу правової визначеності*, тобто бути ясним, простим, точним, чітким, несуперечливим тощо. Саме в такому випадку, на думку Конституційного Суду Російської Федерації, акт не допускає розширювального тлумачення встановлених обмежень і, як наслідок, свавільного їх застосування (див. постанову від 30 жовтня 2003 р. за № 15-П)¹.

Внаслідок додержання перелічених вимог при введенні обмежень *забезпечується розумний баланс приватних і публічних інтересів*.

¹ Вважається, що цей принцип втілено, зокрема, у ст. 607 Цивільного кодексу України, згідно з якою зобов'язання припиняється неможливістю його виконання у зв'язку з обставиною, за яку жодна із сторін не відповідає.

² Див.: Шлоер Б. Вказ. праця. — С. 11–12.

³ Див.: Справочник по нормотворческой технике / Пер. с нем. — 2-е изд., перераб. — М., 2002. — С. 104.

¹ Див.: Лазарев Л. В. Правовые позиции Конституционного Суда России. — М., 2003. — С. 169.

Цей баланс можна вважати оптимальним лише за умови, що обмеження, яке запроваджується, не посягає на саму сутність того чи іншого права і не призводить до втрати його реального змісту.

Таку спрямованість принципу пропорційності можна вивести з рішення Конституційного Суду України від 19 квітня 2001 р. за № 4-рп/2001 у справі щодо завчасного сповіщення про мирні зібрання. Як зазначив Суд, положення ч. 1 ст. 39 Конституції України щодо завчасного сповіщення органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування про проведення зборів, мітингів, походів і демонстрацій треба розуміти так, що організатори таких мирних зборів мають сповістити відповідні органи про проведення цих заходів заздалегідь, тобто у прийнятні строки, що передують даті їх проведення. Ці строки не повинні обмежувати право громадян, а мають служити його гарантією і водночас надавати можливість відповідним органам вжити заходів щодо безперешкодного проведення громадянами зборів, забезпечення громадського порядку, прав і свобод інших людей. Отже, тривалість строків завчасного сповіщення має бути у розумних межах.

Прояви цього правила можна знайти і в поточному законодавстві. Так, Закон України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» декларує принцип збалансованості, який полягає в забезпеченні в регуляторній діяльності балансу інтересів суб'єктів господарювання, громадян та держави.

Слід зазначити, що принцип пропорційності містить вимоги, адресовані насамперед законодавцеві. Проте цей принцип адресовано також суддям, які, застосовуючи закон, виступають у ролі оцінювачів обмежувальних дій законодавця. Використовуючи цей принцип, судді поступово (від рішення до рішення) розробляють систему критеріїв про межі правомірного втручання законодавця в те чи інше право. Крім того, вони використовують як оцінно-регулятивний орієнтир відповідні правові позиції Європейського суду з прав людини, враховують практику зарубіжних судів. На нашу думку, певний корисний досвід при оцінці розмірності обмежень, що вводяться державою, може бути запозичено з кримінального права, в якому плідно досліджуються проблеми перевищення меж необхідної оборони¹.

У цілому принцип пропорційності, без всяких сумнівів, залишає за судами досить широкий розсуд при вирішенні питань про адекватність

¹ Нагадаємо, що згідно з ст. 36 Кримінального кодексу України перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту. По суті перевищення меж необхідної оборони є порушенням принципу адекватності з боку приватних осіб.

законів. У той же час суди не схильні зловживати правом розсуду і виробили низку концепцій, спрямованих на регламентацію своїх повноважень в цій сфері, насамперед концепцію самообмежень судів і концепцію їх «нейтралітету» при оцінці розумності економічної політики¹.

Так, Європейський суд з прав людини визнає за державою певну свободу розсуду як для вибору способів упровадження, так і для вирішення, чи є їх наслідки виправданими та відповідають загальному інтересу в спробі досягти зазначеної мети закону (див., нап., рішення у справі «Жовнер проти України» від 29 червня 2004 р.). Схильність до цього підходу демонструє і Конституційний Суд України (див. рішення у справі про виборчу застава, в якому Суд охарактеризував визначення соціально орієнтованого розміру грошової застави як питання політичної доцільності).

Отже, викладене підтверджує наше припущення про сприйняття принципу пропорційності українською правовою системою. Він ґрунтується на конституційних принципах правової держави і верховенства права (ст. ст. 1 і 8 Конституції України) і може бути визначений як *загальноправовий принцип, спрямований на забезпечення у правовому регулюванні розумного балансу приватних і публічних інтересів, відповідно до якого цілі обмежень прав повинні бути істотними, а засоби їх досягнення — обґрунтованими і мінімально обтяжливими для осіб, чий права обмежуються.*

Надійшла до редколегії 15. 09. 05

¹ Див.: Гаджиев Г. А. Вказ. праця. – С. 73–74.

ПИТАННЯ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА

С. Максимов, професор НЮА України

Філософсько-правова концепція вічного миру Канта і сучасність

Кантівська концепція «вічного миру» і союзу держав є яскравим підтвердженням справедливості відомого положення: «Немає нічого практичнішого доброї теорії». Створена великим філософом, який пішов з життя двісті років тому, згадана концепція тривалий час вважалася втіленням прекрасного, але далекого від життя ідеалу, створенням лише чистої теорії. Однак сьогодні вона розцінюється зовсім інакше, а саме — як проект, з яким за глибиною думки і реалізмом нічого не може бути поставлено поряд. Невипадково сучасне значення цього проекту активно обговорюється такими всесвітньо відомими філософами права, як Ю. Габермас¹, О. Гьофе², В. Керстинг³, Дж. Роулс⁴ та ін. Певну увагу вченню Канта про вічний мир приділено російськими юристами і філософами (С. Алексєєв⁵, Є. Винокуров⁶, Н. Мотрошилова⁷). На жаль, українські вчені залишають це питання без належної уваги.

¹ Див.: *Хабермас Ю.* Кантова идея вечного мира – из 200-летней исторической перспективы // Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории. – СПб., 2001. – С. 277–332; *його ж.* Спор о прошлом и будущем международного права. Переход от национального к постнациональному контексту // Вопросы философии. – 2004. – № 3. – С. 12–18.

² Див.: *Гьофе О.* Світова республіка як мінімальна держава // Гьофе О. Розум і право. – К., 2003. – С. 89–116.

³ Див.: *Kersting, Wolfgang.* Wohlgeordnete Freiheit: Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie. – Frankfurt a.M., 1993.

⁴ Див.: *Rawls, John.* The Law of Peoples // (Eds.) Shute S., Hurley S. On Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures. – N.Y., 1993. – P. 41–82.

⁵ Див.: *Алексєєв С. С.* Самое святое, что есть у Бога на земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. – М., 1998.

⁶ Див.: *Винокуров Е. Ю.* На пути к вечному миру: философия Канта в современных дискуссиях о глобальном политическом устройстве. – Калининград, 2002.

⁷ Див.: *Мотрошилова Н. В.* Идеи единой Европы: философские традиции и современность // Вопросы философии. – 2004. – № 11. – С. 3–18; № 12. – С. 3–18.

Як відомо, остаточним оформленням кантівської концепції є трактат «До вічного миру» (1795), хоча окремі положення було викладено в роботах «Ідея загальної історії у всесвітньо-громадському плані» (1784), «Критика сили судження» (1790), «Про приказку...» (1793), «Метафізика звичаїв» (1797). При цьому в Канта проблеми миру і права перебувають у тісній єдності. Сама ідея «вічного миру» з'являється як стан звільнення від війни і впровадження панування права й законності. Мир між народами стає необхідною умовою правового громадянського стану суспільства, а правовий громадянський устрій — необхідною умовою вічного миру. Тому кантівська концепція має філософсько-правовий характер: це не просто роздуми над міжнародним правом, а роздуми над міжнародним правовим і мирним співтовариством.

Фундаментальними основами кантівської концепції вічного миру є його філософія права (як частина практичної філософії) з головною ідеєю автономії розуму і теорія суспільного договору. Вчення про самозаконодавство чистого практичного розуму тлумачить легітимність і значущість нормативних висловлювань і законів як наслідок формування їх розумом, надання їм форми загальної значущості, як наслідок їх здатності бути універсалізованими і загальноновизнаними. Практичний розум стикається з двома видами проблем: з проблемою вибору цілей, які він встановлює для себе, і з проблемою вибору зовнішніх дій, які він передбачає здійснити для досягнення своїх цілей. Відповідно і моральна філософія розділяється на доктрину законодавства внутрішньої свободи (етична доктрина) і доктрину зовнішньої свободи (правова доктрина). Основний закон внутрішньої свободи виражається у категоричному імперативі моральності. Основний закон зовнішньої свободи приймає форму категоричного імперативу права, який містить обмеження зовнішньої свободи (зовнішнього свавілля) людини умовами загальності, рівності й взаємності і конститує тим самим умови співіснування вільних індивідів. Правовий закон запобігає будь-якому неуніверсалізованому використанню свободи. Водночас право розуму само по собі непридатне для розв'язання проблеми координації сумісного існування. Необхідний перехід від природного стану до правового стану. Процесуальна природа права розуму виражається в теорії договору, який утворює правову форму суспільного існування.

Взаємозв'язок права і миру виявляється вже в загальній тезі, що ґрунтує теоретичну «чистоту» кантівського проекту: «Я ж зі свого боку маю довіру до теорії, яка виходить з правового принципу, що вказує, якими повинні бути відносини між людьми і державами, і яка

рекомендує земним богам максимум в усіх своїх спорах діяти так, щоб їх вчинки приводили до подібної всезагальної держави народів»¹. У цьому положенні, яке містить категоричний імператив щодо міжнародних справ, Кант постулював не тільки здійсненість міцного довготривалого миру, а й необхідність і можливість «всезагальної держави народів». Цю сторону концепції Канта особливо часто згадують сьогодні, в епоху формування Європейського Союзу, коли мрія великого філософа, що здавалася утопічною, принаймні частково стає явною.

Кантівська «чиста» теорія миру є теорією належного, тому статті договору про вічний мир не зовсім збігаються з тим, що насправді в історії було, є і певною мірою матиме місце (нещирість при укладенні договорів, утручання однієї держави в справи іншої, розходження між мораллю і політикою та ін.). Та попри те, що Кант визнавав відхилення реального досвіду від чистої теорії, він, виходячи з принципу належного і надії щодо здійснення відповідного стану права, стан «вічного миру» розглядав як завдання, яке поступово вирішується і стає чимдалі ближчим до здійснення. Такий характер концепції Канта разом з практичними прогнозами, що нині вже виправдалися, надає змогу зробити висновок про її дивовижний реалізм.

На користь неминучої здійсненості ідеї вічного миру, а також можливості і необхідності утворення союзу держав, їх об'єднання в міждержавну федерацію Кант наводить три види доводів: 1) прагматичний як апеляція до необхідності подолання небезпек, що спричиняють війни, шляхом міцного миру; 2) телеологічний, який виходить з поняття людської природи і загального задуму природи щодо людського роду; 3) деонтологічний, тобто апеляція до «правового принципу», який Кант розуміє широко і докладно роз'яснює.

Правовий довід на користь досяжності вічного миру і союзу держав діє не поза волею окремих людей і людства в цілому, як попередні два, а належить до сфери відносно регульованої і цілеспрямованої, свідомої діяльності індивідів, державних органів і міжнародних організацій. Саме виникнення права, правових регулювальників діяльності є, за Кантом, наслідком, нехай часткового, усвідомлення веління, завдань природи щодо людського роду, а також усвідомлення небезпек, які виникають від непокори подібним велінням.

Тут слід мати на увазі вже не логіку «природи», а логіку права, яка орієнтується на конструкцію суспільного договору. Подібно до того як «насилство, яке народ зазнає з усіх боків, і біди, що виникають від

¹ Кант І. Сочинения в 4-х томах на немецком и русском языках. – Т. 1. Трататы и письма (1784–1796). – М., 1993. – С. 349.

нього, примушуванню його зрештою дійти рішення підкоритися тому примушенню, яке сам розум приписує йому як засіб, а саме: підкоритися публічним законам і перейти до *державно-громадянського* устрою; так само біди, що спричиняють безупинні війни, в яких держави прагнуть гнобити або підкоряти одна одну, примушують зрештою ці держави... перейти, хоч і проти своєї волі, до *всесвітньо-громадянського* устрою...»¹. По суті, Кант уявив собі міжнародну конкуренцію між державами як аналог первинного природного стану, котрий, як вважалося, існував колись між до-соціальними індивідами; і він стверджував, що суспільний договір, за допомогою якого ці індивіди увійшли до національного співтовариства громадян, залишається незавершеним, доки ці громадяни не знайдуть аналогічного виходу з неприборканого *міжнародного* природного стану.

Як відомо, Кант поділяє громадянсько-правовий устрій за суб'єктами на три види: «1) устрій за *правом державного громадянства* людей у складі народу (*ius civitas*); 2) устрій за *міжнародним правом* держав у їх взаємовідносинах (*ius gentum*); 3) устрій за *правом всесвітнього громадянства* (*ius cosmopoliticum*), оскільки людей і держави, що перебувають між собою у зовнішніх відносинах, слід розглядати як громадян загальнолюдської держави. Цей поділ, — слушно додає Кант, — не безпідставний, навпаки, він є необхідним з погляду ідеї про вічний мир»². У часи Канта перші два види правового устрою вже були, нехай частково, реалізовані. А ось третій вид тільки останнім часом частково став реальністю в становленні (у вигляді правової структури об'єднаної Європи), а частково — питанням найближчого майбутнього. Але при цьому третій пункт і логічно, й історично впливає з перших двох: інтеграція держав у більш тісні союзи (за типом федерації або іншого устрою) є результатом багатівікового розвитку громадянсько-правових форм у всіх їх різновидах (від процесів свідомості, приватних і конкретних дій окремих громадян, договорів держав до створення міждержавних коаліцій, які, нехай і розпадаються, але на певний час є дійовими).

Право всесвітнього громадянства є однією з складових глобального порядку. Аргументація на користь права всесвітнього громадянства здійснюється по двох напрямках. По-перше, по лінії обґрунтування права в цілому з права кожного на ставлення до нього як до мети, а не лише як до засобу. По-друге, з огляду на право володіння землею поверхнею, яке належить усім людям, обмеженість земної поверхні (а відтак, вимушеності людського контакту).

¹ Кант І. Сочинения... — С. 343

² Там само. — С. 373.

Право всесвітнього громадянства доповнює державний та глобальний правовий порядок і є визначною частиною мирової конституції (у широкому розумінні цього терміна). У ньому природжене право людини діє безпосередньо як норма, як основа і масштаб всесвітнього порядку.

Способом теоретичного переходу від права національного й права міжнародного до права космополітичного стає оригінальне кантівське тлумачення поняття «республіка». Це поняття він пов'язує не з формою держави, а з її конституційно-правовим устроєм, що певною мірою відповідає сучасному поняттю «правова держава». У сфері правової держави забезпечується дія принципів «свободи членів суспільства (як людей)», «залежності всіх (як підданих) від єдиного загального законодавства» і «рівності всіх (як громадян держави)»¹. Ці принципи можуть бути експліковані як основні групи прав: а) громадянські права і свободи; б) права-гарантії справедливого судочинства; в) демократичні права.

З погляду кантівської концепції вічного миру республіканізм як правовий внутрішньодержавний устрій є необхідною передумовою, без якої неможливий поступ народів до гарантованого і довготривалого миру між ними, а також до союзу держав, що спирається на право. Кант бачить спорідненість між логікою підкорення закону кожного громадянина держави (логікою республіканізму) і логікою підкорення праву у відносинах між державами, а потім і всередині об'єднаного союзу держав. Але, враховуючи всі труднощі цього процесу, Кант рекомендує не керуватися відразу позитивною ідеєю світової республіки, а спочатку мати на увазі лише негативний сурогат союзу, який відкидає війни, міцно існує і постійно розширяється, який може стримати потік ворожих праву і людині схильностей при збереженні, однак, постійної небезпеки їх вияву. Ці прогнози-застереження Канта збулися. Союз держав виникає не раніше того, як формуються правові держави.

Водночас Кант розкриває і зовсім нову грань вчення про засновану на суспільному договорі правову державу. Правова держава у точному сенсі не може бути реалізована поза співтовариства держав, але тільки в ньому і завдяки йому. Чи можна вважати стан нації правовим, якщо б вона досягла свого добробуту і можливої завдяки цьому правової безпеки шляхом експлуатації інших націй? Тому добробут і демократія у національних масштабах ще не є стійкою ознакою існування правової держави, якщо економічний та політичний прогрес в одному місці приведе до застою чи навіть регресу в іншому місці Землі. А тому правову державу неможливо збудувати чисто партикулярно, уособлено.

¹ Кант І. Вказ. праця. – С. 373–375.

Це можливо лише у союзі держав і націй — і той, хто виступає за громадянську правову державу, завжди сприяє здійсненню проекту всесвітньо-громадянського суспільства.

Таким чином, відтоді, як Кант запропонував свій правовий проект вічного миру федерації народів (*Pax Kantiana*), ні загальна ідея, ні аргументи проти неї, ні філософська теорія, на основі якої цей проект було запропоновано, не застаріли. При цьому його особлива актуальність полягає в тому несподіваному історичному реалізмі, який пронизує ідеалістичну теорію-мрію про вічний мир.

Підтвердженням такого реалізму можна назвати той факт, що на XXII Всесвітньому конгресі з філософії права і соціальної філософії «Право і справедливість у глобальному суспільстві», який проходив у травні 2005 р. у м. Гранада (Іспанія), ідеї кантівського проекту тією чи іншою мірою обговорювались майже у всіх пленарних доповідях.

Знаменним є те, що конгрес відкрився доповіддю видатного філософа сучасності Юргена Хабермаса, яку було присвячено аналізу саме кантівського проекту вічного миру: «Кантівський проект конституціоналізації міжнародного права: чи зберігає він шанс?»¹.

Ю. Хабермас відзначав, що своєю концепцією «космополітичного правопорядку» Кант вийшов за межі міжнародного права, яке залишилося орієнтованим виключно на держави. Але тільки після двох світових війн конституціоналізація міжнародного права еволюціонувала у напрямку до космополітичного права відповідно до накреслювання Канта. Однак з крахом двополосного світового порядку і встановленням США як світового гегемона з'явився альтернативний погляд на світовий устрій. Проект нового ліберального світового порядку під прапором *Pax Americana*, що відстоюється неоконсервативними прихильниками нинішньої адміністрації США, піднімає питання вже не про межі юридикації міжнародних відносин, а про те, чи повинна юридикація міжнародних відносин бути замінена на моралізацію міжнародної політики — моралізацію, яка визначається *етосом* наддержави. Питання ставиться про те, чи залишається право відповідним засобом для реалізації декларованих цілей досягнення миру і міжнародної безпеки, сприяння демократії і прав людини в усьому світі або буде затверджений пріоритет вже не юридично, але етично *виправданих* національних інтересів США.

Ю. Хабермас виражає упевненість, що кантівський проект повинен і може продовжуватися. При цьому деякі підстави для надії на такий

¹ Див.: Habermas, Jürgen. The Kantian project of the constitutionalisation of the international law. Does it have a chance? // Law and justice in a global society. Plenary sessions. Lectures. – IVR: Universidad de Granada, 2005. – P. 115–126.

результат дає та обставина, що нинішня наддержава є найстарішою конституційною демократією в світі. Спорідненість ціннісних орієнтацій між внутрішньою політичною культурою єдиної наддержави, що збереглася, з одного боку, і космополітичним проектом — з другого, принаймні полегшує можливість повернення США до ролі лідера в перетворенні міжнародного права у напрямку до «космополітичного правопорядку»¹.

Професор Вільям Твінінг (Велика Британія) у доповіді «Загальна юриспруденція», намічаючи перспективи розвитку глобальної (космополітичної) юриспруденції, до числа завдань, пов'язаних з використанням текстуальної спадщини, разом з увагою до мислителів та ідей інших традицій, а також розширенням теорій справедливості, вироблених у межах національної держави (зокрема, концепції Дж. Роулза), на всесвітній рівень, відніс більш пильну увагу до класичних текстів західної традиції, що мають відношення до космополітичної теорії права, в першу чергу – «До вічного миру» Канта.

Професор Лондонської школи економіки Девід Хелд в докладі «Принципи космополітичного порядку» розглядав концепцію космополітизму Канта, засновану на понятті «громадянин світу», як безпосередній передвісник сучасних концепцій космополітизму, а кантівське космополітичне право він тлумачив як «здатність представляти себе і бути почутим усередині і за межами політичних співтовариств; це було право вступати в діалог без штучного утиску і розмежування»².

Д. Хелд виділяв вісім принципів, які є формальним виразом космополітичних цінностей і затверджують рівне значення кожної особи в «моральному царстві всього людства»: 1) рівної цінності і гідності; 2) активної дії; 3) персональної відповідальності і підзвітності; 4) згоди; 5) колективного ухвалення рішень з публічних питань за допомогою процедур голосування; 6) включеності і субсидіарності; 7) уникнення серйозної шкоди; 8) можливості підтримки³. При цьому він робить спробу раціонального виправдання космополітичних принципів на основі двох фундаментальних метапринципів, що організують етичний дискурс, — культурно-історичного (автономії) і філософського (неупередженого мислення). Метапринцип автономії є ядром демократії. Метапринцип неупередженого мислення суть моральний каркас для специфічних правил і принципів, які можуть бути загальноприйнятими. Разом зазначені метапринципи космополітизму конституують політичну основу і політичну

¹ *Habermas, Jürgen*. Вказ. праця. – Р. 125.

² *Held, David*. Principles of cosmopolitanism order // Law and justice in a global society. Plenary sessions. Lectures. – IVR: Universidad de Granada, 2005. – Р. 145–146.

³ Див.: Там само. – Р. 146.

філософію для життя в глобальну епоху. Всі ці принципи і становлять, на думку Д. Хелда, основу космополітичного права, що розширює кантівське тлумачення його лише як умов загальної гостинності, і дає підставу розуміти це право як «спосіб представлення рівного морального становища всіх людей, наділення їх правом на рівну свободу і форми правління, що засновані на обговоренні і згоді»¹.

Проблеми формування глобальних наднаціональних інститутів, кризи демократичних засад в їх функціонуванні і способів її подолання шляхом створення нового політичного механізму легітимації процесів глобалізації й подальшого розвитку публічної сфери на засадах права і захисту прав людини (проблеми, що порушувались в кантівському проекті) обговорювалися в докладах Хуана-Рамона Капелі (Університет Барселони, Іспанія), Луїджі Ферраджолі (Університет Камеріно, Італія), Гюнтера Тойбнера (Університет Франкфурта, Німеччина)² та інших всесвітньо відомих правових і політичних філософів.

Логічним продовженням методологічної позиції кантівської концепції торжества миру на основі права буде, на наш погляд, твердження про те, що ХХІ ст. стане (має стати) століттям права, відносним завершенням проекту Канта. Тому грядущий етап розвитку людства може бути названо правовим суспільством, подібно до того, як він вже називається постіндустріальним та інформаційним суспільством.

Надійшла до редколегії 17.11.05

¹ *Held, David*. Вказ. праця. – Р. 158.

² Див.: *Teubner, Gunter*. Globalized society – fragmented justice. Human rights violations by “private” transnational actors // Там само. – Р. 547–562.

ПРОБЛЕМИ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

В. Гончаренко, член-кореспондент
АПрН України

Законодавчі органи Австро-Угорської монархії під час перебування в її складі західноукраїнських земель

У другій половині XVIII ст. західноукраїнські землі перейшли під владу Австрійської монархії і на їх територію поширювалася дія органів влади й управління цієї держави. У 1867 р. було утворено Австро-Угорську імперію. 12 грудня того ж року прийнято Конституцію Австрії, яка складалася з п'яти основних законів (про імперське представництво, про загальні права громадян, про імперський суд, про судову владу, про урядову й виконавчу владу)¹. Австрійська імперія одержала назву Австро-Угорщина і перетворилася на дуалістичну монархію². Держава складалася з двох частин: Австрії (Цисленгалії) та Угорщини (Транслейтанії). Галичина й Буковина входили до Австрії, а Закарпатська Україна — до Угорщини. Тобто більша частина західноукраїнських земель перебували під владою Австрії.

За Конституцією Австрії 1867 р. (проіснувала з деякими змінами до 1918 р.) країна очолювалась імператором, який мав широкі повноваження в галузі як управління, так і законодавства. В той же час Конституція передбачала функціонування в країні парламенту (рейхсрату) — представницького законодавчого органу Австрії. Відповідно до Конституції 1867 р. австрійський рейхсрат був двопалатним законодавчим органом і складався з двох палат: верхньої — Палати панів і нижньої — Палати депутатів. До Палати панів згідно з Конституцією 1867 р. входили: 1) повнолітні принци імператорської родини за народженням; 2) повнолітні члени магнатських дворянських сімей, що одержали від імператора спадкове право засідати у Палаті панів; 3) усі архієпископи і ті з єпископів, котрі мали княжий ранг; 4) особи, яким імператор надав право спадково або пожиттєво бути членами Палати панів за значні послуги державі, церкві, наукам і мистецтвам³.

¹ Див.: Собрание конституционных актов. — М., 1905. — С. 98–112.

² Див.: *Вильсон В.* Государство. Прошлое и настоящее конституционных учреждений. С приложением текстов важнейших конституций. — М., 1905. — С. 298.

³ Див.: Современные конституции. Сборник действующих конституционных актов. — Т. 1: Конституционные монархии. — СПб., 1905. — С. 3–4.

Кількісний склад Палати панів не був постійним. Так, у 1879 р. верхня палата австрійського парламенту включала 188 осіб (у тому числі 13 принців крові, 53 спадкових членів, 10 архієпископів, 105 пожиттєвих членів)¹. Наприкінці XIX ст. у цій палаті парламенту Австрії було 212 осіб. Згідно із законом 1907 р. до Палати панів повинно було входити від 150 до 170 членів. Українці від Галичини і Буковини представляли незначну кількість членів Палати панів — всього декілька чоловік². Серед них був, зокрема, митрополит Андрій Шептицький³.

Палата депутатів австрійського рейхсрату була досить представницькою інстанцією. Так, спочатку до неї входили 203, з 1873 р. — 353, в 1896 р. — 425 і з 1907 р. — 516 депутатів⁴. Палата депутатів формувалася шляхом виборів представників від усіх австрійських країв, у тому числі від Галичини і Буковини. Депутати обиралися строком на шість років. Кількість представників до Палати депутатів країв встановлювалась у Конституції Австрії 1867 р. До початку XX ст. Палата депутатів обиралася за куріальною системою. Спочатку було чотири курії: 1) великих землевласників; 2) торговельних і промислових палат; 3) міського населення; 4) сільських общин. У 1896 р. створена так звана загальна курія, до якої увійшли ті верстви населення, які не були представлені в перших чотирьох зазначених куріях. П'ята курія посилала до рейхсрату 72 депутатів⁵. У цілому зазначена куріальна система виборів до Палати депутатів була недемократичною і тому постійно викликала невдоволення виборців. 26 січня 1907 р. було прийнято новий закон, яким проголошувалося встановлення загального виборчого права і скасовувалася куріальна система. В той же час виборче право передбачало низку обмежень. Так, не мали виборчого права жінки, військовослужбовці, особи до 24 років. Установлювався ценз осілості, який становив один рік. Пасивним виборчим правом наділялися особи з тридцятирічного віку.

¹ Див.: *Градовский А. Д.* Государственное право важнейших европейских государств. — СПб., 1895. — С. 236.

² Див.: *Кульчицкий В. С., Бойко І. Й., Мікула О. І., Настасяк І. Ю.* Аппарат управління Галичиною у складі Австро-Угорщини. — Львів, 2002. — С. 29; *Никифорак М. В.* Буковина в державно-правовій системі Австрії (1774–1918 рр.). — Чернівці, 2004. — С. 119–120.

³ Див.: Довідник з історії України (А–Я) / За заг. ред. І. Підкови, Р. Шуста. — 2-е вид., доопр. і доповн. — К., 2001. — С. 9.

⁴ Див.: *Лозинский С. Г.* Царствование Франца-Иосифа. — Пг., 1916. — С. 180.

⁵ Див.: Там само. — С. 155. Докладніше про куріальну систему виборів до австрійського рейхсрату див.: *Пифферун О.* Европейские избирательные системы (Парламентские, провинциальные и муниципальные). — СПб., 1905. — С. 190–204; Системы избирательного права Зап. Европы и Сев.-Американ. Соединен. Штатов. — СПб., Бг. — С. 94–107.

Австрійське виборче право передбачало представництво в Палаті депутатів Галичини і Буковини. Так, згідно з виборчим законом від 26 січня 1907 р. до Палати депутатів посилали таку кількість депутатів: Богемія — 130; Галичина — 106; Нижня Австрія — 64; Моравія — 49; Штирія — 30; Тіроль — 25; Верхня Австрія — 22; Сілезія — 15; інші області — 75¹. Але внаслідок низки обставин, зокрема, куріальної системи, допущення австрійською владою різного роду зловживань, насильства, махінацій в Східній Галичині і Буковині, існування так званої «виборчої географії» тощо, представництво українців-галичан і буковинських українців у Палаті депутатів австрійського парламенту впродовж його існування було занадто незначним. Так, українців у рейхсраті 1879 р. налічувалося тільки троє². У 1907 р. до Палати депутатів було обрано 27 українців, у 1911 р. — 29³. За всю історію існування Палати депутатів до неї було обрано 67 буковинців, серед яких українців налічувалося лише 15⁴. Але все ж таки хоча і невелика, однак певна кількість парламентарів-українців набувала досвід парламентської роботи, відстоюючи інтереси свого краю, бо попри всілякі обмеження і деякі недоліки австрійський рейхсрат був відповідною моделлю парламенту європейського типу. В цьому можна легко переконатися, розглянувши, зокрема, загальні засади організації та діяльності цього законодавчого представницького органу Австрії.

Засади організації та діяльності австрійського рейхсрату було визначено перш за все Конституцією Австрії 1867 р. Рейхсрат передусім був представницьким органом, оскільки складався з представників різних верств населення Австрії. Конституція забороняла бути одночасно членом обох палат парламенту⁵. Всі члени рейхсрату зобов'язані були здійснювати своє право голосу особисто. Члени парламенту користувалися правом на імунітет. По-перше, вони ні перед ким, крім палати, до якої належали, не відповідали за виказування своїх думок з питань, котрі належали до сфери діяльності парламенту. По-друге, вони не могли бути затримані або піддані судовому переслідуванню у кримінальному порядку без дозволу відповідної палати парламенту, за винятком затримання на місці злочину або безпосередньо після його вчинення. Однак на

¹ Див.: Тищик Б. Й. Західно Українська Народна Республіка (1918–1923). Історія держави і права. – Львів, 2004. – С. 31.

² Див.: Кузьминець О., Калиновський В., Дігтяр П. Історія держави і права. – К., 2000. – С. 169.

³ Див.: Тищик Б. Й. Вказ. праця. – С. 31.

⁴ Див.: Никифорак М. В. Вказ. праця. – С. 135.

⁵ Див.: Собрание конституционных актов. – М., 1905. – С. 101.

вимогу палати парламенту арешт повинен бути знятим і переслідування «призупинено на тривалість всієї сесії»¹. Члени Палати депутатів не були зв'язані ніякими інструкціями виборців. Це пояснюється тим, що депутатів парламенту вважали представниками не тільки тих виборців, які обрали їх до парламенту, а й всього народу². Депутати за виконання своїх депутатських обов'язків отримували винагороду у розмірі 10 гульденів за добу, а також прогони.

Основною функцією австрійського рейхсрату як державного органу всієї країни була законодавча. В питаннях законодавства Палата панів не мала вирішального значення. Ініціатива у цій сфері належала головним чином Палаті депутатів³. Згідно з Конституцією Австрії 1867 р. до законодавчої компетенції рейхсрату належало досить широке коло питань, які стосувалися прав, обов'язків, інтересів, загальних для всіх королівств і земель, які представляв рейхсрат⁴.

¹ Див.: Собрание конституционных актов. – С. 105.

² Див.: Кокошкин Ф. Ф., Вышеславцев Б. П. Австро-Венгрия // Политический строй современных государств. – Т. II. Собрание статей. – СПб., 1906. – С. 146.

³ Див.: Смирнов Е. Государственный строй и политические партии в Зап. Европе и Сев.-Америк. Соедин. Штатах. – СПб., Б. г. – Т. 1. – С. 29.

⁴ До компетенції рейхсрату Конституція 1867 р. відносила:

«b) все дела, касающиеся способа набора, регламентирования и продолжительности военной службы; в частности ежегодное вотирование состава армии и правил относительно доставления войскам продовольствия и помещения;

с) регламентирование бюджета государственного управления, и в частности ежегодное вотирование налогов и пошлин; рассмотрение государственных счетов и результатов финансовых операций; выпуск новых займов, конверсия старого государственного долга, отчуждение, преобразование и заклад недвижимой государственной собственности; законодательство о монополиях и регалиях, и вообще все финансовые дела, которые являются общими для королевств и областей, представленных в рейхсрате;

д) регламентирование монетной системы и эмиссионных банков, таможенные и торговые дела, телеграфы, почты, железные дороги, судоходство и другие способы сообщения в империи;

е) законодательство о кредите, банках, привилегиях на изобретения, промышленности, исключая права на продажу напитков; веса и меры; гарантия фабричных марок и образцов;

ф) врачебное законодательство, равно как меры, направленные против эпидемий и эпизоотий;

г) законодательство о правах граждан и нации, охрана иностранцев, паспорта и перепись населения;

h) законодательство о вероисповедных вопросах, правах ассоциаций и союзов, о печати и обеспечении литературной собственности;

і) определение порядка обучения в народных школах и гимназиях, равно как законодательство об университетах;

Крім основної (тобто законодавчої) функції, рейхсрат здійснював функцію затвердження найважливіших міжнародних договорів, щорічного затвердження бюджету і звітів про виконання бюджету попередніх років, дозволу державної позики та відчуження державного нерухомого майна¹.

Конституція Австрії 1867 р. надавала право рейхсрату здійснювати функцію контролю за управлінням. Так, кожна з палат рейхсрату мала право робити міністрам запити по всіх предметах, що входили до їх повноважень, піддавати своєму контролю акти уряду, вимагати від міністрів пояснень з приводу поданих петицій, призначати комісії, яким міністри повинні були доставляти всі необхідні свідчення, і формулювати свою оцінку в формі адреси або резолюції². Кожна палата рейхсрату мала право вимагати присутності міністрів на своїх засіданнях.

Конституція 1867 р. зафіксувала такий важливий принцип функціонування австрійського парламенту, як публічний (відкритий) характер його діяльності. Однак іноді як виняток кожна з палат могла постановити проводити закриті засідання палати.

Внутрішня організація рейхсрату, порядок його діяльності були врегульовані законодавчо, зокрема, законами від 15 травня 1868 р., від 12 травня 1873 р., від 30 липня 1867 р. про порядок розгляду в рейхсраті великих законопроектів, наказами Палати панів від 25 січня 1875 р., Палати депутатів від 2 березня 1875 р.³ Зазначені нормативні акти, перш

за все накази (по суті регламенти) палат рейхсрату, дуже ретельно регламентували: порядок відкриття щойно обраного парламенту; вибори бюро палат (складалося з голови палати і двох його товаришів, секретарів і приставів); процедуру обговорення і голосування законопроектів; порядок обговорення запитів (інтерпеляцій) і петицій; порядок зносин Палати панів і Палати депутатів між собою тощо¹. В той же час слід зазначити, що накази палат, незважаючи на їх багаторічний строк дії, виявилися неспроможними до кінця забезпечити конструктивну, налагоджену роботу рейхсрату².

Характеризуючи діяльність австрійського парламенту, слід зазначити, що його повноваження певною мірою обмежувалися тим впливом на його діяльність, який згідно з Конституцією 1867 р. миг справляти імператор. Як вже зазначалось, імператор мав право призначати необмежену кількість відданих йому нових членів Палати панів. Він призначав президента і віцепрезидента Палати панів з числа її членів на одну сесію парламенту. Конституція 1867 р. передбачала, що «рейхсрат скликається Імператором кожного разу, по можливості впродовж зимових місяців»³. Імператору належало право відстрочки засідань рейхсрату, а також право розпуску Палати депутатів. У випадку розпуску цієї палати належало провести нові вибори

¹ Докладніше див.: *Нольде А.* Вказ. праця. – С. 203–224.

² Так, комісія Палати депутатів, якій було доручено розглянути пропозиції депутатів стосовно перегляду наказу Палати депутатів від 2 березня 1875 р. в бік його покращання, представила на розгляд палати депутатів доповідь, в якій узагальнювалась ситуація, що склалася в цій палаті. В зазначеній доповіді говорилося, зокрема: «За шість останніх лет нравы парламента совершенно одичали. Палата должна пассивно присутствовать при сценах побоищ и непрестанной брани между членами её; уважение к авторитету председателя совершенно утратилось, и наказ не дает ему никакой возможности поддержать порядок. С другой стороны, не прекращаются попытки обструкций, исходящих от самых разнообразных партий, иногда очень немногочисленных, которые совершенно сводят на нет принцип решения дела по большинству, – принцип, на котором зиждется вся конституционная система... Далее, те формальности делопроизводства, которые были в свое время установлены в интересах наиболее полного и разностороннего освещения дела, теперь являются источником различных обструкционных приемов, лазеек для попыток затянуть дело, и говорить и делать что каждому заблагорассудится, не считаясь с тем, как это отражается на работах палаты... При таком характере деятельности палата лишена возможности отправлять те обязанности, исполнение которых ожидает от нее страна... Все эти обстоятельства, вместе взятые, приводят к тому, что работа палаты замедляется до крайности. Она не в состоянии справиться с крупными задачами, не может даже вовремя закончить рассмотрение бюджета» (*Нольде А.* Вказ. праця. – С. 199–200).

³ Собрание конституционных актов. – С. 102.

к) уголовное законодательство и законодательство о полицейских взысканиях; гражданское законодательство, за исключением того, что касается государственной росписи и тех предметов, которые, согласно провинциальным статутам и настоящему конституционному закону, составляют компетенцию ландтага; торговое законодательство; морское право; законы о рудниках и ленах;

л) законодательство об основах судебной и административной организации;

м) законы во исполнение конституционных законов об общих правах граждан, об имперском суде, судебной власти правительственной и исполнительной;

н) законодательство об обязанностях и взаимных отношениях отдельных государств;

о) законодательство о форме, в которой должны обсуждаться дела, признанные по соглашению с землями венгерской короны имеющими общий интерес» (Собрание конституционных актов. – М., 1905. – С. 102–103). Як бачимо, до предметів відання рейхсрату віднесено значну кількість питань, по яких загальнодержавний парламент приймав закони (докладніше див.: *Лоуэль А. Л.* Правительства и политические партии в государствах Западной Европы (Франция, Италия, Германия, Австро-Венгрия, Швейцария). – М., 1905. – С. 304–305).

¹ Див.: *Кокошкин Ф. Ф., Вышеславцев Б. П.* Австро-Венгрия // Политический строй современных государств. – Т. II. Собрание статей. – СПб., 1906. – С. 143.

² Див.: Собрание конституционных актов. – М., 1905. – С. 105–106.

³ Див.: *Нольде А.* Порядок австрийского парламента // Журнал Министерства юстиции. – 1906. – № 3. – С. 197–198.

депутатів¹. Практика функціонування австрійського парламенту знала випадки його розпуску. Так, нижню палату рейхсрату (Палату депутатів) було розпущено імператором 23 січня 1891 р.² Крім названого радикального впливу імператора на парламент країни, який конфліктував з урядом, Конституція Австрії 1867 р. надавала імператору право, по суті, обходити закон за допомогою так званої «надзвичайної указної влади» імператора. Річ у тому, що на підставі Конституції імператор мав право за поданням уряду видавати тимчасові закони в період канікул рейхсрату, що він не одноразово і робив³. Крім того, схвалені Палатою депутатів законопроекти потребували передачі їх на затвердження до Палати панів, а потім — на санкціонування їх імператором. Такі повноваження імператора хоча і обмежували права парламенту, але він уже не був абсолютним монархом, оскільки в країні функціонував конституційний представницький законодавчий орган — рейхсрат (парламент).

Як уже зазначалося, Закарпатська Україна входила до складу Угорщини, яка являла собою у досліджуваний період конституційну монархію, де король поділяв владу з парламентом (сеймом). У другій половині XIX ст. угорський парламент складався з двох палат: верхньої (Палата магнатів) і нижньої (Палата представників). Нижня палата була більш дійовою⁴. Членами Палати магнатів були: принці королівського дому; члени угорських привілейованих родів (магнати), що платили не менш 3000 гульденів земельного податку; архієпископи, єпископи, настоятелі абатств; декілька представників протестантської церкви; депутати від Кроатського ландтагу⁵. Президент і віце-президент Палати магнатів призначалися королем. Палата представників обиралася населенням на три роки (з 1866 р. — на п'ять років) у кількості 413 депутатів. До них приєднувалися ще 40 депутатів від сейму Кроації. Закон, яким регулювалося обрання депутатів до Палати представників, був досить складним і запутаним, а головне таким, що забезпечував в Палаті представників більшість депутатам-маг'ярам. Закарпатські українці, будучи позбавленими політичних прав, своїх представників в угорському парламенті не мали⁶. Тому українське населення Закарпатської України було ознайом-

¹ Див.: Собрание конституционных актов. — С. 105.

² Див.: *Матте Поль*. Роспуск парламента на Западе. / Пер. с франц. — СПб., 1911. — С. 171.

³ Див.: *Кокошкин Ф. Ф., Вышеславцев Б. П.* Вказ. праця. — С. 145.

⁴ Див.: *Вильсон В.* Вказ. праця. — С. 310.

⁵ Див.: *Чизмадия А., Ковач К., Асталош Л.* История венгерского государства и права. — М., 1986. — С. 262.

⁶ Див.: *Кульчицький В. С., Настюк М. І., Ткач А. П., Ганчин В. Ю., Гураль П. Ф.* Возз'єднання Закарпаття з Радянською Україною (соціально-політичні і правові основи). — Львів, 1985. — С. 10.

лено з практикою парламентаризму більшою мірою не прямо, а опосередковано¹.

Крім набуття досвіду законодавчої діяльності у загальнодержавному парламенті (рейхсраті), українське населення Галичини і Буковини брало участь у діяльності представницьких органів крайового самоврядування, перш за все Галицького крайового сейму і Буковинського сейму. Юридичною базою для крайових, у тому числі зазначених, сеймів став виданий імператором 26 лютого 1861 р. патент про крайові статuti і крайові виборчі ординації до сеймів. Тоді ж було затверджено «Крайовий статус і сеймову виборчу ординацію для королівства Галичини і Лодомерії з великим князівством Краківським»². «Крайовий закон для герцогства Буковини» і «Крайовий виборчий закон до сейму герцогства Буковини»³. У наступні роки до зазначених правових актів вносилися часткові зміни і доповнення. Законодавство передбачало, що частину членів цих крайових сеймів складали особи за посадою, а інші депутати обиралися населенням по куріях, яких було передбачено чотири. Внаслідок низки причин у Галицькому крайовому сеймі переважали поляки, а в Буковинському сеймі — румуни. Так, українське населення Галичини «ніколи не мало понад 15% загальної кількості депутатів сейму»⁴.

Конституція Австрії 1867 р. відносила до відання крайових сеймів розгляд справ місцевого значення, причому значення другорядного⁵. Однак і при цьому порядку речей про якусь самостійність сеймів у вирішенні зазначеного характеру місцевих справ навряд чи можна говорити. Річ у тому, що імперським законодавством було передбачено досить широкі права імператора відносно крайових сеймів. Так, постанови сеймів набували чинності за умови затвердження їх відповідним міністром і санкціонування цих документів імператором, тобто рішення крайових сеймів ставали фактично правовими актами імператорської волі⁶. Крім того, імператор міг у будь-який час розпустити крайовий

¹ Докладніше про організацію та діяльність угорського парламенту див.: *Кокошкин Ф. Ф., Вышеславцев Б. П.* Вказ. праця. — С. 176–183.

² Див.: *Кульчицький В. С., Бойко І. Й., Настасяк І. Ю., Мікула О. І.* Вказ. праця. — С. 41.

³ Див.: *Никифорак М. В.* Вказ. праця. — С. 150.

⁴ Історія держави і права України. Підручник. — У 2 т. / За ред. В. Я. Тація, А. Й. Рогожина, В. Д. Гончаренка / В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, О. Д. Святоцький та ін. — К., 2003. — Т. 1. — С. 632.

⁵ *Кузьминець О., Калиновський В., Дігтяр П.* Історія держави і права України. — К., 2000. — Т. 1. — С. 175.

⁶ *Шуба О. М.* Крайове самоврядування на Буковині (1861–1914 роки): Автореф. дис. канд. юрид. наук. — К., 1995. — Т. 1. — С. 17.

сейм. Йому також належало право призначати голову крайового сейму (крайового маршалка) з числа його депутатів¹.

Отже, під час перебування західноукраїнських земель у складі Австро-Угорщини їх населення, в тому числі певна частина українців, брало участь у формуванні, роботі органів парламентського типу як найбільш цивілізованих і прогресивних установ, наділених законодавчими функціями.

Надійшла до редколегії 15. 10. 05

Л. Ніконова, асистент кафедри теорії права Белгородського університету (Російська Федерація)

Мажоритарна та пропорційна системи народного представництва: з історії політико-правової дискусії

Звернення до історії розвитку представницьких органів влади, обґрунтування теоретичних засад їх формування та існування, історико-правовий аналіз еволюції їх повноважень та функцій і сьогодні викликає жвавий інтерес правознавців, тим більше, що історія політико-правової дискусії, про яку йтиметься в цій статті триває понад століття. Що потрібно для запровадження й підтримання представницьких установ? Де й коли вони засновуються? На чому заснована їхня сила? — ці питання, які ставилися на початку ХХ ст., ставляться й сьогодні, на початку ХХІ². Яким чином уособити в представницьких органах принципи народовладдя? І яким чином примирити такі засади народовладдя, як народний суверенітет і народне представництво?

Відповісти на ці питання на початку ХХ ст. спробував один з теоретиків права В. Гессен: «Із засад народного суверенітету в застосуванні його до народного представництва випливають два постулати: А) вимога демократичного виборчого права, що визначає склад первинного органу державної влади, визначає, хто є виборцем або повноважним громадянином, хто входить до складу народу в юридичному сенсі; В) другою

¹ Учреждения Западной Украины до воссоединения ее в едином украинском советском социалистическом государстве. Справочник. — Львов, 1955. — Т. 1. — С. 43.

² Див.: Чичерин Б. О народном представительстве. — М., 1866. — С. VI.

вимогою є вибір демократичної виборчої системи, яка визначає констукцію вторинного органу, тобто парламенту»¹. При цьому суверенітет не розподіляється ні між членами націй, ні між різними округами, що призначають депутатів; так само він не розподіляється і між членами парламенту. Лише весь парламент, що утворює юридичну особу, одержує мандат здійснювати цей суверенітет від імені всіх націй². А виборча система повинна бути настільки демократичною, щоб парламент представляв не певну групу або клас населення, а все населення або весь народ у всій нескінченній розмаїтості його соціальних угруповань. Таким чином, засади «народного представництва можуть бути примирені з засадами народного суверенітету тільки за наявності двох умов: демократичного виборчого права й демократичної виборчої системи»³. Демократичною ж є виборча система, «побудована на наступних засадах загальності й рівності виборчого права, засадах прямих виборів і на закритому поданні голосів»⁴. У вільній державі права народу на користування державною владою здійснюються за допомогою застосування виборчих засад до організації влади. Обрані народом представники в республіках користуються всією повнотою влади. У широті виборчих прав відображається ступінь успіху народів у боротьбі за свої права⁵.

У пошуках системи народного представництва, яка б відповідала названим ознакам демократичної держави, теоретики права ХІХ-початку ХХ ст. досліджували механізм дії різних виборчих систем та їх вплив на характер парламентарних інститутів, виборчі інститути й їх технології, і головне, створення найбільш оптимального інституту представництва, що відображав би думку більшості громадян держави.

Наріжним каменем системи народного представництва є проблема обрання в представницькі органи тих депутатів, які дійсно стануть виразниками ідей і сподівань більшості громадян держави. «Представницьке начало є панування суспільної думки за допомогою всецілого перенесення волі громадян на виборних осіб»⁶. Тісний духовний зв'язок представника з виборцями необхідний для того, щоб представницькі збори були виразом волі всього народу, а різні напрямки суспільної думки, різноманітні інтереси народу повинні проявлятися в них при-

¹ Гессен В. М. Теория конституционного государства. — СПб., 1914. — С. 98.

² Див.: Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства / Пер. А. Яценко, В. Краснокутского и Б. Сиromятникова. — М., 1908. — С. 415.

³ Там само.

⁴ Там само. — С. 100.

⁵ Див.: Родионов Л. Правовое государство: Краткие очерки по государственному праву. — М., 1906. — С. 157.

⁶ Чичерин Б. Вказ. праця. — С. 7.

близко в такому самому співвідношенні, в якому вони існують у суспільстві.

Аналіз історії розвитку держав, конституційні процеси, які в них відбуваються, показують, що поступово із установлених на початку XIX ст. конституцій зникає розчленування суспільства на стани, і загальною рисою нового виборчого права стає те, що вже не стани й не корпорації посилають представників у парламенти, а окремі громадяни прямо або побічно обирають представників від цілої держави. Бо «станова монархія була представницькою державою. Але їй було чужим народне представництво»¹. А «народні збори є живе втілення пануючого демосу»². І те, яким чином відбувається волевиявлення народу, не може не позначитися на представницькому характері народних зборів — парламентів, що обираються.

У зв'язку з цим із середини XIX ст. в багатьох країнах з республіканською або змішаною формою правління розгорнулася полеміка про вибір виборчого ключа — системи голосування. Після зародження теорії пропорційної системи (кінець XVIII—початок XIX ст.) основні дискусії точилися між прихильниками традиційної мажоритарної і на той час нової пропорційної системи народного представництва. В. Гессен у 1914 р. писав: «У цей час немає такої країни, в якій не йшло б гарячої й завзятої суперечки між прихильниками пропорційної системи та її супротивниками, захисниками мажоритарної системи. Виникають і функціонують спеціальні громади, утворюються спеціальні міжнародні союзи для пропаганди ідеї пропорціоналізму»³.

Аргументи мажоритаристів зводилися до такого. Заперечуючи тезу про те, начебто кожен депутат є представником й обранцем усього народу, вони заявляли, що на практиці такий погляд уже давно відійшов у сферу благих платонічних побажань. У дійсності депутати всіх європейських парламентів слухняно й неухильно служать тільки партійним інтересам. Партійні ж інтереси розпалюються усе сильніше й бесцеремонніше кожного разу, коли та або інша партія заручається шансами домогтися відносної або абсолютної більшості в народному представництві, аби прибрати до своїх рук законодавчу владу⁴. Супротивники пропорційного представництва любили завжди стверджувати, що й пропорційні вибори не здатні здійснити повною мірою принцип сучасної демократії, який вимагає, щоб всі народні течії були представлені й у парламенті. Цей докір почасти є вірним, але занадто незначним, особ-

ливо якщо взяти до уваги той недолік мажоритарної системи, внаслідок якого при ній устанавлюється чи ледве не зворотно — пропорційне представництво, і величезні маси виборців залишаються без представництва¹. Але система пропорційного представництва викликала й інші заперечення. Пропорційну систему обвинувачували в тому, що вона порушує єдність народного представництва, замінюючи представництво станів представництвом партій. У ній бачили «просте прагнення до задоволення особистих "апетитів", до розділу почестей і слави»². Так, Є. Смирнов писав: «Цю систему обвинувачують й у тому, що вона занадто централізує політичні партії, позбавляючи громадян можливості проявляти свою приватну ініціативу у виборах народних представників, їй приписують і створення необмеженої тиранії партій, і сприяння прояву дрібних нюансів і відтінків, що заважають організації партій; її здійснення уселяло побоювання, що зайве посилення партійних угруповань утруднить необхідну свободу дій виконавчої влади, і в той же час стверджували, що занадто велике дроблення політичних партій створить анархію в парламентах, унеможливить створення міцної парламентської більшості. Нарешті, пропорційну систему обвинувачували в тому, що вона порушує єдність народного представництва, що зникле станове представництво замінюється представництвом партій»³. У цілому підтримуючи пропорційну виборчу систему, Є. Смирнов вважав, що «пропорційні вибори можуть тільки більш точно, ніж мажоритарна система, реєструвати процес розкладання або посилення політичних партій, процес, що не ними викликається й не ними може бути зупинений»⁴. Настільки ж безпідставним, на його думку, є твердження, що пропорційні вибори сприяють появі дрібних нюансів і відтінків, заважаючи утворенню великих політичних партій. І хоча Є. Смирнов не вважав пропорційне представництво панацеєю від усіх бід, він відзначав, що пропорційні вибори — один з інститутів, за допомогою якого можна організувати на раціональних засадах більш-менш точне народне представництво. І ця система виборів, не даючи представництва всім без винятку політичним силам, дозволяє все ж таки впливовим партіям мати представництво в парламенті і, головне, в той або інший спосіб брати участь в управлінні країною.

¹ Див.: Дунаев В. И., Никитский А. А. Очерки науки о государстве / Со вступ. ст. проф. А. С. Ященко. — М., 1909. — С. 111.

² Смирнов Е. Пропорциональное представительство. // Государственный строй и политические партии в Западной Европе и Северных Американских Соединенных Штатах. Т. 2 — СПб., б.г. — С. 329.

³ Там само. — С. 329.

⁴ Там само. — С. 330.

¹ Соколов К. Н. Современная республика. — Пг., 1918. — С. 13.

² Там само — С. 19.

³ Гессен В. М. Вказ. праця. — С. 185.

⁴ Див.: Там само. — С. 185.

Прихильники пропорційної системи доводили, що, загалом кажучи, «мажоритарна система зовсім спотворює представницькі засади як таке; що завдяки пануючій мажоритарній системі звичайно виявляється, що державна влада вручається не більшості народу, а більшості від більшості, яке на практиці виявляється не більшістю, а меншістю народу»¹. Відомий англійський публіцист В. Беджот писав: «У багатьох з наявних тепер виборчих колегій безнадійно й хронічно не визнаються права меншостей. Я сам протягом 20 років був виборцем в одному землеробському графстві; я ліберал, але в палату завжди обирали двох торі і все моє життя обиратимуть саме їх. При дійсному стані речей мій голос зовсім марний. Але якби я міг об'єднатися з 1000 інших лібералів цього й інших графств, нам удалося б вибрати ліберального депутата»². Такий результат виборів при пануванні принципу простої більшості голосів змусив Дж. Стюарта Мілля відмітити у свій час: «У демократії, дійсно заснованій на рівності, усяка партія має бути представлена не надмірно, але пропорційно числу виборців. Більшість виборців повинна завжди мати більшість представників; але й меншість виборців повинна завжди мати меншість представників. Згідно зі своєю чисельністю меншість повинна бути представлена так само повно, як більшість. Поки цього немає, — немає й рівноправності в управлінні, але є нерівноправність і виключне право: одна частина населення править іншою; одна частина населення позбавлена належної їй по праву в представництві своєї частки впливу, всупереч усякому справедливому правлінню, і особливо всупереч принципу демократії, що визнає рівність своєю підставою»³.

Професор П. Новгородцев подібне становище після виборів за мажоритарною системою називав «ненормальним явищем», яке «значною мірою усувається пропорційною системою, що встановлює й представництво меншостей. Такої значної кількості непрезентованих виборців, яке буває при мажоритарній системі внаслідок дроблення голосів, тут бути не може»⁴. Але, на його думку, й пропорційна система «не може усунути втрати відомої кількості голосів, бо меншість, представництво якого вона допускає, повинна допускати певні межі»⁵, і доводив, що й при пропорційній системі представництва палата депутатів не може

¹ Гессен В. М. Вказ. праця. — С. 174.

² Беджот В. Государственный строй Англии / Пер. Е. Прейс под ред. Н. Никольского. — М., 1905. — С. 212–213.

³ Милль Дж. Стюарт. Представительное правление: Публицистические очерки / Пер. с англ. Под ред. Р. И. Сементковского. — СПб., 1897. — С. 70.

⁴ Новгородцев П. Кризис современного правосознания. — М., 1909. — С. 145.

⁵ Там само. — С. 146.

ідеально відображати волю й інтереси народу. Він підтримував Іеллінека, який вважав, що «проблема правильного, справедливого виборчого права абсолютно нерозв'язна»¹. «Як би не вдосконалювалися системи й прийоми виборів, ніколи не можна буде перебороти тих природних перешкод, які впливають із неможливості передати волю виборців депутатам»². Однак така позиція закономірно зазнала критики з боку А. Яценка, В. Дунаєва, А. Никитського, які писали: «Супротивники пропорційного представництва вказують звичайно на ті технічні труднощі, з якими пов'язане здійснення цього заходу. Але якщо відмовлятися від чого-небудь доброго тільки тому, що втілення його в життя зустрічає технічні ускладнення, то треба захищати абсолютизм проти представницького способу правління, тому що перший простіше за другий, або, наприклад, відмовитися від будівництва кам'яних і тим більше багатоповерхових будинків»³.

Важливим аргументом на користь пропорційних виборів порівняно з мажоритарною системою В. Гессен вважав і характер виборчої агітації. При мажоритарній системі вирішується найважливіше питання: бути чи не бути, все або нічого: *tertium non datur*; і боротьба приймає надзвичайно загострений характер. Пропорційна система «вносить мир і спокій у вибори, віддаючи кожному своє — *suum cuique* — ніхто не віднімає в даної партії нічого, з того, що їй належить, і тому немає потреби особливо сильно воювати. Пропорційна система створює мирні, ледве не дружні відносини між політичними партіями, що борються»⁴.

В. Дунаєв і А. Никитський доводили, що «введення пропорційного представництва за умови існування загального, прямого, рівного й таємного виборчого права обіцяє подальшу демократизацію державної влади»⁵, і взагалі парламент повинен представляти народ «так само, як географічна карта зовнішню будову країни: у своїх частинах, як і в цілому, він повинен зберігати ті ж пропорції, що й оригінал»⁶.

Теоретичний розвиток та явна перевага більшості теоретиків права на користь пропорційної системи виборів активно впливали й на законодавчі ініціативи та законодавче закріплення пропорційної системи формування законодавчих органів влади в Росії та Україні на початку ХХ ст. Тим більше, що саме пропорційну систему виборів підтримували як теоретики права, у першу чергу професор Коркунов, В. Гессен, А. Яценко, П. Новгородцев, так і засновники Української Народної Республіки.

¹ Іеллінек. Конституции, их изменения и преобразования. — М., б.г. — С. 174.

² Новгородцев П. Вказ. праця. — С. 154.

³ Дунаєв В. И., Никитский А. А. Вказ. праця. — С. 111.

⁴ Гессен В. М. Вказ. праця. — С. 184.

⁵ Дунаєв В. И., Никитский А. А. Вказ. праця. — С. 111.

⁶ Гессен В. М. Вказ. праця. — С. 184.

Свідчення цьому — розроблені на початку ХХ ст. документи з проведення виборів до представницьких органів влади цих держав. Зупинимося на двох подібних документах, розроблених паралельно у 1917 р. Це «Положение о выборах в Учредительное собрание» і «Закон про вибори до Установчих Зборів Української Народньої Республіки».

В «Положении о выборах в Учредительное собрание» стверджувалося, що Учредительное собрание буде досить авторитетним органом в очах населення тільки в тому випадку, якщо воно стане установою, яка матиме найбільш повне й досконале відбиття країни у всьому її різноманітті. Лише при такому складі Учредительного собрания воно виражатиме дійсно волю країни, і рішення його будуть легко й вільно сприйматися народними масами як свої власні, як здійснення народних надій і прагнень. І політична справедливість цієї системи (пропорційної) полягає в тому, що вона забезпечує можливість представництва не тільки більшості, а й меншостям. «Прямолінійність і недостатня гнучкість мажоритарної системи позбавляють її можливості справедливо відобразити в представницьких зборах всі ті, навіть досить значні політичні, національні й місцеві течії, які існують в країні. Пропорційна система виборів має істотну перевагу, бо вона не знижує, як гадають мажоритаристи, а підвищує рівень депутатів: при цій системі партії гарантують якість депутатів і тримають їх під постійним контролем, що дисциплінує їх і позбавляє можливості безвідповідальних виступів поза межами партійної програми або в обхід тих гасел, які були виставлені на їхньому прапорі під час виборчої кампанії»¹.

Саме ці ідеї були розвинуті й у Законі «Про вибори до Установчих Зборів Української Народної Республіки». Цей документ чітко визначив представницький характер «Установчих Зборів Української Народньої Республіки», як органу, що складається «з членів, обраних людністю на основі загального, без різниці полу, і рівного виборчого права, через безпосередні вибори і таємне голосування, з додержанням принципу пропорціонального представництва»².

Після 1917 р. протягом тривалого періоду в СРСР існувала однопартійна система, й питання про пропорційне народне представництво було недоречним. Видається закономірним і виправданим процес обрання депутатів за мажоритарним принципом й у перший період розбудови й

¹ Положение о выборах в Учредительное собрание / Сост. А. Н. Садыков. — Пг., 1917. — С. 19.

² Закон про вибори до Установчих Зборів Української Народньої Республіки: Видання Головної Комісії по справах виборів до Українських Установчих Зборів. — К., 1917. — С. 4.

становлення державності колишніх радянських республік. Але головне досягнення цих років — можливість сформувати основні партії й партійні об'єднання, у складі яких партії ведуть боротьбу за місця в парламентах. Партії мають певний імідж у громадян, діяльність партій впливає на усвідомлений вибір виборців й у цілому на виборчий процес. Склалися об'єктивні умови для відмови від мажоритарної й переходу до пропорційної системи народного представництва як, безумовно, більш прогресивної й демократичної виборчої моделі.

Підбиваючи підсумки історії більш ніж столітньої політичної суперечки, можна констатувати, що в пошуках системи голосування, котра відповідала б вимогам сучасної демократії, і тоді й зараз, у Російській Федерації, Україні триває процес дослідження механізму дії різних виборчих систем і їх впливу на характер парламентарних інститутів і країн, що їх використовують. І зовсім очевидно, що якщо нація повною мірою здійснює належне їй демократичне право обрання свого представницького органу, то інструмент (тобто виборча система), за допомогою якої здійснюється цей вибір, має винятково важливе значення. І якщо віра в те, що демократичні принципи є бажаними й досяжними, заснована на щирому переконанні, то для громадянина недостатньо мати право голосу, він повинен бути впевнений і у тому, що його голос буде використано з максимально високою ефективністю й користю для суспільства. Обраний у такий спосіб парламент матиме міцну владу, високий авторитет і дійсно стане справжнім виразником волі нації.

Надійшла до редколегії 20. 05. 05

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

О. Скрипнюк, академік АПрН України

Соціальні функції конституції та їх забезпечення в Україні

Звертаючись до проблем становлення конституціоналізму в Україні, вважаємо, що однією з найбільш актуальних проблем для наукового дослідження є питання, пов'язані з реалізацією функцій конституції, а також того, наскільки вони є забезпеченими в сьогоdnішній Україні. Справді, в контексті сучасних досліджень у галузі науки конституційного права слід не тільки висвітлювати конституційно-правові основи розвитку тих чи інших інститутів (незалежно від того, чи йдеться про інститути державної влади, чи про інститути громадянського суспільства), не тільки вивчати питання, пов'язані із характеристикою конституційно-правового статусу тих чи інших суб'єктів суспільних правовідносин, а й не полишати осторонь такі, здавалося б, суто теоретичні питання, як аналіз реалізації основних функцій конституції, забезпечення належного їй місця в системі нормативно-правових актів тощо.

В найбільш загальному вигляді функції будь-якої конституції традиційно поділяються на дві основні групи (існує чимало підходів до класифікації функцій конституції, але цей спосіб є одним з найбільш широко вживаних у теорії конституційного права): а) юридичні та б) соціальні (термін «соціальні функції» тут використовуємо в широкому значенні, не редукуючи його до такого вузького функціонального сегменту дії конституції, як встановлення й гарантування соціальних прав людини і громадянина). Причому зазвичай лівова доля уваги фахівців припадає саме до висвітлення змісту та проблем, пов'язаних з реалізацією юридичних функцій конституції, тоді як соціальні функції чи лише називають в загальному переліку конституційних функцій, чи вони окреслюються тільки у найбільш загальних рисах. Більше того, досить часто можна зустріти тенденцію до редукції всієї гами соціальних функцій виключно до групи політичних функцій. Значною мірою подібну увагу саме до юридичних функцій конституції можна пояснити тим, що її складові частини, або ж конкретні завдання, що розв'язуються в ході

реалізації юридичних функцій конституції, є найбільш тісно наближеними до безпосередньої конституційно-правової практики та тих конституційно-правових відносин, що складаються в суспільстві, тоді як соціальні функції постають своєрідними теоретичними узагальненнями, котрі завжди реалізуються через конкретні юридичні норми.

Справді, такий спосіб інтерпретації соціальних функцій конституції має право на існування. Хоча, як видається, якщо ставити питання не просто про ті чи інші інститути конституційного права, а дещо розширити проблематику до меж загального визначення ролі конституції як основного закону в житті суспільства, то тоді проблеми визначення та реалізації соціальних функцій конституції логічно виходитимуть на перший план і становитимуть чи не основну частину подібного наукового дослідження. Таким чином, досліджуючи конституцію як основне джерело конституційного права, а також прагнучи адекватно репрезентувати на рівні теорії її значущість для процесів організації та розвитку сучасних суспільств, ми з необхідністю маємо звернутись до такого предмета, як система соціальних функцій конституції, і після цього проаналізувати об'єктивні проблеми їх забезпечення в сучасній Україні. Саме це і становитиме безпосередній предмет розгляду в цій статті.

Отже, розглядаючи систему соціальних функцій конституції, слід у першу чергу з'ясувати, в чому саме полягає їх відмінність від юридичних функцій, а також визначити внутрішню структуру тих функцій, які ми відносимо до загальної групи соціальних функцій конституції. Відомо, що характерною властивістю юридичних функцій, до яких відносять насамперед установчу, регулятивну та правоохоронну, є те, що через них втілюються конституційні основи права і правової системи. На відміну від цього соціальні функції розглядаються як такі, що є пов'язаними з реалізацією конкретних завдань у сфері формування й розвитку суспільства. Безумовно, це не означає, що між цими двома групами функцій конституції виникає або може виникнути будь-яке протиставлення. Навпаки, всі без винятку соціальні функції завжди реалізуються завдяки встановленню певної сукупності конституційних норм і принципів, які врегульовують найважливіші сфери суспільних відносин. Однак все ж таки, кажучи про соціальні функції конституції, ми розглядаємо їх не з погляду тих загальноправових функцій, які забезпечуються шляхом прийняття конституції та гарантування її верховенства, а виключно з позиції врегулювання певних типів суспільних відносин.

Саме тому серед соціальних функцій конституції часто називають економічну, політичну, екологічну. Зараз ми свідомо виділяємо лише ці, залишаючи осторонь такі специфічні соціальні функції конституції, як

інформаційна, компенсаційна, обмежувальна, виховна та ін. Тобто, виділяючи юридичні функції конституції, ми в першу чергу прагнемо з'ясувати, яким чином конституція вирішує ті чи інші завдання (тут йдеться про конституційне встановлення, конституційне регулювання і конституційну охорону). Досліджуючи соціальні функції конституції, ми розглядаємо їх з погляду тих суспільних відносин, на які ці функції спрямовані. Щоправда, в цьому разі не слід ототожнювати виділення загальної групи соціальних функцій з одним із застосовуваних у сучасній науці конституційного права підходом до класифікації всіх функцій конституції відповідно критерію сфери їх безпосереднього застосування.

Очевидно, що, зважаючи на значущість економічної сфери життя для будь-якого типу суспільства і держави, було б правильним розпочати саме з економічної функції конституції. Дійсно, навіть за умов «вільного ринку» жоден, навіть найбільш радикальний, представник лібералізму не заперечить того, що саме поняття «економічна свобода» набуває сенс лише тоді, коли в її основі лежать певні правові норми. Як такі ці правові норми можуть мати найрізноманітніший характер. Скажімо, це можуть бути звичаєві норми або ж норми позитивного права, закріплені у різні способи та на різних рівнях. Однак у сучасних умовах ми фіксуємо факт правового узагальнення цих різноманітних норм і закріплення їх на рівні певних цінностей та принципів економічної організації. Зрозуміло, що найвищим рівнем такого правового узагальнення і концептуалізації виступає конституція. Тому цілком логічно, що, характеризуючи конституцію як основний закон суспільства, ми тим самим погоджуємося з тим, що в ньому мають бути присутніми норми, які б, виконуючи економічну функцію, забезпечували реалізацію цілого спектру конкретних завдань щодо врегулювання економічних відносин. При цьому, як зазначає В. Давиденко, конституційні норми служать одночасною основою й для реалізації економічної функції держави¹. Інакше кажучи, описуючи економічні відносини в суспільстві, ми сприймаємо їх не як своєрідне хаотичне та постійно змінюване перехрещення індивідуальних або ж групових економічних інтересів, коли кожен прагне досягти задоволення власних потреб за будь-яку ціну, а як певну систему, що базується на чітко визначених правових цінностях. Причому саме завдяки наявності подібної системи норм стає можливим регулювати економічні відносини, визначати їх якість, а також оцінювати окремі дії суб'єктів цих відносин як невідповідні праву та такі, що дестабілізують економічну систему суспільства.

¹ Див.: Давиденко В. В. Економічна функція сучасної держави // Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. – К., 2003. – Вип. 19. – С. 75–78.

Загалом у структурі економічної функції конституції можна виділити два основні складові елементи. З одного боку, це норми, які закладають основи економічної системи суспільства, задають певні домінуючі типи суспільно-економічних відносин, а з другого, — це ті конституційні норми, які встановлюють конкретні економічні функції окремих суб'єктів конституційного права. Що стосується першої групи норм, а конкретніше, того, як вони закріплюються в Конституції України, то вони, як правило, вказують насамперед на зміст ст. ст. 13 і 15. Нагадаємо, що ст. 13 Конституції України врегульовує визначальні для будь-якої економічної системи відносини власності, закріплюючи в ч. 4 не лише тезу про рівноправність усіх форм власності («Держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальну спрямованість економіки. Усі суб'єкти права власності рівні перед законом»), але й фіксує положення про те, що власність зобов'язує і не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству.

До речі, в цьому контексті варто згадати й зміст ст. 14 Конституції, яка гарантує право власності на землю, оскільки право власності на землю є одним з основних стимулів розвитку всієї сукупності економічних відносин. При цьому, незважаючи на те що в самій Конституції ми не знаходимо точно визначеної формули, яка б встановлювала форми власності на землю, тим не менш є всі підстави казати про факт структурного закріплення принаймні трьох основних форм власності на землю, а саме: приватної, комунальної і державної¹. Водночас економічна функція Конституції щодо регулювання земельних відносин та права власності на землю забезпечується й шляхом її впливу на чинне законодавство в зазначеній сфері. У зв'язку з цим маємо згадати Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р., ст. 78 якого чітко встановлювала, що право власності на землю є правом володіти, користуватися і розпоряджатися земельними ділянками. При цьому земля в Україні, як зазначалося в ЗК, може перебувати у приватній, комунальній та державній власності. Це означає, що суб'єктами права власності на землю є: а) громадяни та юридичні особи — на землі приватної власності; б) територіальні громади, які реалізують це право безпосередньо або через органи місцевого самоврядування, — на землі комунальної власності; в) держава, яка реалізує це право через відповідні органи державної влади, — на землі державної власності. Водночас ЗК встановлював певні обмеження щодо зміни форми власності землі. Так, ч. 4 ст. 85 містила положення про те, що до земель державної власності, які не можуть

¹ Див.: Конституція України. Науково-практичний коментар / Ред. кол.: В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Грошевий. – Х., 2003. – С. 76.

передаватись у приватну власність, належать: а) землі атомної енергетики та космічної системи; б) землі під державними залізницями, об'єктами державної власності повітряного і трубопровідного транспорту; в) землі оборони; г) землі під об'єктами природно-заповідного фонду, історико-культурного та оздоровчого призначення, що мають особливу екологічну, оздоровчу, наукову, естетичну та історико-культурну цінність, якщо інше не передбачено законом; ґ) землі лісового фонду, крім випадків, визначених Кодексом; д) землі водного фонду, крім випадків, визначених Кодексом; е) земельні ділянки, які використовуються для забезпечення діяльності Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України, інших органів державної влади, Національної академії наук України, державних галузевих академій наук; є) земельні ділянки зон відчуження та безумовного (обов'язкового) відселення, що зазнали радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи; ж) земельні ділянки, які закріплені за державними професійно-технічними навчальними закладами. Таким чином, закріплені на найвищому конституційному рівні положення про право власності конкретизуються на рівні законів країни, внаслідок чого забезпечується реалізація економічної функції конституції стосовно різних типів економічних відносин.

Що ж до змісту ст.15 Конституції України, то тут вирішальне значення з погляду реалізації економічної функції Конституції має положення про те, що суспільне життя в Україні ґрунтується на засадах економічної багатоманітності, що передбачає можливість існування різних форм власності, різних способів господарювання і головне — свободу підприємницької діяльності.

Щоправда, на нашу думку, досліджуючи реалізацію Конституцією України економічної функції, доцільно згадати ще й положення ст.1 про те, що Україна є соціальною державою. Адже фактично конституційне проголошення України соціальною державою передбачає не тільки те, що вона визнає та гарантує певні соціальні права людини і громадянина в Україні, а й те, що вся економічна система суспільства розбудовується таким чином, щоб забезпечити кожній особі належні економічні умови та можливості для гідного людини існування, коли вона здатна користуватися всією сукупністю наданих їй конституцією прав, тобто коли йдеться не лише про громадянські і політичні, а й про соціальні, економічні, культурні та екологічні права. Більше того, не буде помилковим, як видається, й твердження про те, що норми ст.1 Конституції України мають універсальне значення для всієї економічної системи, а не лише щодо певних типів економічних відносин (відносин власності, тих, що

виникають у сфері підприємництва, тощо). Тому саме через проголошення України соціальною державою закладається загальна основа для реалізації економічної функції конституції, надається визначення того, що саме становить економічна система суспільства, для чого вона функціонує і які завдання має вирішувати.

Щоб таке твердження не виглядало перебільшенням, слід проаналізувати, чи справді конституційне визнання України соціальною державою задає певні параметри економічної системи суспільства? Вважаємо, відповідь на це питання має бути позитивною, адже на сьогоднішній день є чимало фахових досліджень, в яких обґрунтовується, що поняття «соціальна держава» несе в собі не лише важливі праволюдні, а й змістовні економічні імплікації. Йдеться про те, що соціальна держава може існувати лише за умов забезпечення розвитку і функціонування певного типу економічної системи, а саме — соціально орієнтованої ринкової економіки. Одне з класичних визначень цього типу економічної системи ми знаходимо у А. Мюллера-Армака, який писав, що в основі соціальної ринкової економічної системи лежить така економіка, яка виходить з реального підґрунтя існування ринку та ринкових сил і намагається при цьому цілеспрямовано використовувати неорієнтовані сили цього ринку на досягнення соціальної забезпеченості та поліпшення суспільного середовища¹. Недарма в багатьох доктринальних визначеннях соціальної держави міститься посилення на її економічну систему. В цьому сенсі не може викликати заперечень аналіз Н.Оніщенко, яка розглядаючи феномен соціальної державності, писала, що соціальна держава завжди пов'язана із закріпленням принципів змішаної ринкової економіки, соціальної і політичної свободи, наявністю розвиненої системи цивільного, трудового, економічного, соціального законодавства². Про це саме ми зазначали раніше і наголошували на тому, що підґрунтям постанови соціальної державності є лише ринкова економіка, яка дозволяє забезпечити належний рівень добробуту громадян і шляхом відповідної державної економічної політики гарантувати розподіл матеріальних і фінансових ресурсів, щоб постійно підвищувати рівень соціальної захищеності громадян³. Це особливо важливо з огляду на спроби проінтерпретувати недемократичні авторитарні режими як прояви соціальної державності, коли нівелюється відмінність між такими поняттями, як «соціальна» та «патерналістська» держава.

¹ Див.: Мюллер-Армак А. Предложения по осуществлению социальной рыночной экономики // Политэконом. — 1996. — № 1. — С. 61.

² Див.: Оніщенко Н. М. Правова система: проблеми теорії. — К., 2002. — С. 236.

³ Див.: Скрипник О. В. Соціальна, правова держава в Україні: проблеми теорії і практики. — К., 2002. — С. 505–510.

Водночас, як зазначалося, досліджуючи економічну функцію конституції, можна казати й про інший аспект її реалізації. Мається на увазі конституційне визначення низки специфічних повноважень у галузі економічних відносин, які закріплюються Конституцією України за різними органами державної влади. Як приклад можна навести повноваження в сфері економіки та регулювання економічних відносин, які ст. 116 закріплює за Кабінетом Міністрів України. Зокрема, в ній зазначається, що уряд: забезпечує державний суверенітет і економічну самостійність України, здійснення внутрішньої і зовнішньої політики держави, виконання Конституції і законів України, актів Президента України; забезпечує проведення фінансової, цінової, інвестиційної та податкової політики, політики у сферах праці й зайнятості населення, соціального захисту; розробляє і здійснює загальнодержавні програми економічного, науково-технічного, соціального і культурного розвитку України; забезпечує рівні умови розвитку всіх форм власності, здійснює управління об'єктами державної власності відповідно до закону; розробляє проект закону про Державний бюджет України і забезпечує виконання затвердженого Верховною Радою України Державного бюджету України, подає Верховній Раді України звіт про його виконання; організовує і забезпечує здійснення зовнішньоекономічної діяльності України, митної справи.

Таким чином, сам факт проголошення в Конституції того, що Україна є соціальною державою, задає певний вектор для розвитку її економічної системи та економічних відносин, в основі яких лежать принципи економічної солідарності, соціальної орієнтованості, вільної конкуренції, обмеження монополізму, свободи підприємницької діяльності і сприяння з боку держави в її здійсненні, що дозволяє Основному Закону закласти основи розвитку економічної системи нашої країни і тим самим ефективно реалізовувати економічну функцію конституції.

З економічною функцією конституції тісно пов'язана її політична функція. І це зрозуміло, адже як такі економічна та політична системи суспільства зазнають суттєвого взаємовпливу. За цієї причини, на думку деяких дослідників, у низці випадків окремі норми та принципи конституції впливають як на економічну, так і на політичну систему суспільства. Разом з тим все ж таки ці дві функції конституції, попри свою обопільну належність до загальної групи соціальних функцій, мають властиву лише їм специфіку. В зв'язку з цим, кажучи про політичну функцію конституції, маємо на увазі в першу чергу її вплив на владні відносини (це пояснюється тим, як зазначав Г. Козирев, що поняття «влада» виявляє свою конститутивну значущість для всієї сфери політики¹), а також її роль у врегулю-

¹ Див.: Козырев Г. И. Введение в политологию. – М., 2003. – С. 8–10.

ванні тих відносин з приводу набуття та реалізації влади, які виникають на рівні основних елементів політичної системи суспільства. Справді, якщо ми досліджуємо правові основи конституювання політичних систем, що включають у себе як політичні інститути, так і політичні процеси, то перше, на що ми маємо звернути увагу, є політична функція конституції. Причому це стосується і демократичних політичних систем, і всіх інших типів політичних систем. До речі, така політична функція конституції, тобто визначення основних принципів формування влади та взаємовідносин між державою і суспільством, закріплюється навіть на рівні Декларації прав людини і громадянина 1789 р. у вступі до якої зазначається, що цілі політичних інститутів, дії гілок державної влади, права й обов'язки людини і громадянина закріплюються в конституції, яка сприяє досягненню загального блага¹.

Так само, як і економічна функція конституції, її політична функція може розглядатись під кутом визначення безпосередніх політичних повноважень у політичній сфері тих чи інших суб'єктів політичної системи суспільства та в контексті визначення загальних основ формування і розвитку політичної системи України. Що стосується першого із зазначених аспектів аналізу політичної функції, то він, на нашу думку, вже неодноразово ставав предметом дослідження вчених-конституціоналістів, коли вони звертались до аналізу проблематики конституційно-правової регламентації діяльності окремих органів державної влади та інститутів громадянського суспільства, наприклад, політичних партій або ж інших об'єднань громадян. Зокрема, прикладом подібної реалізації політичної функції Конституції України може послужити ст. 106, де наводиться перелік повноважень Президента України, серед яких чимало характеризують саме політичні функції цього органу державної влади. Або ж можна згадати ч. 2 ст. 46 Конституції України, де, по суті, визначається основна функція політичних партій, якою є сприяння формуванню і вираженню політичної волі громадян.

Проте цілком очевидно, що, характеризуючи політичну функцію конституції, основною сферою її реалізації чи основним напрямом її впливу вважають саме закріплення основ формування політичної системи як «інтегрованої сукупності державних і недержавних соціальних інститутів, які здійснюють владу, управління справами суспільства, регулюють взаємовідносини між громадянами, соціальними групами, націями, державами, що забезпечують стабільність суспільства, певний

¹ Див.: Международные акты о правах человека. Сборник документов. – М., 1999. – С. 32.

соціальний порядок»¹. У цьому сенсі, описуючи реалізацію політичної функції Конституції України, слід зазначити, що саме в ній визначаються такі основоположні принципи формування політичної системи України, як принцип народного суверенітету, принцип поділу влади, принцип політичного плюралізму, гарантування права громадян брати участь в політичному житті як безпосередньо (через інститути безпосереднього народовладдя), так і через представницькі органи державної влади та органи місцевого самоврядування, гарантування місцевого самоврядування і т.д. Інакше кажучи, цей аспект політичної функції Конституції України проявляється в тому, що на її рівні закладаються ті основи, які визначають загальний тип усієї політичної системи суспільства. Зараз йдеться про демократичну політичну систему. Причому специфікою реалізації політичної функції конституції є те, що в цьому процесі ми спостерігаємо не лише конституційне стимулювання розвитку певних типів політичних інститутів і політичних відносин, а й своєрідний «негативний» вплив конституції, який проявляється в недопущенні будь-яких дій, (незалежно від того, ким чи яким сегментом політичної системи вони ініціюються), які б могли змінити або вплинути на зміну типу політичної системи. Ця превентивно-політична функція конституції забезпечується низкою суто процедурних норм. Так, у Конституції України передбачено спеціальну процедуру розгляду законопроектів щодо внесення змін до розділів I, III та XIII, тобто таких законопроектів, які б потенційно могли бути спрямовані на зміну загальних засад функціонування політичної системи чи домінуючих типів суспільно-політичних відносин.

Утім, навіть погоджуючись з визначальною роллю таких соціальних функцій конституції, як економічна та політична, було б неправильно залишити осторонь від нашого дослідження й інші функції конституції, що можуть бути віднесені до цієї групи. Щоправда, в цьому сенсі слід зробити одне термінологічне уточнення. Річ у тому, що в сучасній науці конституційного права поняття «соціальна функція конституції» може застосовуватись у двох значеннях: вузькому та широкому, що було зазначено на самому початку статті. Вище ми зверталися саме до широкого тлумачення цього поняття, тобто терміном «соціальна функція» окреслювали загальні напрями впливу конституції на формування і розвиток суспільних відносин, що охоплюють усі життєво важливі сфери, рівні й аспекти існування соціуму. Але у деяких випадках це поняття застосовується у вузькому значенні, коли під соціальною функцією

¹ Див.: Кельман М. С., Мурашин О. Г., Хома Н. М. Загальна теорія держави та права. – Львів, 2003. – С. 145.

розуміють виключно такий специфічний напрям впливу конституції, який має своїм предметом забезпечення соціальних прав, інтересів і потреб громадян, сприяння розвитку соціального законодавства, формування системи соціального партнерства, соціального страхування тощо. Зрозуміло, що між цими двома підходами до визначення обсягу поняття соціальної функції конституції немає жодної суперечності. І справа навіть не стільки у наявності певних відмінних концептуальних підходів теоретико-правового аналізу, скільки в специфічному взаємному накладанні термінів, коли поняттям «соціальний» окреслюються як загальносуспільні відносини, так і такий їх специфічний сегмент, як соціальні відносини.

Тому, продовжуючи розгляд системи соціальних функцій конституції, маємо вказати, що багатьом сучасним конституціям, в тому числі Конституції України, притаманна реалізація впливу на розвиток системи соціальних відносин. У цьому сенсі слід назвати не лише вже згадану норму ст. 1, а й низку інших положень. Як приклад наведемо зміст ст. 46, де зазначається, що громадяни мають право на соціальний захист, що включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, яке гарантується загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням за рахунок страхових внесків громадян, підприємств, установ і організацій. Тобто йдеться про те, що на рівні Конституції України визначаються основні соціальні цінності (це в першу чергу честь, гідність, життя, здоров'я, безпека людини), а також ті завдання з забезпечення соціальних прав громадян, які покладаються на органи державної влади та органи місцевого самоврядування (право на працю, право на відпочинок, право на достатній життєвий рівень для себе і своєї родини, право на житло, право на охорону здоров'я, медичну допомогу та соціальне страхування, право на освіту і т.ін.), внаслідок чого в конституції формується певна модель розвитку соціальної системи, в яку є задіяними як держава, так і суспільство. Адже сприяти реалізації соціальних прав людини і громадянина може не тільки держава, а й недержавні організації, різноманітні об'єднання громадян. З цього погляду можна цілком впевнено казати не лише про соціальну функцію конституції у вузькому значенні цього терміна, а й про специфічну систему соціальних відносин, які формуються в суспільстві в процесі реалізації конституцією цієї своєї функції.

Також серед функцій конституції, що належать до досліджуваної групи, часто відносять ще й такі, як інформаційна, відновлювальна, виховна, обмежувальна та екологічна. Зрозуміло, що в цьому разі ми

спостерігаємо тлумачення функцій конституції за аналогією із загальносоціальними функціями права. Але з огляду на правову природу конституції такий методологічний крок видається цілком виправданим. Тому, не зупиняючись більш докладно на всіх названих функціях конституції, хотілося б акцентувати лише на одній з них, яка на сьогоднішній день, на думку багатьох науковців, значно актуалізується. Йдеться про екологічну функцію конституції.

Справді, для переважної кількості класичних конституцій (тих, що приймалися до середини 50-х років XX ст.) реалізація цієї функції часто викликає спори за тієї причини, що в них ми формально не в змозі вказати на такі конституційні норми, які б врегульовували відносини між суспільством та доквіллям, або, конкретніше кажучи, визначали певні цінності, обов'язки та правила у ставленні людини до доквілля. Зрозуміло, що тлумачити екологічну функцію конституції так само, як це робиться з усіма іншими функціями, неможливо, оскільки жодні правові, в тому числі й конституційні, норми неспроможні сформувати певну екологічну систему або регулювати її розвиток. Однак за допомогою права цілком можливо визначити об'єкти екологічної функції та чітко зафіксувати ті межі, в яких держава і людина можуть впливати на доквілля. Тому зовсім не випадково, що в ст.16 Конституції України зазначено: «Забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України, подолання наслідків Чорнобильської катастрофи... збереження генофонду Українського народу є обов'язком держави». Внаслідок цього ми маємо підстави виділяти в загальній системі соціальних функцій конституції ще й таку специфічну функцію, як екологічна.

Отже, підбиваючи підсумки проведеному аналізу соціальних функцій конституції та їх забезпеченню в сучасній Україні, можна сформулювати такі тези. По-перше, в загальній системі функцій конституції поряд з юридичними функціями надзвичайно важливу роль відіграють соціальні. На відміну від юридичних функцій конституції, які визначають її вплив насамперед на правову систему та правові відносини, соціальні функції характеризують конституцію з погляду її впливу на соціальну систему. При цьому система соціальних функцій конституції виявляється структурованою, з одного боку, відповідно до тих суспільних відносин, на які вона впливає (економічні, політичні, соціальні, екологічні), а з другого — відповідно до тих завдань, які реалізуються в процесі цього впливу (інформування, виховання, обмеження). По-друге, специфікою основних соціальних функцій конституції є те, що вони справляють вплив на конкретні сфери суспільних відносин на двох рівнях: а) на рівні формування основ для постанови і розвитку тієї або іншої системи відносин; б) на

рівні закріплення норм і принципів щодо діяльності основних суб'єктів, які вступають у ті або інші суспільні відносини (економічні, політичні, соціальні). По-третє, вивчення й аналіз системи соціальних функцій Конституції України та процесів їх забезпечення дозволяє побудувати цілісну модель, здатну надати адекватне уявлення процесам розвитку як українського суспільства, так і Української держави.

Надійшла до редколегії 15. 09. 05

Д. Лук'янов, начальник Управління планування та координації правових досліджень АПРН України,
Г. Пономарьова, експерт Міжнародного комітету захисту прав людини

Загороджувальний бар'єр: політичний вплив та правова оцінка

У зв'язку з реформою виборчого законодавства та переходом до пропорційної системи виборів актуальним є дослідження багатьох правових інститутів, що застосовуються в цій системі. Важливість такого дослідження обумовлюється, зокрема, тим, що практика розвитку законодавства в пострадянських країнах показує, що іноді запозичаються норми та інститути, які не мають наукового обґрунтування.

Одним із запозичених інститутів є так званий загороджувальний (виборчий) бар'єр, сутність якого полягає в тому, що при розподілі мандатів за пропорційною системою виключаються партії, що не зібрали визначеного законом відсотка голосів.

На сьогоднішній день як у вітчизняній, так і зарубіжній науці відсутні спеціалізовані роботи, присвячені вивченню інституту загороджувального бар'єра. Деякі аспекти зазначеної проблеми розглядалися науковцями лише при дослідженні пропорційної системи виборів. Серед них слід виділити таких вчених, як Г. Алмонд, Д. Дербішайр, Я. Дербішайр, Ю. Ключковський, О. Лавринович, Дж. Ламберт, В. Лапаєва, Е. Лейкман, М. Могунова, А. Романюк, Дж. Сарторі, М. Ставнічук, О. Тодика, Ю. Тодика, Ю. Юдін, В. Яворський тощо.

Поширеним серед науковців і політиків є схвальне сприйняття застосування загороджувального бар'єра. Але зазвичай такий бар'єр

оцінюють не з правової точки зору, а виключно з погляду на політичну доцільність. Основний аргумент прихильників загороджувального бар'єра — він не допустить формування величезного числа дрібних фракцій в парламенті й сприятиме в такий спосіб політичній структурізації парламенту та його дієздатності (а за наявності парламентської республіки — також дієздатності уряду).

Але попри укорінене уявлення про необхідність цього інституту деякі науковці ставлять під сумнів його доцільність і відповідність принципам демократії. Так, О.Тодика вказує на певну абсурдність ситуації при розподілі голосів між партійними списками при застосуванні загороджувального бар'єра, коли голоси політичних формувань одного спрямування переходять до партій з протилежною ідеологією¹. Відзначалося також, що «застосування загороджувального бар'єра призводить до порушення основних принципів правової, демократичної держави через те, що значна частина виборців виявляється нерепрезентованою»².

Отже, завданням цієї статті ми бачимо, по-перше, дослідження історичних передумов та причин запровадження загороджувального бар'єра, досвіду його використання в різних країнах світу; по-друге, аналіз політичних аргументів прибічників існування такого бар'єра, заснований на оцінці досвіду країн, які його не застосовують; по-третє, формулювання правової оцінки цього інституту.

Вперше загороджувальний бар'єр було введено Федеральним законом про вибори у ФРН після Другої світової війни. Поява 5% загороджувального бар'єра була обумовлена конкретно-історичними умовами у Німеччині та політичною ситуацією у повоєнні часи, яка полягала в тому, що після поразки фашистського режиму та при розбудові нового державного ладу виникла необхідність у попередженні можливості будь-яких спроб залишків радикально спрямованих сил прийти до влади, повернути Німеччину на недемократичний шлях розвитку³.

Введення загороджувального бар'єра стало одним із заходів у цьому напрямку, хоча це означало, що на виборах до Бундестагу близько 1,8 млн виборців можуть бути не представленими у парламенті (між іншим, такої

¹ Див.: Тодика О. Ю. Выборы до парламентів країн СНД (Порівняльно-правовий аспект). — Х., 2003. — С. 59.

² Лук'янов Д. В. Загороджувальний бар'єр — недемократичний інститут виборчого права // Соціально-політичні та соціально-правові проблеми сучасності: Зб. наук. тез (За мат. XV Харків. політолог. читань). — Х., 2004. — С. 124.

³ Див.: Рейнолдс Е., Рейллі Б. Посібник з розробки виборчих систем: Пер. з англ. Сенік Г. та ін. — К., 2003. — С. 98.

кількості голосів досить для обрання 25 депутатів)¹. На конкретному історичному етапі запровадження цього інституту могло б вважатися доцільним для демократичного розвитку Німеччини за умови тимчасовості цих заходів, оскільки інших законних методів боротьби з профашистськими партіями не існувало.

Але в подальшому цей інститут було використано для формування політичної монополії на представництво інтересів народу. Проаналізувавши партійну систему ФРН за останні 50 років, доходимо висновку, що з 1949 р. відбувається стрімке звуження партійного спектру. З 1949 р. у політичному житті країни головну роль відіграють дві партії (ХДС та СДП), які поперемінно приходять до влади. Існуючий устрій призводить до значних труднощів при утворенні будь-якої нової партії із претензією на участь у реальній політиці, що є вкрай вигідним основним політичним силам.

На сьогоднішній день майже всі країни, де застосовується пропорційна система, використовують інститут загороджувального бар'єра. Частіше за все його розмір, який встановлюється довільно, становить 3–5%. Із 25 країн Європейського Союзу 15 застосовують пропорційну виборчу систему в чистому вигляді. Щодо бар'єра, то, наприклад, у Данії він становить всього 2%, у Греції, Іспанії — 3%, у Болгарії, Італії та Швеції — 4%, у Чехії, Угорщині, Словаччині — 5%. Із числа країн, що входили до складу СРСР, дев'ять застосовують пропорційну виборчу систему при обранні всього складу парламенту або його частини. І кожна з цих дев'яти країн запозичила такий інститут виборчого права, як загороджувальний бар'єр. Так, в Україні він становить нині 3%, у Латвії — 4%, у Литві, Естонії, Вірменії, Азербайджані — 5%, у Молдові — 6%, у Російській Федерації та Грузії — 7%.

Винятком із загального правила є така країна, як Нідерланди, де немає бар'єра². До винятків можна віднести й Ізраїль, оскільки існуючий у цій країні 1% бар'єр може бути прирівняний до його відсутності. Слід звернути увагу на те, що досвід цих країн спростовує найбільш поширену точку зору стосовно того, що пропорційна система за умов відсутності бар'єра повинна сприяти появі величезної кількості політичних партій, неструктурованості та недієздатності парламенту, а за умови парламентської форми правління — й нестабільності уряду. Зараз у Нідерландах налічується близько 20 політичних партій, із яких найбільшу вагу мають шість. Із аналізу результатів всезагальних виборів у цій

¹ Див.: Ахтенберг Н., Бадура П., Бекенферде Е. В. і др. Государственное право Германии: Сокр. пер. нем. семитом. изд. / Отв. ред. Б. Н. Топорнин. — М., 1994. — Т. 1. — С. 137–138.

² Див.: Дербишайр Дж. Д., Дербишайр Я. Политические системы мира: В 2 т. / Пер. с англ. — М., 2004. — Т. 1. — С. 99.

країні за останні 80 років впливає, що кожного разу близько 10 партій одержують представництво у другій палаті, хоча основна частка голосів (80–85%) незмінно розподіляється між трьома провідними партіями¹. Парламент таким чином повністю політично структурований та складається з декількох великих фракцій.

Розглянемо приклад Ізраїлю. Чинна пропорційна виборча система була закріплена у Ізраїлі виборчим законом у 1973 р., (наголошуємо, що загороджувальний бар'єр становить лише 1%, що майже рівнозначно його відсутності). Так, у країні офіційно діють 33 політичні партії, деякі з них досить невеликі; дві з них — головні². У Кнесеті зазвичай представлені близько 10 політичних партій, тобто широкий спектр політичних сил (наприклад, за результатами виборів у 1999 р. представницькі мандати одержали 13 партій)³.

Аналіз півстолітньої політичної діяльності державного механізму Ізраїлю (парламентської форми правління) дозволяє констатувати, що наявність представників різних партій у парламенті не тягне за собою нестабільність, часту змінюваність та неефективну діяльність уряду країни. Необхідно враховувати додатково той факт, що Ізраїль майже всю свою історію перебуває у стані війни із зовнішніми ворогами, а також боротьби з тероризмом усередині держави. Але навіть за таких надзвичайних умов Ізраїль не пішов шляхом штучного обмеження демократії.

Якщо ж оцінювати інститут загороджувального бар'єра з правової точки зору, то, на нашу думку, його застосування призводить до порушення основних принципів правової, демократичної держави.

Цей інститут суперечить демократичним принципам виборів взагалі та принципу рівності, що набув істотно нового значення при системі пропорційного представництва зокрема. Маються на увазі і рівність виборців, і рівність політичних партій як суб'єктів виборчого процесу. Важливо, що відносно виборців сутність рівного виборчого права не обмежується встановленням однакової для всіх кількості наданих законом голосів. Сьогодні рівність втілюється в юридично рівному впливі голосів на результати виборів⁴. Голос кожного конкретного виборця повинен йти на рахунок кандидатів тієї партії, за яку він був відданий. Але загороджувальний бар'єр має наслідком автоматичний перехід голосів, відданих за партії, що не подолали його, до партій-переможців,

¹ Див.: *Выборы во всем мире. Электоральная свобода и общественный прогресс. Энциклопедический справочник / Сост. А. А.Танин-Львов. — М., 2001. — С. 262–268.*

² Див.: *Дербишайр Дж. Д., Дербишайр Я.* Вказ. праця. — С. 146.

³ Див.: *Выборы во всем мире.... — С. 795–797.*

⁴ Див.: Рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 1998 року № 1-рп/98 // *Вісник Конституційного Суду України. — 1998. — № 2.*

що по суті і є нерівністю. Порушення рівності щодо партії демонструється головним чином тоді, коли, будучи підтриманою народом, зібравши кількість голосів, необхідну для одержання хоча б одного мандата, партія усувається від розподілу місць у парламенті.

Вважаємо не менш істотним зауваження стосовно того, що наявність дискримінаційного загороджувального бар'єра порушує головний принцип, ідею пропорційної виборчої системи, згідно з якою кількість відданих за партію голосів виборців пропорційно трансформується у кількість місць в парламенті. Даний інститут перекреслює ту центральну перевагу, якою ця система виборів відмінна від мажоритарної, спотворює пропорційність представництва. Виборці, які віддали голоси за партії, що не подолали бар'єр, по суті взагалі не представлені у парламенті. Наприклад, на виборах 1995 р. до Державної Думи Російської Федерації, де діяв 5 % загороджувальний бар'єр, не одержали представництва 51% виборців, що голосували, тобто більшість¹. Таким чином, констатуємо порушення одного з основних принципів демократії, відповідно до якого рішення приймається волею більшості. На виборах 1998 р. до Верховної Ради України пропали голоси близько 30% виборців, що проголосували за партії, які не набрали 4% голосів². А от якби бар'єр становив 5% (до речі, такий розмір пропонувався при розгляді закону о виборах), непередставленими могли бути до 47% виборців³.

Ці причини спонукали неодноразові спроби визнати загороджувальний бар'єр антиконституційним. Автори таких подань намагалися довести, що зазначений інститут не відповідає загально визнаному конституційному принципу рівного виборчого права.

Конституційний Суд Російської Федерації в 1995 р. ухилився від розгляду питання неконституційності інституту загороджувального бар'єра та відмовив у прийнятті запиту до розгляду, пославшись на те, що це є питанням політичної доцільності⁴. Ми поділяємо думку В. Лапаєвої, відповідно до якої таке мотивування є необґрунтованим, бо більшість рішень законодавця приймається з урахуванням саме політичної доцільності, а справа Конституційного Суду — стежити, щоб законодавець при цьому не вийшов за межі конституційно-правового про-

¹ Див.: *Замніус В., Котляр Д., Євгенєва А.* Виборче законодавство України напередодні змін. Аналіз перспективного виборного законодавства України та іноземний досвід // *Парламент. — 2001. — № 4. — С. 28.*

² Див.: *Політичні партії в Україні: Інформ.-довід. вид. / Редкол. М. М. Рябець та ін. — К., 2001. — С. 24–25.*

³ Див.: *Замніус В., Котляр Д., Євгенєва А.* Вказ. праця. — С. 28.

⁴ Див.: *Собрание законодательства Российской Федерации. — 1995. — № 49. — Ст. 4867.*

сторю¹. На необґрунтованість рішення суду як із змістовних, так і з процесуальних моментів вказав в окремій думці суддя А. Аметістов².

У 1998 р. Конституційний Суд РФ прийняв такий аналогічний запит Саратовської області Думи та визнав бар'єр конституційним. Водночас суд висловив протилежне своєму рішення припущення, що в результаті виборів все ж може складатися ситуація, коли бар'єр вступатиме у суперечність з принципом народовладдя та принципом політичного різноманіття й багатопартійності³.

Конституційний Суд України в 1998 р. також фактично ухилився від оцінки бар'єра на предмет конституційності, дійшовши висновку, що позбавлення списків кандидатів у депутати від політичних партій, виборчих блоків партій, які одержали менше 4 % голосів виборців, права на участь у розподілі депутатських мандатів є питанням політичної доцільності, і воно має вирішуватися Верховною Радою України⁴. В окремій думці судді Конституційного Суду України М. Савенка було викладено іншу точку зору, згідно з якою 4% бар'єр порушує принцип рівності, який закріплено у Конституції України, оскільки внаслідок такого розподілу окремі політичні партії і виборчі блоки партій мають більшу кількість депутатських мандатів, ніж фактично одержали їх від виборців. Це відбувається за рахунок голосів, набраних списками політичних партій і виборчих блоків партій, які не одержали 4 % голосів. Такий порядок підрахунку голосів, зазначає М. Савенко, фактично спотворює результати голосування і волевиявлення виборців⁵.

Практика застосування загороджувального бар'єра в пострадянських країнах показує, що досить часто він призводить до суттєвого викривлення політичного представництва різних груп населення. Так, у 2004 р. в Грузії при 7% бар'єрі за результатами виборів за пропорційною системою до складу парламенту увійшли всього дві партії: правляча партія «Єдиний національний рух — Демократи», яка одержала 67,2% голосів виборців, та блок «Нові праві — Промисловці» — 7,62% голосів (одержали тільки 15 місць з 150). Абсолютна більшість — у партії прихильників нинішнього президента країни М. Саакашвілі. Цій партії головним чином і дісталися голоси, що були віддані за інші чотири партії, які не подолали бар'єр

¹ Див.: *Лапаєва В. В.* Право и многопартийность в современной России. — М.: Норма, 1999. — С. 92–93.

² Див.: *Собрание законодательства Российской Федерации.* — 1995. — № 49. — Ст. 4867.

³ Див.: *Волкова Н. С., Харбиева Т. Я.* Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации и парламент. — М., 2005. — С. 60–63.

⁴ Див.: Рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 1998 року № 1-рп/98.

⁵ Див.: Там само.

(6,2%, 4,2%, 3% і 2,4% голосів виборців). Партія А. Абашидзе «Союз демократичного відродження», що представляє автономну Аджарію, не пройшла до парламенту при пропорційному представництві, зібравши 6,2% голосів виборців¹. Така ситуація негативно оцінюється та гостро критикується Парламентською асамблеєю Ради Європи. У січні 2005 р. це питання було предметом розгляду на засіданні ПАРЕ, на якому було зроблено висновок про порушення Грузією принципів демократії через майже повну відсутність у державі парламентської опозиції. Причиною монопольного становища однієї партії в парламенті Грузії як раз і було визнано застосування загороджувального бар'єра. Результатом засідання було винесення резолюції з вимогою до грузинського керівництва створити умови для появи й функціонування ефективної системи демократичних стримувань і противаг, серед яких і парламентська опозиція². Отже, засудивши певним чином політичну ситуацію у Грузії, задля її демократизації ПАРЕ висунула перелік вимог, наголосивши на тому, що то є ключові вимоги для проведення успішних реформ.

Схожа до грузинської ситуація мала місце і у Молдавії на позапарламентських виборах. За Комуністичну партію у 2001 р. проголосували 50% виборців, чому пропорційно відповідає 50 місць у парламенті країни. Але внаслідок перерозподілу голосів, відданих за інші партії, які не подолали 6% бар'єр, вона одержала 71 місце із 101, тобто 70% загальної кількості парламентських мандатів³. Таким чином, перерозподілено виявилася значна частка голосів виборців — 20%. Склалася ситуація викривлення волі виборців через підрахунок голосів, несправедливості відносно суттєвої частини загального електорату. Половина виборців голосували проти комуністичної ідеології, а в результаті їх голоси одержали саме комуністи та було сформовано парламент, де комуністам належить конституційна більшість.

На виборах до Державної Думи РФ 2003 р. не подолали встановленого бар'єру партії «СПС» і «Яблуко», які виражають інтереси значної частини населення, зокрема бізнесу та інтелігенції. Водночас їх голоси було поділено між їх політичними опонентами — «Єдиною Росією», компартією РФ та ЛДПР. В Росії введений новим виборчим законом 7% бар'єр є інструментом створення авторитарної структури управління з метою не допустити в парламент опозиційні партії.

Підсумовуючи наведене, ще раз наголошуємо на тому, що інститут загороджувального бар'єра є одним із тих, запозичення якого науково

¹ Див.: <http://www.kavkaz.memo.ru/newstext/news/id/653712.html>; http://www.mignews.com/news/politic/cis/060305_72618_05392.html.

² Див.: *Марциновский А.* ... Увяли розы? // Зеркало недели. — 2005. — 29 янв.

³ Див.: <http://www.elections.parlament.md/ru/>

необґрунтовано й недоцільно з точки зору поставленої мети розбудови демократичної, правової держави Україна. Загороджувальний бар'єр не повинен застосовуватися при обранні народних представників за пропорційною виборчою системою з метою забезпечення найбільш повного представництва інтересів громадян у парламенті. На жаль, народні депутати України розглядають це питання лише з погляду політичної доцільності. Партії, що вже пройшли до парламенту, намагаються за допомогою юридичних засобів обмежити конкуренцію і таким чином збільшити свої шанси на наступних виборах.

Надійшла до редколегії 19.10.05

О. Тодика, завідувачка кафедри цивільно-правових дисциплін Юридичного факультету Слов'янського університету, кандидат юридичних наук, м. Кишинів

Політична корупція у сфері здійснення народовладдя

У зв'язку з демократизацією виборчого процесу, його змагальністю суттєво зросла корупція у сфері виборчих правовідносин. Цей вид корупції є підстави називати політичною корупцією, оскільки вона реалізується в системі відносин з формування представницьких органів державної влади або органів місцевого самоврядування.

Політична корупція як наукова проблема є багатопланою (наприклад, проблема наступності й новизни в корупційній діяльності, у соціально-груповому, економічному, просторовому, соціокультурному та інших вимірах) і багаторівневою (корупція в трьох гілках державної влади, у центрі і на місцях).

Проблема корупції аналізується в юридичній літературі¹, але питання політичної (а дехто називає її електоральною корупцією) тільки по-

¹ Див.: Мельник М. Фактори корупції в Україні // Право України. – 2002. – № 5; Зеленецький В., Кальман О. Корупція в Україні та організаційно-правові основи боротьби з нею // Там само. – 2001. – № 4; Закалюк А. П. Соціальні передумови, причини та умови корупції в Україні // Проблеми боротьби зі злочинністю в сфері економічної діяльності: Мат. міжнар. наук.-практ. конф. 15–16 грудня 1998 р. – Х., 1999; Кальман О. Проблеми боротьби з корупцією на сучасному етапі державотворення // Вісник Академії правових наук України. – 1999. – № 1 (16); Лунев В. В. Правовое регулирование общественных отношений – важный фактор предупреждения организованной и коррупционной преступности (тезисы доклада) // Государство и право. – 2001. – № 5.

чинає розглядатися¹. Вважаємо, що це досить суттєва проблема, розв'язання якої стосується забезпечення реального народовладдя, політичних прав громадян, законності виборчого процесу, розвитку демократії, стабільності конституційного ладу. Ця тема безпосередньо пов'язана з проблемою електоральної культури громадян. Завдання цієї статті — проаналізувати політичну корупцію у сфері виборчих правовідносин крізь призму забезпечення народовладдя.

Як в теоретичному, так і практичному аспектах важливо вивчити специфіку політичної корупції. А. Жилінський, аналізуючи вихідні положення кримінологічного дослідження корупційних зловживань політичною владою, відзначав, що необхідно: а) відмежовувати дану групу діянь від різних видів дозволених форм правового і неправового впливу на осіб, що володіють політичною владою (наприклад, від правомірного лобіювання); б) розмежовувати оцінки протиправної діяльності політиків або їхніх груп, хоча й об'єднаних загальними інтересами, і оцінки держави як суб'єкта влади, уникаючи висновків про криміналізацію держави, про злочинну державу, оскільки такі висновки перевірки не піддаються і ясних значень не мають; в) реально оцінювати суспільну небезпечність впливу корупції на політичну владу в широкому розумінні цього слова, наприклад, у разі незаконної передачі грошей політичним партіям; г) реально оцінювати профілактичні можливості суспільства, зокрема роль соціального контролю над політичними силами, особливо підтримувати при цьому діяльність ЗМІ, громадських формувань².

У виступі, присвяченому 14-ї річниці незалежності України, Президент України акцентував увагу на необхідності посилення боротьби з корупцією, активізації роботи в цьому напрямку. Проблема боротьби з корупцією у сфері функціонування державної влади особливо загострюється в перехідний період розвитку держави і суспільства. Корупція як масове явище незмінно виникає в перехідні етапи суспільного розвитку, коли старі суспільні конструкції розкладаються і починають відмирати, а нові зароджуються в рамках ще збереженої, але вже відмираючої системи правових відносин.

Уся соціальна історія влади і функціонування політичних режимів (демократичний, авторитарний, тоталітарний) — це й історія спротиву демократичних сил владному свавілля, зловживанню владою своїми повноваженнями. Саме з метою забезпечення належного здійснення влади ще в античності була сформована і стала популярною ідея правління

¹ Див.: Тогонидзе Н. В. Политическая коррупция в России (материалы «круглого стола») // Государство и право. – 2003. – № 3.

² Див.: Там само. – С. 110.

законів (на протипагу правління людей), яка згодом трансформувалася в ідею панування правового закону і була спрямована не тільки на протипаборство з корупцією, а й проти всіх можливих зловживань владою.

Проти політичної корупції спрямований принцип поділу влади. Саме в цьому аспекті слід сприймати положення про необхідність і бажаність рівноваги відокремлених гілок влади. Ш. Монтеск'є писав: «Відомо вже по досвіду століть, що всяка людина, яка володіє владою, схильна зловживати нею... і щоб не було можливості зловживати владою, необхідний такий порядок речей, при якому різні влади взаємно стримують одна одну»¹.

Величезна шкода, заподіювана корупцією у разі безмежного або щонайменше некараного за законом зловживання владою, може стати нещастям для суспільства, і тоді всі розмови про наявність цивілізованості, правової держави, правління законів або контрольованої рівноваги влади стануть різновидом пустопорожнього словесного виправдання дійсного стану речей або відверто цинічною за своєю природою маніпуляцією позитивними ідеалами і символами. Але розпізнати такі маніпуляції — справа дуже важка, оскільки це потребує політичного й культурного кругозору в спостерігачів і коментаторів цих процесів взагалі й у самих учасників політичного життя особливо. Саме цю обставину, зважаючи на все, мав на увазі 26-й американський президент Т. Рузвельт (1901–1909), коли стверджував: «Жоден народ не може вважатися цивілізованим, доки в нього залишається різниця між крадіжкою влади і крадіжкою гаманця»². Безумовно, різниця в наслідках спричиненої шкоди між цими видами крадіжки є досить значною, але на поверхні більш зрима крадіжка гаманця, а не хитрі маніпуляції в процесі проведення виборчої кампанії.

В статті не ставиться завдання розглянути всі аспекти політичної корупції. Це досить широка тема. Ми в основному зосередимо увагу на електоральній корупції, що є специфічним видом політичної корупції, котру можна визначити як систему підкупу як виборців, так і тих, кого обирають, у результаті чого державна і муніципальна влада перетворюється на свого роду дорогий товар ринкової економіки, котрий можуть придбати тільки особи, які мають доступ до значних фінансових, матеріальних, інформаційних та інших ресурсів. Політична корупція передусім стає засобом політичної боротьби (або взаємодії) між політичними громадськими формуваннями (партіями, блоками, парламентськими фракціями і т. ін.).

Політична корупція, особливо у сфері виборчих правовідносин, поширилася не тільки в пострадянських державах, але й у країнах з

¹ Монтеск'є Ш. Избранные произведения. – М., 1955. – С.289.

² Государство и право. – 2003. – № 4. – С.111.

усталеними демократичними традиціями. Ця проблема — предмет наукового аналізу юристів, політологів, соціологів. Небезпечність політичної корупції полягає в тому, що вона є реальним, сильно діючим чинником, який підриває основні принципи демократії й народовладдя. Політична корупція руйнівню діє на суспільну психологію, підриває довіру до інститутів державної влади, перешкоджає консолідації соціуму, оскільки громадяни переконуються в ілюзорності демократичних виборів, результати яких нерідко визначаються сумами фінансових внесків кандидатів у виборчу кампанію. Хабарі і корупція стали звичними і загальноновизнаними показниками повсякденного життя на теренах колишнього СРСР. Природно, що за таких умов навряд чи можна говорити про забезпечення конституційних прав громадян, у тому числі політичних.

Політична корупція негативно впливає не тільки на конституційний лад країни, а й на політико-правову активність громадян, легітимність державної влади, її авторитет, динаміку економічних процесів, деформує ринкові відносини, веде до зниження політичної довіри виборців до влади і політичних партій, дискредитації конституційної й іншої реформи у державі. А це вже один із істотних чинників стагнації суспільства, шлях до тоталітаризму, згорання демократичних процесів, політичного абсентеїзму. Сьогодні вже не рідкість, коли вибори закінчуються нічим через низьку явку виборців, як це було при виборах мера м. Кишинєва в 2005 р. і т. д.

Голова Центральної виборчої комісії РФ О. Вешняков відзначає, що проникнення корупційних і кримінальних осіб у владу приводить до серйозних негативних наслідків, оскільки знижується довіра до влади, люди перестають вірити процедурі її формування, спостерігається відчуження влади від суспільства і цивільних інститутів, девальвується значення права і закону як інструментів регулювання суспільних відносин¹.

Боротьба з політичною корупцією — один з важливих напрямів боротьби з корупцією в цілому, забезпечення законності виборчого процесу, становлення реального народовладдя. Здавалося б, у цьому мають бути зацікавлені всі. Однак далеко не завжди політична еліта підтримує пропонувані заходи для боротьби з електоральною корупцією. Так, з метою визначення болючих точок виборчого процесу і вироблення правової позиції щодо вдосконалення законодавства в ЦВК РФ був організований діалог з провідними вченими — юристами, депутатами Державної Думи, членами Ради Федерації, політологами, головами виборчих комісій суб'єктів РФ. При ЦВК РФ функціонує Науково-методична рада, яка підготувала програму вдосконалення і розвитку російського вибор-

¹ Див.: Государство и право. – 2003. – № 3. – С.106.

чого законодавства, що її було схвалено на парламентських слуханнях у Державній Думі і підтримано Президентом РФ¹. О. Вешняков відмічає, що здійснення програми йде важко, оскільки зіштовхуються не тільки різні політичні й економічні погляди, але і корпоративні інтереси різних груп, представлених у Державній Думі. Тому, констатує він, реалізовувати слушні й необхідні зміни в російському виборчому законодавстві вдається не завжди.

Інститут виборів у пострадянських державах не позбавлений істотних недоліків. При посиленні пропагандистських і фінансових важелів на виборах паралельно знижується роль виборця, оскільки він усе більшою мірою піддається різного роду впливам, особливо через ЗМІ. Іноді і самі виборці «продають» свій голос. Нерідко це одягнуто в досить пристойну форму, таку, скажімо, як добродійність. Наприклад, у Санкт-Петербурзі є так званий спеціальний фонд для кожного депутата Законодавчих зборів міста. Джерело його формування — міський бюджет. Кошти фонду використовуються депутатами для благодійних цілей у своїх виборчих округах. О. Вешняков ґрунтовно вважає, що цю систему «бюджетної турботи» про виборців необхідно ліквідувати, оскільки вона створює нездорову атмосферу в роботі міського парламенту, особливо в період виборчих кампаній².

«Брудні» виборчі технології, широке використання адміністративного ресурсу при проведенні виборів, підкуп виборців, діяльність ЗМІ в інтересах конкретних політичних партій або їхніх об'єднань, кандидатів у депутати — все це реалії, що досить чітко проявилися в процесі виборчої кампанії на президентських виборах в Україні в 2004 р. У ЗМІ, монографічних виданнях докладно описано приклад безпрецедентної політичної корупції в процесі виборчої кампанії Президента РФ Б. Єльцина в 1996 р. Заслуговує на увагу саме технологія фінансування виборів. При цьому йдеться не про «коробку з-під ксеркса з 500 тис. доларів». Відповідно до чинного законодавства витрати на передвиборчу кампанію не повинні перевищувати 3 млн дол., а витрачено було, за деякими відомостями, близько 2 млрд дол., а за іншими даними — набагато більше. «Чорний і сірий нал» йшов не тільки за прямим призначенням — на виборчу кампанію, а й на тих, хто міг вплинути на результати виборів. Велику частину безоблікових грошей було розкрадено. Куплені ЗМІ, як виразився один з аналітиків, зробили з мозків виборців «пюре».

¹ Див.: «О развитии и совершенствовании законодательства Российской Федерации о выборах и референдумах». Доклад Центральной избирательной комиссии Российской Федерации // Вестник ЦИК России. — 2000. — № 21. — С.47–90.

² Див.: Государство и право. — 2003. — № 3. — С.106.

Але політичну мету було досягнуто. Б. Єльцин, якого на початку виборчої кампанії підтримували не більш 4–5% виборців, переміг і знову став Президентом Росії¹.

Цей факт досить ємно підтверджує зростання ролі грошей у політичному процесі. В західній літературі відносно ролі грошей зазначається: «Гроші стали (підкреслюю, стали тепер, а не були такими споконвічно!) головним регулятором усієї основної життєдіяльності людей західного суспільства, основним спонукальним мотивом, метою, пристрастю, турботою, контролером, доглядачем, коротше кажучи, — їх ідолом і богом»².

У колишніх республіках СРСР мірою практично всіх речей теж стають гроші, а не людина, як задумувалося на початку перебудови і реформ. Це повною мірою стосується і виборчих кампаній, коли політичні партії залучають зарубіжних політтехнологів за великі гроші для вироблення стратегії виборів, розкручування «піару» — кампаній, що включають дискредитацію політичних супротивників. Саме гроші нерідко визначають результати виборів до різних структур державної влади, органів місцевого самоврядування.

Гроші — вагомий аргумент тиску на політичну владу, оскільки без них державна влада не може здійснювати ніяку політику і не зможе забезпечити соціальну рівновагу в суспільстві, стабільність конституційного ладу. Без грошей влада неспроможна і приречена, оскільки гроші — один з найважливіших механізмів володарювання. У зв'язку з цим А. Зинов'єв відзначає, що «в системі поділу влади західноєвропейської держави до трьох традиційних її частин — до законодавчої, виконавчої і судової влади — варто додати четверту, грошову»³. Відомий російський учений Г. Шершеневич майже 100 років тому підкреслював: «Правителі, розуміючи значення багатства для своєї влади, завжди прагнули до нагромадження грошових коштів»⁴. Велика політика, як правило, будується на великих грошах. Так, фінансовий магнат Ротшильд не випадково сказав: «Дайте мені керувати грошми країни, і мені немає справи, хто створює закони»⁵. Найчастіше політика розглядається як великий бізнес. Нині опальний російський олігарх М. Ходорковський заявив: «Якщо ми класифікуємо сфери людської діяльності за рівнем прибутковості, то виявиться, що

¹ Див.: Государство и право. — 2003. — № 3. — С. 105.

² Зиновьев А. А. Феномен Западнизма. — М., 1995. — С. 107.

³ Там само. — С.116.

⁴ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. — М., 1912. — С. 228.

⁵ Цит. за.: Политология для юристов: Курс лекций / Под ред. проф. Н. И. Матузова и проф. А. В. Малько. — М., 1999. — С. 471.

найбільш прибуткова справа — це політика»¹. А там, де великі гроші, корупції не уникнути.

У системі відносин, де «влада — гроші — влада — власність» зав'язані в один вузол, проблема політичної корупції стає надзвичайно актуальною і небезпечною, насамперед в аспекті забезпечення національної безпеки країни, стабільності конституційного ладу. Політико-правова практика в пострадянських державах багаторазово підтверджує грошовий детермінізм політики. Причому одержати вигоду від політики прагнуть не тільки особи, що мають державно-владні повноваження, а й багаті прошарки суспільства, що мають можливість за подібні послуги віддячити чиновників. Для найбільш прибуткового використання свого капіталу вони в різні способи (від створення лобістських структур, груп тиску в парламентах до обрання на високі політичні посади) впливають на державну владу, домагаються різних пільг, режиму найбільшого сприяння для свого бізнесу. Внески великого бізнесу в проведення виборчих кампаній можна розглядати як інвестиції в одержання прав «на керування державним управлінням»².

Цікавим феноменом є те, що правляча в пострадянських країнах політична й економічна еліта поки в основному стурбована не боротьбою з політичною корупцією, а винаходом все нових і нових витончених корупційних технологій, використовуваних для політичних цілей. Політична корупція має елітарний характер. Вона паразитує в основному на державних (бюджетних) грошах і грошах великого й середнього бізнесу. В суто політичній корупції мотивація є ускладненою і корупційні дії виступають лише засобом досягнення політичних цілей³. Але, досягши цих цілей, можна одержати досить солідні економічні дивіденди.

Є три категорії бизнесменів, ділових структур, банківських кланів, що фінансують передвиборчі кампанії кандидатів від влади. По-перше, це підприємці й організації, що істотно збагатилися в останні роки внаслідок процесів приватизації. По-друге, це структури, які розраховують на те, що влада «відпрацює» капітали, котрі вони внесли на підтримку провласного кандидата. При цьому є надія не тільки на те, що вони повернуть свої гроші, а й істотно збагатяться. Це основний мотив фінансування бізнесом виборчої кампанії. По-третє, влада примушує комерційні структури жертвувати гроші, погрожуючи в противному разі

¹ Ходорковский М. Самое прибыльное дело – это политика // Независимая газета. – 1997. – 8 апр.

² Политология / Под. ред. Г. В. Полуниной. – М., 1996. – С. 267.

³ Див.: Государство и право. – 2003. – № 3. – С. 105.

створити їм нестерпні умови для роботи. І підприємці змушені платити державному рекету¹.

Така практика, безумовно, не відповідає жодним канонам демократії і народовладдя, оскільки зібрані в такий спосіб на виборчу кампанію гроші йдуть на підкуп виборців, підтримання провладних ЗМІ, широке використання адміністративного ресурсу. К. Попер відзначав: «Гроші як такі не особливо небезпечні. Вони стають небезпечними тільки якщо на них можна купити владу — безпосередньо або шляхом поневолення економічно слабких, котрі повинні продавати себе, щоб жити»².

Підкуп виборців — звичайна практика в пострадянських країнах. Відповідно боротьба з політичною корупцією є невідкладним завданням держави, громадськості.

При цьому слід враховувати, що широкомасштабна корупція — ознака слабкості держави, коли найважливіші політичні й економічні питання вирішуються антиправовими й антидержавними засобами. Рішуча боротьба з корупцією, заснована на праві і законі, — чинник забезпечення стабільності конституційного ладу, гарантування прав і свобод людини і громадянина, законності проведення виборчих кампаній. Вибори не тільки до Верховної Ради України, а й до деяких ланок органів місцевого самоврядування в березні 2006 р. проводитимуться на пропорційній основі. Введення «пропорціалки» на місцевому рівні — істотний чинник посилення і розширення масштабів політичної корупції в ході виборчої кампанії. Тому необхідні більш надійні механізми боротьби з нею, ніж це було раніше.

Надійшла до редколегії 16. 10. 05

¹ Див.: Челноков М. Россия перегнала Америку в 410 раз! // Сов. Россия. – 1996. – 21 нояб.

² Поппер К. Открытое общество и его враги. – М., 1992. – Т. 2. – С. 150.

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

В. Мамутов, академік НАН України і АПрН України,

О. Зверєва, завідувачка кафедри цивільного права Донецького університету економіки і права, кандидат юридичних наук

Актуалізація предмета досліджень і викладання цивільного права

Питання про предмет цивільного права залишається дискусійним протягом десятиліть¹. Додаткові нюанси у визначенні предмета цивільного права внесено формулюванням ст. 1 нового Цивільного кодексу України, яке істотно відрізняється від визначення предмета в ЦК УРСР 1963 р. У новому формулюванні предмета акцент зроблено на «особистих немайнових відносинах». Винесення саме цих відносин на перший план заперечень у цивілістичній літературі під час обговорення і введення в дію нового ЦК не викликало. У зв'язку з цим видається доцільним зупинитися не на питанні про предмет цивільного права взагалі, а на актуальних у світлі пріоритетів сучасного законодавства напрямках досліджень і викладання цивільного права.

Якоюсь мірою новелізація визначення предмета позитивно позначилася на змісті нового ЦК. Однак зроблено це не цілком послідовно. Акцентуючи на особистих правах, де, здавалося б, саме фігура власника цих прав — громадянина, що уособлює *цивільне* право, повинна бути на першому місці, розробники проекту Господарського кодексу України чомусь взагалі відмовилися від використання в ньому поняття громадя-

¹ Див.: Гражданское право / Под ред. Ю. К.Толстого, А. П.Сергеева. — СПб., 1996 — Т. 1. — С. 9.

Вичленити в континентальній системі права цивільне право по предмету регулювання без залучення як критерію методу регулювання нашим цивілістам поки що не вдалося. В англійській системі такої проблеми, ймовірно, немає, тому що, по-перше, немає поділу права на публічне й приватне; по-друге, те, що ми називаємо цивільним правом, «розчинено» там у загальному праві й у праві справедливості.

нин. І це при тому, що така фігура присутня в модельному ЦК, на який постійно посилалися автори проекту. Ніякого розумного пояснення такої суперечності знайти не вдалося, хоча в літературі на це вже кілька разів зверталася увага. Фахівці з конституційного права відзначали, зокрема, що штучна і ніким не обгрунтована заміна в ЦК громадянина «фізичною особою» вже дала привід до вимивання із законодавства поняття громадянина як головного суб'єкта права¹. Навіщо це зроблено — незрозуміло. У нових підручниках з цивільного права збережена глава «Громадянин як суб'єкт цивільного права»². Але чи можна при виключенні з кодексу самого поняття «громадянин» вважати термін «цивільний» синонімом терміна «громадянський»?

Якоюсь мірою новий акцент проявився в матеріалах збірника статей «Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики», виданого на основі матеріалів однойменної конференції, проведеної з ініціативи Академії правових наук України в Харкові в 2004 р.³ Але в цілому на змісті цивілістичних досліджень і викладанні цивільного права він позначився поки ще слабо.

На згаданій конференції було звернено увагу на те, що в середині ХХ ст. одним з чітко визначених напрямків диференціації науки цивільного права стали дослідження, спеціально присвячені актуальним проблемам цивільно-правового захисту *майнових і особистих прав громадян*. Саме ці, а не так звані «загальноцивілістичні» витвори стали найбільш актуальними в межах предмета сучасного *цивільного* права — особистих немайнових і майнових відносин приватного характеру між громадянами або з їх особистою участю. Цикл монографій і статей з цих проблем було видано одним з найбільш значних цивілістів того часу — українським вченим, членом-кореспондентом АН УРСР В. Масловим, який 25 років обіймав посаду ректора Харківського юридичного інституту. До цього циклу належать монографії: «Право личной собственности в СССР» (1954), «Вопросы общей собственности в судебной практике» (1963), «Основные проблемы права личной собственности» (1968), «Защита жилищных прав граждан» (1970), «Имущественные отношения в семье» (1972), «Жилищное право» (1973) та ін.⁴

¹ Див.: Волков В. Д. Мы граждане, а не просто физические лица // Материалы круглого стола: рекомендации по внесению изменений в законодательство в связи с принятием ЦК и ГК. — Донецк, 1 июля 2003.

² Див., напр.: Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К., 2002. — Т. 1. — С. 87.

³ Див.: Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики. — К., 2004.

⁴ Див.: Маслов В. П. Юридична енциклопедія. — К., 2002. — Т. 3.

Зосередження уваги на цих, а не на абстрактних, нерідко надуманих «загальноцивілістичних» проблемах сприяло розвитку науки цивільного права, а також розв'язанню проблем захисту прав громадян в їх взаємовідносинах між собою і державними й недержавними органами. Харківські цивілісти і зараз звертають увагу на пріоритетність у цивільному праві особистих немайнових і пов'язаних з ними майнових прав громадян¹.

Таким чином, у цивілістиці поряд з напрямком, який можна умовно назвати «загальноцивілістичним» — «лінією Братуся — Іоффе», в Україні в науці цивільного права давно вже вичленовувався напрямок, який акцентував на право громадян, котрий можна назвати «лінією Маслової». Диференціація в науці зберігається, і в багатьох роботах виявляється «лінія Маслової». Однак не можна сказати, що зміна акценту в новому ЦК врахована в нових підручниках з цивільного права. До теперішнього часу, як і колись, у підручниках наявний необґрунтований експансіонізм цивілістики, зокрема дублюється багато положень загальної теорії права. При цьому загальноправові конструкції і поняття подаються як нібито стосовні виключно цивільного права (вчення про правовідношення, рівність суб'єктів, договір, зобов'язання, право власності, майнова відповідальність і т. ін.)². Багато інститутів, що раніше розглядалися в рамках загальної частини громадянського права, давно трансформувалися в проблематику загальної теорії права, але дублюються при викладанні цивільного права. Дублюються і деякі інститути інших галузевих дисциплін. При цьому не приділяється достатньої уваги вивченню деяких проблем, досить актуальних з погляду захисту особистих прав громадян. Україна уклала, наприклад, договори з багатьма країнами про взаємну правову допомогу в цивільних справах, у тому числі в спадкоємних, сімейних. За кордоном працюють і живуть в останні роки мільйони громадян України. Однак у дослідженнях і викладанні цивільного права розгляд такого роду проблем неправомірно відтиснуто «загальноцивілістичною» проблематикою, загальними розмовами про приватне право. При цьому обґрунтування «приватного права» нерідко зводиться до вільного тлумачення однієї фрази з Ульпіана (яка переходить з підручника в підручник без звірення з контекстом оригіналу) і не пов'язується з особистими правами громадян.

¹ Див.: *Борисова В.* До чинників, що характеризують цивільне право України як галузь приватного права // Вісник Академії правових наук України. — 2005. — № 2 (41). — С. 105–106.

² Див.: *Мамутов В. К., Хахулина К. С.* Общеправовые конструкции и понятия // Юрид. вестник — 2001. — № 4. — С. 103–109.

Більш обґрунтованою в цьому відношенні видається позиція Є. Харитонова. Він визначає приватне право як сукупність правил і норм, що стосується визначення статусу і захисту інтересів окремих громадян, які не є фігурантами держави, не знаходяться у відносинах влади і підпорядкування один відносно одного, рівноправно і вільно встановлюють для себе права й обов'язки у відносинах, що виникають з їх ініціативи¹. Причому характерними рисами приватного права є: пріоритетність інтересів окремої особи; юридична рівноправність учасників відповідних відносин; ініціативність сторін при встановленні правовідносин; вільне волевиявлення при виборі правил поведінки, прямо не заборонених законом, і т. ін.

З наведеного визначення видно, що цивільне право, котре розглядається багатьма цивілістами як приватне право, покликано регламентувати правове становище громадянина і захищати його приватний інтерес. Якщо ж предмет цивільного права надмірно розширюється, то виникають сумніви в обґрунтованості його тлумачення як приватного права.

Те, що в навчальному процесі, як і в дослідженнях, все ще недостатньо уваги приділяється саме громадянам, зумовлено, зрозуміло, і недоліками ЦК. Як вже відзначалося, новий ЦК не знає фігури громадянина. Вона замінена на «фізичну особу». Але в Конституції України такого поняття немає. У ст. 92 Конституції сказано: «Виключно законами України визначаються: 1) права і свободи людини і громадянина, гарантії цих прав і свобод, основні обов'язки громадянина; 2) громадянство, правосуб'єктність громадян, статус іноземців і осіб без громадянства...». У ст. 26 Конституції встановлено, що іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, — за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України. Ці закріплені Конституцією поняття розробниками проекту ЦК проігноровано, а в процесі розгляду і прийняття ЦК це чомусь залишилося непоміченим. Деякі цивілісти навіть наполягали на обмеженні прав громадян, виступаючи проти права колективної власності, стверджуючи всупереч фактам, що вона нібито застаріла. Але «застарілість» повинна визначатися життям, а не думкою викладачів. У результаті це призвело до того, що в ЦК «за-

¹ Див.: Сучасний конституціоналізм та конституційна юрисдикція // Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції. Жовтень, 2000 / За ред. С. В. Ківалова, М. П. Орзіх. — Бібліотека журналу «Юридичний вісник». — Одеса, 2001. — С. 245.

були» згадати не тільки про право громадян створювати колективні підприємства, але і про право створювати приватні підприємства. А це, в свою чергу, призвело до дезінформації органів реєстрації й статистичних організацій і створило можливість масового обмеження прав громадян на практиці (приватних підприємств в Україні в 2004 р. налічувалося близько 240 тис., а колективних — близько 40 тис.). У питаннях реалізації громадянином належного йому права власності необхідна гармонізація (забезпечення взаємодії) норм цивільного права з нормами трудового, господарського, земельного права. Проблема гармонізації норм суміжних галузей права може бути актуальним предметом досліджень.

Новий ЦК майже втричі перевищує за кількістю статей ЦК 1963 р. Він настільки громіздкий і строкатий за змістом, що права громадянина в ньому просто розчиняються і їх нелегко вичленувати в масі різного матеріалу. Цей недолік ЦК можна усунути шляхом його очищення від сторонніх норм і скорочення обсягу. Якщо ЦК готувався для громадян, а не для реалізації чийось особистих уявлень та інтересів, то його редакція має бути спрощена, наближена до сучасної мови, щоб його зміст став більш доступним для громадян. Чи було потрібно вставляти в текст нібито «для науковості» терміни типу «емфітевзис», «суперфіцій», «франчайзинг» тощо при наявності більш зрозумілих громадянам синонімів?

Про необхідність посилення в дослідженнях уваги до проблематики захисту прав та інтересів громадянина свідчать і матеріали названої вище науково-практичної конференції. В основній доповіді на ній член-кореспондента АПрН України А. Крупчана було правильно відзначено, що вступ у силу ЦК «на перше місце виводить необхідність проведення наукових досліджень із проблем реалізації прав людини немайнового і майнового характеру»¹. Однак в опублікованих матеріалах конференції хоча і намітився деякий крен у бік «лінії Маслова», але частка того, що повинно бути на першому місці, не перевищує 10–15 %. Вочевидь, дослідження і викладання ще недостатньо звернені до тематики першорядного значення.

Дослідження і викладання доцільно було б сконцентрувати на особистих немайнових і майнових відносинах, хоча б однією зі сторін яких є громадянин. Це, власне, і має бути основним предметом цивільного права при сучасній системі наукових і навчальних юридичних дисциплін. При дослідженні і висвітленні актуальних проблем можуть зачіпатися суміжні норми трудового, пенсійного права, що мають певну специфіку в загальному масиві названих відносин. Повинні, зрозуміло,

¹ Еволюція цивільного законодавства... – С. 8.

вивчатися інститути загальної частини цивільного права стосовно окресленого предмета регулювання. Така концентрація уваги сприяла б і більш успішному вивченню й удосконаленню цивільно-процесуального права, адекватному саме тому колу інститутів, що охоплюється зазначеним предметом матеріального права.

Додатковий поштовх до осмислення нового підходу до викладання цивільного права дає приєднання України до Болонського процесу. При скороченні до мінімуму лекційних годин студентів потрібно самостійно вивчити величезну кількість матеріалу, і це завдання значно ускладнюється нинішньою «безрозмірністю» курсу цивільного права.

Слід було б, мабуть, у світлі змін у законодавстві й організації викладання спеціально обговорити за «круглим столом» або на науково-практичній конференції питання про пріоритетні напрямки досліджень і викладання цивільного права при сучасній системі законодавства з урахуванням системи диференціації наукових і навчальних юридичних дисциплін.

Надійшла до редколегії 10. 09. 05

Н. Яркіна, кандидат юридичних наук
(НЮА України)

Правові проблеми захисту авторських і суміжних прав

Одним з напрямів сучасної правової політики щодо утвердження і реалізації прав і свобод людини є вдосконалення захисту інтелектуальної власності. За роки незалежності України зроблено значний крок у сфері правової охорони — прийнято більш десяти спеціальних законодавчих актів, набрав чинності новий Цивільний кодекс України (далі — ЦК) з окремою книгою «Право інтелектуальної власності», чимало підзаконних актів присвячено оформленню та реалізації інтелектуальних прав. Ці нормативні акти вдосконалюють та наближають регулювання даних відносин до сучасних міжнародних стандартів. Впроваджуються механізми контролю за додержанням законодавства у цій сфері, зокрема через діяльність державних інспекторів з питань інтелектуальної власності. Проте особливій уваги потребує проблема становлення судової практики в сфері захисту інтелектуальних прав. На сьогодні залишається низка питань, які не знаходять однозначного розуміння серед науков-

ців та практиків і тому викликають труднощі при розгляді справ у суді. Авторка має за мету висвітлити окремі складні питання тлумачення і застосування норм про охорону авторських та суміжних прав, сформулювати пропозиції щодо правильного вирішення спорів. Разом з іншими чинниками це має сприяти підвищенню ефективності судового захисту зазначених прав.

У ст. 51 Закону України «Про авторське право і суміжні права» в редакції Закону України від 11 липня 2001 р. (далі — Закон) передбачено, що захист особистих немайнових і майнових прав суб'єктів авторського і суміжних прав (авторів, виконавців, виробників фонограм та (або) відеограм, організацій мовлення) здійснюється в порядку, встановленому адміністративним, цивільним і кримінальним законодавством. Проте найбільше значення для особи, що володіє виключними правами на інтелектуальний продукт, має цивільно-правовий захист. Саме він дозволяє усунути шкідливі наслідки правопорушення, компенсувати майнові втрати та моральну шкоду, яких вона зазнала внаслідок порушення. Цивільно-правовий захист здійснюється в судовому порядку шляхом подання до суду, господарського суду позовної заяви, в якій викладаються суть порушення, вимоги про його припинення та відновлення прав інтелектуальної власності.

При розгляді справи про порушення авторських чи суміжних прав необхідно встановити факти, що мають істотне значення для правильного вирішення спору, а саме: встановлення особи, якій належить порушене авторське чи суміжне право; юридичні факти, на підставі яких ці права поширюються на об'єкти, що є предметом спору; факт порушення цих прав, вина відповідача як умова цивільно-правової відповідальності; розмір доходів, неправомірно одержаних внаслідок порушення; спричинені порушенням збитки; наміри порушника.

Право на захист авторських та суміжних прав належить будь-якій особі, яка згідно із законодавством визнається їх суб'єктом. До них належать, по-перше, так звані первісні суб'єкти, тобто такі, які безпосередньо своїми зусиллями створили охоронюваний об'єкт, — це автори творів, їх виконавці, виробники фонограм чи відеограм, організації мовлення.

Первісними володільцями майнових авторських прав є також юридичні або фізичні особи щодо твору, створеного на їх замовлення (ст. 430 ЦК) або в порядку виконання трудового договору автором-працівником (ст. 429 ЦК). За загальним правилом, у них виникають спільні майнові права з безпосереднім творцем (працівником). Таким чином захищаються майнові інтереси осіб, які були ініціаторами, а

можливо, й авторами ідеї, надавали організаційну, матеріально-фінансову та іншу підтримку, передавали у користування створювача секрети виробництва, обладнання та зацікавлені у застосуванні кінцевого результату із заданими характеристиками, призначенням та якістю. Спільне володіння майновими правами означає реалізацію їх за загальною згодою, якщо інший порядок не буде встановлено за домовленістю сторін. Проте спільне вирішення питань використання об'єкта не виключає можливість кожного з співволодільців забороняти певне використання, а відтак, кожен з них вправі використовувати своє право на захист самостійно: вирішувати питання про подання позову до суду, обирати способи судового захисту, визначати у позові адекватний розмір відшкодування. Якщо автор і роботодавець чи замовник укладають договір, в якому чітко окреслюють умови виникнення і реалізації майнових прав, то останній не повинен містити умов, що будь-яким чином обмежують право самостійно здійснювати їх захист, у тому числі шляхом встановлення обов'язку спільного звернення до суду.

Правом на захист можуть скористатися і похідні суб'єкти авторського і суміжних прав — особи, що набули таких прав відповідно до договору чи закону, тобто це спадкоємці та правонаступники зазначених осіб. Оскільки спадкоємці успадковують тільки майнові права, вони вправі захищатися від порушень, що зачіпають їх власні майнові інтереси. Разом з тим спадкоємці мають право захищати особисті немайнові права автора від дій, що завдають шкоди честі та репутації автора, зокрема вимагати, в тому числі через суд, припинення дій, що спотворюють факт приналежності авторства на твір, перекручують або змінюють твір. Особисте немайнове право автора на недоторканність твору згідно з ч. 2 ст. 439 ЦК може захищатися також особою, яка спеціально уповноважена на це автором на випадок своєї смерті, або іншими зацікавленими особами. До останніх можуть бути віднесені близькі родичі автора, творчі спілки, організації колективного управління майновими правами, особи, що використовують твори померлого автора на підставі авторських договорів, роботодавець відносно службових творів та ін.

В законодавстві відкритим залишилось питання про те, хто має право заявити вимоги про відновлення порушених особистих немайнових прав виконавців, виробників фонограм та відеограм — фізичних осіб після їх смерті. Втім, репутація померлих володільців суміжних прав може потребувати захисту шляхом примусового припинення дій, що порушують право на ім'я (наприклад, поширення носіїв без зазначення імені), право виконавця на недоторканність (що виражається в перекрученні, спотворенні виконання), право виконавця на належну

якість запису на розповсюджених примірниках. Крім того, творча індивідуальність померлого виконавця потребує захисту у випадках, коли запис його виконання привласнюється іншою особою та видається за своє власне. Виходячи із загальних принципів охорони авторських та суміжних прав, а також на основі тлумачення положень про строки чинності та захист виключних прав можна дійти висновку про те, що для зазначеної мети слід застосовувати правило, аналогічне правилу про захист немайнових прав автора після його смерті (ст. 439 ЦК). Тобто при наявності названих порушень заявити про їх усунення можуть як спадкоємці виконавців, виробників фонограм чи відеограм, так і інші зацікавлені особи.

Що стосується правонаступників, то можливість подання ними позову про захист авторських чи суміжних прав залежить від обсягу їх правонаступництва. Так, якщо правонаступник набув окремих майнових прав за ліцензійною угодою, то подати позов про відновлення порушених прав він зможе тільки у разі, якщо порушення зачіпає саме ті майнові права, які надані йому ліцензіаром. Навпаки ліцензіар зберігає право на захист будь-якого виключного права незалежно від виду ліцензії. Навіть у разі видачі виключної ліцензії ліцензіар хоча і обмежує себе у можливості надання подібних дозволів іншим особам та у можливості власного використання в сфері дії ліцензії, але він зберігає право забороняти використання об'єкта іншим особам. Такий висновок випливає зі змісту ст. 452 ЦК, оскільки будь-яке майнове право інтелектуальної власності включає такі складові (правомочності), як можливість використання об'єкта, можливість дозволяти використання іншим особам, право перешкоджати неправомірному використанню, в тому числі забороняти таке. Тому за ліцензіаром зберігається право вживати заходів щодо припинення порушень виключних майнових прав у сфері дії виключної ліцензії. Зокрема, доцільною буде реалізація цього права у тих випадках, коли ліцензіат не захищає набуті ним права від третіх осіб.

Однією з проблем захисту інтелектуальних прав є те, що іноді наявність ліцензійної угоди не може слугувати доказом правонаступництва, а відтак, і підтверджувати право на подання позову. Йдеться про випадки, коли позивач, чий майнові права нібито порушено третьою особою, одержав дозвіл використовувати твір, фонограму, відеограму чи програму мовлення не від первісного володільця прав, а від його ліцензіата, який за умовами договору з правовласником не мав права видавати субліцензію. Оскільки згідно з ст. 1109 ЦК видача субліцензії допускається тільки у випадках, передбачених ліцензійною угодою, позивач в такому разі не може бути визнаний суб'єктом порушених прав.

Отже, при вирішенні питання про приналежність позивачеві, що є ліцензіатом, права на захист, необхідно з'ясувати не тільки зміст ліцензійної угоди, а й приналежність ліцензіару первісних або похідних авторських чи суміжних прав, у тому числі права на видачу такої ліцензії.

Іншим важливим питанням приналежності і реалізації права на захист є правонаступництво в результаті реорганізації юридичної особи у разі виділу чи поділу. В такому випадку особливу увагу слід звернути на оформлення розподільчого балансу. В ньому має бути чітко визначено, які майнові права перейдуть до складу майна створюваних нових юридичних осіб, а також їх грошову оцінку як нематеріальних активів. В іншому разі неможливо буде підтвердити приналежність новій юридичній особі права на подання позову про захист інтелектуальних прав, навіть тоді, коли фактично вона використовувала об'єкт як правовласник.

У цьому контексті важливо підкреслити, що в ході судового розгляду встановленню підлягають саме юридичні факти виникнення авторських чи суміжних прав у позивача відносно об'єкта, який є предметом спору. Не може слугувати доказом приналежності позивачу виключних прав зазначення на примірниках твору знаку «копірайт» (©) поряд з його ім'ям чи найменуванням, оскільки останній має інформаційний, а не правостановлюючий характер, тобто має за мету повідомити про існуючі права.

Важливим є питання щодо встановлення вини як умови відповідальності за порушення авторських та суміжних прав.

Вина в будь-яких її формах (умисел, груба чи проста необережність) є необхідною умовою покладання на порушника зазначених в ст. 52 Закону мір відповідальності: відшкодування моральної шкоди, відшкодування збитків, стягнення незаконно отриманого доходу, виплата компенсації.

Для наявності умислу достатньо встановити спрямованість волі порушника на досягнення майнових вигод для себе і усвідомлення ним, що ці доходи він отримує внаслідок незаконних дій шляхом порушення виключних авторських чи суміжних прав. Якщо особа не усвідомлює протиправність своїх дій щодо використання інтелектуального продукту, але за даних обставин могла та повинна була це передбачити, то в такому разі треба констатувати необережну вину в її діях.

Так, якщо друкарні, заводи з виробництва дисків, торгівці приймають для відтворення чи розповсюдження продукцію, не вимагаючи будь-яких авторських угод або ліцензій у замовників, і тим самим порушують інтелектуальні права, такі дії слід визнавати винними, що є підставою застосування мір цивільно-правової відповідальності. Звіль-

нити від відповідальності за порушення інтелектуальних прав можна тільки у тому разі, якщо об'єктивно у порушника були всі підстави вважати, що він діяв правомірно або що використані ним об'єкти не охороняються. Це може статися, якщо користувач обгрунтовано вважав, що діє в межах наданого правовласником дозволу на використання. Наприклад, торговельне підприємство приймає на реалізацію партію аудіокaset і попередньо пересвідчується у тому, що замовник має необхідну ліцензійну угоду з правовласниками на їх розповсюдження. Але згодом виявляється, що така угода не має юридичної сили, є недійсною або взагалі не була укладена, про що торгівець за даних умов не міг знати чи здогадуватися. В такому разі порушення виключних прав з його боку сталося без його вини і на таку особу не можна покласти цивільно-правову відповідальність у виді стягнення збитків або альтернативних збиткам мір відповідальності. Проте з метою припинення порушення мають бути застосовані міри цивільно-правового захисту, передбачені законом. Це може бути заборона та припинення дій, що порушують авторське або суміжні права, створюють загрозу їх порушення; вилучення всіх контрафактних примірників творів, фонограм, відеограм чи програм мовлення; припинення підготовчих дій до порушення, у тому числі призупинення митних процедур; публікації в засобах масової інформації даних про допущені порушення та судові рішення щодо них. Що стосується компенсації правовласникам майнових втрат, то в подібних випадках вона має бути здійснена за рахунок стягнень збитків, незаконних доходів або компенсації із замовника, винного у протиправному використанні.

Важливим питанням захисту порушених авторських та суміжних прав є застосування мір цивільно-правової відповідальності залежно від її підстав. З цього приводу необхідно розмежовувати договірну і деліктну відповідальність. Перша матиме місце у разі невиконання умов договору між суб'єктом прав та користувачем щодо умов використання, порядку та строку виплати винагороди. Друга, тобто деліктна, настає у випадках порушення абсолютних прав інтелектуальної власності — майнових чи немайнових, передбачених ЦК та Законом. Порушення майнового права має місце у разі використання об'єкта охорони без дозволу правовласника. Подібні дії Закон називає піратством у сфері авторського права і суміжних прав, яким є опублікування, відтворення, ввезення на митну територію України, вивезення з митної території України, розповсюдження контрафактних примірників творів, фонограм, відеограм і програм організації мовлення. Терміном «контрафактний» позначається примірник, який був виготовлений, опублікований або розповсюджений з порушенням виключних прав, тобто без згоди на ці дії правовласника.

Порушення виключного майнового авторського або суміжного права також має місце, якщо особа правомірно використовує об'єкт без дозволу правовласника, коли це допускається законом як обмеження майнових прав, але не сплачує за це встановлену законодавством винагороду. Особисті немайнові права можуть бути порушені використанням об'єкта без зазначення імені (назви) правовласника; шляхом забороневого ним розкриття псевдоніму, розкриття справжнього імені автора чи виконавця, коли вони бажали залишитися невідомими; вчиненням дій, що спотворюють твір, його виконання, вносять недозволені зміни або порушують вимоги щодо належної якості запису виконання. Закон окремо вказує на порушення права авторства — плагіат, який полягає в оприлюдненні (опублікуванні), повністю або частково, чужого твору під іменем особи, яка не є автором цього твору, тобто по суті це є привласненням авторства іншою особою.

Отже, саме за такі порушення абсолютних майнових чи немайнових прав, передбачених законом, можуть бути застосовані міри відповідальності, встановлені в ст. 52 Закону: стягнення збитків, незаконно отриманого доходу або компенсації у розмірі від 10 до 50 000 мінімальних заробітних плат.

У разі спричинення шкоди правовласнику невиконанням чи неналежним виконанням умов договору про передачу прав або ліцензійного договору форми і розмір відповідальності слід визначати не за ст. 52 Закону, а на підставі загальних положень про відповідальність за порушення зобов'язань, і також виходити з конкретних умов договору щодо відповідальності сторін. Наприклад, це стосується тих випадків, коли об'єкт використовується правомірно, тобто з дозволу володільця прав, але користувач не сплачує належної винагороди. Проте якщо порушення договору стосуватиметься сфери дії ліцензії і полягатиме в тому, що ліцензіат вийде за межі дозволених способів використання, то таке слід вважати порушенням певних майнових прав абсолютного характеру і застосовувати спеціальні міри деліктної відповідальності, передбачені ст. 52 Закону.

Крім наведеного, практичне значення має питання застосування такої міри відповідальності, як стягнення компенсації у розмірі від 10 до 50 000 мінімальних заробітних плат. Вона застосовується за вибором позивача альтернативно щодо стягнення збитків, тобто замість них. Розмір компенсації заявляється позивачем на свій розсуд залежно від тяжкості наслідків порушення і остаточно визначається судом для стягнення із урахуванням обсягу порушення та (або) намірів відповідача. Однак на практиці немає єдиного розуміння щодо питань визначення розміру стягнення і необхідності його доведення. Причому спостерігається полярно протилежний підхід. В одних випадках суд зобов'язує

позивача надати документальне підтвердження заподіяної шкоди та її розміру, мотивуючи це обов'язком сторін доводити ті обставини, на які вони посилаються в обґрунтування своїх вимог. Розмір компенсації встановлюється виходячи з наданого позивачем розрахунку і обґрунтування заподіяних збитків. В інших випадках суд орієнтується на встановлену законом можливість позивача самому визначити розмір компенсації у передбачених законом межах, а тому не прив'язує її до розміру збитків. Вимоги про виплату компенсації задовольняються за наявності доказів тільки факту несанкціонованого використання. Позивач же звичайно прагне до максимальної межі компенсації.

Проблема полягає в тому, що розмір можливої компенсації згідно з ст. 52 Закону має бути у межах від 10 до 50 000 мінімальних заробітних плат і визначатися судом з урахуванням обсягу порушення та намірів відповідача. Але закономірно виникають питання: як дані обставини мають впливати на розмір стягнення, що таке обсяг порушення, чи має розмір компенсації співвідноситися з розміром спричиненої шкоди? Якщо так, то яким чином? Чи необхідно обґрунтовувати цей розмір посиланням на будь-які докази?

Цілком слушною є думка деяких цивілістів¹ про функцію цієї альтернативної міри відповідальності. Її призначення — уникнути труднощів доказування збитків, які обумовлені специфікою порушень в даній сфері, оскільки найчастіше вони полягають в упущеній вигоді. Тому логічно припустити, що компенсація не повинна прив'язуватися до розміру спричиненої шкоди. Разом з тим особливою функцією цивільно-правової відповідальності є відшкодування майнових втрат, завданих правопорушенням. Таке відшкодування має бути адекватним правопорушенню, що виражається в еквівалентності стягнутих збитків спричиненій шкоді. В іншому разі відповідальність перетвориться на кару, що не відповідає порушенню².

З огляду на це не можна погодитися з думкою про те, що виплата компенсації — це штрафна санкція і має бути покаранням за порушення авторського права і суміжних прав³.

Вирішення проблеми стягнення компенсації бачиться через оцінку спричиненої правовласнику шкоди. В зв'язку з цим слушною видається

¹ Див.: Святоцький О. Захист прав на об'єкти інтелектуальної власності у судовому порядку // Інтелектуальна власність. — 1999. — № 3–4. — С. 14; Гаврилов Э. П. Защита авторских прав: необходим единый подход // Рос. юстиция. — 1994. — № 10. — С. 44; Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. — М., 1996. — С. 342.

² Див.: Общая теория государства и права. Академический курс: В 2 т. — Т. 2: Теория права / Отв. ред. М. Н. Марченко. — М., 1998. — С. 603, 614.

³ Див.: Право интеллектуальной собственности: Підручник / За ред. О. А. Підпригори, О. Д. Святоцького. — К., 2002. — С. 453.

точка зору Е. Гаврилова про те, що для стягнення компенсації встановлення наявності збитків є обов'язковим, але суд умовно оцінює їх розмір і застосовує міру відповідальності, орієнтуючись на спричинену позивачеві шкоду¹.

Проте особливе призначення цієї альтернативної санкції вбачається в тому, що позивач повинен бути звільнений від обов'язку доведення тотожності компенсаційних сум із спричиненою шкодою. Це може бути особливо важливим для нього тоді, коли важко надати точні докази і розрахунки понесених збитків. У будь-якому разі відсутність точних даних про розмір збитків не повинна бути підставою для відмови у позові. Суд має визначити їх масштаб (інакше кажучи, орієнтовні збитки), а не точну цифру. Свої висновки з цього питання суд будуватиме на всіх тих фактах, що можуть підтверджувати наявність упущеної вигоди: можлива винагорода за аналогічне використання на умовах ліцензійного договору, яка або встановлювалася цим правовласником за попередніми угодами, або є усталеною практикою в даній сфері; прибуток від реалізації примірників твору, який прогнозувався, але не був отриманий через поширення контрафактної продукції. Для визначення рівня збитків можуть бути враховані масштаби порушення (способи неправомірного використання, обсяг контрафактної продукції, її вартість на ринку, територія її розповсюдження, негативний вплив на подальшу діяльність правовласника і її доходність тощо). На цій підставі суд має або задовольнити вимог позивача про стягнення заявленого розміру компенсації, або, керуючись принципом розумності та справедливості, зменшити суму компенсації до її обґрунтованих меж.

Надійшла до редколегії 28. 05. 05

С. Томчишен, викладач Національного університету внутрішніх справ (м. Харків)

Консенсуальна природа договору майнового найму

Договір майнового найму належить до класичної групи договорів, відомих у цивільному праві ще з часів римського права. Римські юристи відносили договір майнового найму до групи консенсуальних дого-

¹ Див.: Гаврилов Э. П. Вказ. праця. — С. 44.

ворів, які вважались укладеними з моменту досягнення сторонами домовленості стосовно його умов. Зокрема, консенсуальна природа договору майнового найму втілювалася у його визначенні. Так, договором майнового найму (*locatio-conductio*) у римському праві називали договір, відповідно до якого наймодавець зобов'язувався надати наймачеві майно для тимчасового користування, а наймач зобов'язувався сплачувати наймодавцеві грошову винагороду і після закінчення договору повернути надане майно¹.

Консенсуальна природа договору майнового найму зумовлювала основні обов'язки його сторін. Основний обов'язок наймодавця полягав у наданні наймачеві речі. При цьому цей обов'язок не вичерпувався лише передачею наймачеві речі, наймодавець був зобов'язаний також забезпечити можливість для нормального безперешкодного використання переданої у найм речі протягом усього строку договору. Цим обов'язкам наймодавця кореспондувалося право наймача вимагати вчинення відповідних дій. Основний обов'язок наймача полягав у тому, що він повинен був сплачувати наймодавцеві зумовлену у договорі плату за час користування річчю і повернути річ після припинення договору. Цим обов'язкам наймача протиставлялося право наймодавця вимагати від наймача вчинення зазначених дій.

Внаслідок рецепції римського приватного права цивільне право країн континентальної правової системи перейняло консенсуальну природу договору майнового найму. Не стало винятком і цивільне законодавство України. Так, у Цивільному кодексі України договір майнового найму визначався як договір, за яким наймодавець зобов'язувався надати наймачеві майно в тимчасове користування за плату (ст. 256).

Проте у новому Цивільному кодексі України (далі — ЦК) хоча і були збережені традиційні ознаки договору найму як консенсуального договору, разом з тим у ньому було закріплено дещо інше поняття договору. Так, згідно зі ст. 759 ЦК за договором найму наймодавець передає або зобов'язується передати наймачеві майно у користування за плату на певний строк.

Закріплене в ЦК визначення договору найму стало підставою для поширення у правовій доктрині точки зору, відповідно до якої договір найму може бути не тільки консенсуальним, а й реальним². У зв'язку з цим останнім часом в юридичних виданнях стосовно договору найму

все частіше трапляються висловлювання про те, що правовідносини між наймодавцем і наймачем за договором найму виникають з дня, коли предмет найму фактично буде передано наймачеві, або з моменту укладення договору, якщо в договорі буде чітко визначено зобов'язання наймодавця передати в подальшому предмет найму. Тому, коли в договорі зазначається, що наймодавець передає наймачеві майно, а не зобов'язується його передати, такий договір розцінюють як реальний, і лише коли в договорі чітко вказується, що наймодавець зобов'язується передати майно, такий договір розцінюють як консенсуальний¹.

Слід відзначити, що такі погляди щодо правової природи договору найму є доволі незвичними для традиційного вчення про договір найму як консенсуальний договір. Тому з прийняттям ЦК виникла потреба переосмислити деякі теоретичні положення про договір найму. Насамперед це стосується вирішення питання про те, чи можна відносити договір найму до реальних договорів, чи все таки необхідно вважати його консенсуальним договором. Потреба у вирішенні цього питання зумовлена не тільки необхідністю загальнотеоретичної класифікації договору найму, а й необхідністю правильного практичного застосування положень ЦК про договір найму в конкретних правовідносинах, які виникають між сторонами при його укладенні і виконанні. У зв'язку з цим метою даної статті є з'ясування місця договору майнового найму в системі консенсуальних та реальних договорів.

Приступаючи до розв'язання цього завдання, слід зауважити, що концептуальна відмінність консенсуальних договорів від реальних полягає в тому, що для укладення реального договору, крім домовленості його сторін, необхідно щоб одна зі сторін договору вчинила певні дії, наприклад, передала визначене у договорі майно, сплатила гроші або вчинила іншу передбачену договором дію². Слід звернути увагу на те, що класифікація договору як консенсуального або як реального зумовлює застосування різних правових норм, регулюючих укладення договору. Так, для укладення консенсуального договору достатньо, щоб сторони у належній формі досягли згоди з усіх істотних умов. Тому згідно із ч. 1 ст. 640 ЦК консенсуальний договір можна вважати укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції. Якщо ж сторони домо-

¹ Див.: *Витрянский В. В.* Договор аренды и его виды: прокат, фрахтование на время, аренда зданий, сооружений предприятий, лизинг. — М., 1999. — С. 3.

² Див.: Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — К., 2004. — Ч. 2 (коментар до ст. 759 ЦК України).

¹ Див.: *Кутырев М.* Договор аренды по новому Гражданскому кодексу // Донецкий правовой вестник. — 2002. — № 3.

² Див.: Советское гражданское право. Часть первая. — 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. проф. В. Ф. Маслова и проф. А. А. Пушкина. — К., 1983. — С. 402.

вляться укласти договір у певній формі, то відповідно до ч. 2 ст. 639 ЦК він вважатиметься укладеним з моменту надання йому цієї форми, навіть якщо законом ця форма для даного виду договорів не вимагається. Коли сторони домовляться укласти договір у формі єдиного документа, консенсуальний договір вважатиметься укладеним з моменту підписання та скріплення печаткою тексту договору. Якщо ж сторони укладатимуть договір у спрощений спосіб, тобто шляхом обміну листами, факсограмами, телеграмами або телефонограмами, консенсуальний договір вважатиметься укладеним з моменту одержання особою, яка направила листа, факсограму, телеграму або телефонограму з пропозицією укласти договір, повідомлення з відповіддю про прийняття такої пропозиції або з моменту іншого підтвердження її прийняття (яким може бути будь-яка дія, котра засвідчує бажання особи укласти договір).

На відміну від консенсуальних договорів для укладення реального договору недостатньо лише домовленості сторін, необхідно, щоб одна із сторін договору вчинила певну дію. Теоретична конструкція реального договору знайшла закріплення в ч. 2 ст. 640 ЦК. У цій нормі прямо відзначено, що якщо відповідно до акта цивільного законодавства для укладення договору необхідні також передання майна або вчинення іншої дії, договір є укладеним з моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії. З огляду на таку правову конструкцію реального договору можна дійти висновку про те, що положення ч. 1 ст. 640 та п. 2 ст. 639 ЦК не можуть застосовуватися для визначення моменту, з якого реальний договір вважається укладеним.

Отже, є очевидним, що залежно від того, до яких договорів — консенсуальних чи реальних — буде віднесено договір найму, залежатиме вирішення багатьох практичних питань, що виникають при укладенні і виконанні договору найму. Наприклад, якщо дотримуватися традиційних поглядів стосовно консенсуальної природи договору найму, то його можна вважати укладеним з моменту підписання та скріплення печаткою тексту договору; а якщо сторони укладатимуть договір у спрощений спосіб — з моменту одержання особою, яка направила листа, факсограму, телеграму або телефонограму з пропозицією укласти договір, від іншої сторони відповідного повідомлення з відповіддю про прийняття пропозиції або з моменту іншого підтвердження прийняття пропозиції, яким може бути сплата орендної плати або вчинення іншої дії, яка б засвідчувала бажання укласти договір. З моменту укладення договору наймодавець буде зобов'язаний передати наймачеві обумовлене договором майно, а останній буде зобов'язаний сплачувати обумовлену договором орендну плату.

Навпаки, якщо ж дотримуватися точки зору, згідно з якою договір найму може бути реальним, то його можна вважати укладеним лише тоді, якщо наймачеві буде передане обумовлене договором майно. В такому разі підписаний та скріплений печаткою текст договору не матиме юридичної сили договору і не зобов'язуватиме сторони до вчинення взаємних дій. Тому якщо наймодавець відмовиться передати наймачеві у користування обумовлений предмет найму, наймач не матиме права вимагати витребування предмета найму, посилаючись на відповідний договір, бо його ще не існує.

Слід відзначити, що така ситуація є доволі незвичною для договору майнового найму, оскільки підписання та скріплення печаткою тексту договору фактично не зумовлює настання для сторін правових наслідків, а наймодавець фактично втрачає можливість реалізувати низку прав, передбачених у ЦК, наприклад, право вимагати від наймодавця передання майна і відшкодування збитків, завданих затримкою, або право відмовитися від договору і вимагати відшкодування заподіяних збитків (ст. 766 ЦК).

Прийняття ЦК зумовило не тільки появу протилежних точок зору щодо правової природи договору найму в цивільному праві, а й виникнення судових спорів, пов'язаних з укладенням і виконанням договорів найму, які до цього часу не виникали.

Зокрема, як приклад можна навести такий спір. Наймач звернувся до суду з позовом про спонукання до вчинення певних дій. Він просив суд зобов'язати наймодавця передати обумовлені договором споруди із земельною ділянкою, на якій вони розміщені згідно з планом розташування, вказаним у додатку до договору, а також підписати акт про приймання-передачу зазначеного майна. В обґрунтування позовних вимог наймач надав договір оренди. Договір було укладено у спрощений спосіб шляхом надсилання наймодавцем за допомогою факсу підписаного і скріпленого його печаткою тексту договору, в якому були визначені всі істотні для договору найму умови, з подальшим підписанням і скріпленням печаткою одержаної факсограми наймачем. Останній надав до суду копію платіжного доручення про перерахування орендної плати за договором.

Наймодавець проти позову заперечував, посилаючись на те, що наймач не надав підписаного і скріпленого мокрими печатками обох сторін тексту договору, а також підписаного сторонами акта про приймання-передачу обумовленого у договорі майна. Обґрунтовуючи свої заперечення, наймодавець вказував на те, що для укладення спірного договору необхідною умовою є добровільне передання наймодавцем обумовленого у

договорі майна. Такий висновок наймодавець робив, посилаючись на норму п. 1 ст. 795 ЦК, згідно з якою обчислення строку договору найму капітальної споруди починається з моменту підписання сторонами акта про її приймання-передачу. Зважаючи на зазначенні обставини, наймодавець стверджував, що договір фактично не було укладено, оскільки наведені у договорі споруди не були передані наймачеві.

Таким чином, обґрунтовуючи позовні вимоги, наймач схилився до консенсуальної природи договору найму. Наймодавець, навпаки, додержувався протилежної точки зору і розцінював спірний договір найму як реальний. Саме таку позицію зайняв і суд при винесенні рішення. Наймачеві було відмовлено у задоволенні позовних вимог, а судові рішення мотивувалося тим, що він не довів факту укладення спірного договору.

Наймач з винесеним рішенням не погодився і подав апеляційну скаргу. Перевіривши і оцінивши встановлені судом першої інстанції обставини справи, правильність застосування норм матеріального права, апеляційний суд дійшов висновку про порушення судом першої інстанції норм чинного законодавства та невідповідність зроблених висновків фактичним обставинам справи. Апеляційний суд скасував рішення суду першої інстанції та постановив нове рішення, яким позовні вимоги наймача задовольнив у повному обсязі.

Судове рішення апеляційний суд мотивував тим, що укладення спірного договору способом, обраним сторонами, а саме: шляхом надіслання наймачем факсограми (тексту договору з усіма його істотними умовами, підписаного та скріпленого печаткою наймача) та подальшим їх погодженням наймачем (прийняттям до виконання шляхом сплати орендної плати), відповідає вимогам ст. 793 ЦК про письмову форму договору найму, ч. 1 ст. 207 ЦК про письмову форму вчинення правочину, ч. 2 ст. 638 ЦК про спосіб укладення договору шляхом оферти та акцепту, ч. 1 ст. 181 Господарського кодексу України про укладення господарських договорів у спрощений спосіб. З огляду на таке апеляційним судом було зроблено висновок про те, що спірний договір було укладено. Доводи наймача відносно того, що для укладення спірного договору передавання наймачем обумовленого у договорі майна є обов'язковим, апеляційним судом було відхилено з посиланням на те, що згідно зі ст. 765 та ст. 766 ЦК передавання предмета найму в тимчасове користування за договором найму є обов'язком наймача, а вимагати передавання предмета найму у користування є правом наймача. Відтак, апеляційний суд при ухваленні рішення виходив з того, що договір найму є консенсуальним.

Отже, наведений приклад показує, що віднесення договору найму до реальних договорів зумовлює низку проблем, пов'язаних із застосуванням як загальних норм про договірне зобов'язання, так і окремих норм про договір найму. У зв'язку з цим закономірно постає питання про те, наскільки доречним та виваженим є посилання на нове визначення договору найму, що міститься у ЦК, щоб відносити його до реальних договорів.

Відповідаючи на це запитання, слід зазначити, що у судовій практиці та науковій доктрині вже існують приклади розв'язання подібних проблем. Зокрема, можна згадати кредитний договір, відносно якого в судових спорах доволі часто ставилося питання про те, чи слід розцінювати кредитний договір як реальний, чи все-таки слід відносити його до консенсуальних договорів. Так, обґрунтовуючи належність кредитного договору до реальних договорів, можна посилатися на його родову належність до договору позики, стосовно якого прямо передбачено, що він є укладеним з моменту передавання грошей або інших речей, визначених родовими ознаками (абз. 2 ч. 1 ст. 1046 ЦК). Навпаки, обґрунтовуючи належність кредитного договору до консенсуальних договорів, можна посилатися на його визначення як взаємного договору, відповідно до якого банк або інша фінансова установа зобов'язується надати грошові кошти позичальникові у розмірі та на умовах, встановлених договором, а позичальник зобов'язується повернути кредит та сплатити проценти (ч. 1 ст. 1054 ЦК). Існування таких протилежних поглядів щодо правої природи кредитного договору тривалий час було причиною судових спорів, які виникали з приводу того, що кредитна установа не надавала грошові кошти в обумовлений договором строк, а позичальник не мав права вимагати від неї надати їх, посилаючись на кредитний договір як на укладений.

Звернувшись до розв'язання цієї проблеми, Вищий господарський суд України виходив із консенсуальної природи кредитного договору. Так, узагальнюючи практику вирішення господарськими судами спорів, пов'язаних з укладенням та виконанням кредитних договорів, Вищий господарський суд України звернув увагу на те, що у разі виникнення спору стосовно моменту, з якого кредитний договір набирає чинності, судам необхідно виходити з того, що момент укладення кредитного договору збігається із наданням договору належної письмової форми, а надання коштів є вже виконанням обов'язку за кредитним договором. Тому перерахування кредитних коштів позичальникові визначає не момент укладення кредитного договору, а зумовлює виникнення обов'язку позичальника повернути кредитні кошти та право кредитної установи

нараховувати і вимагати сплати відсотків за користування кредитом. Таким чином, з моменту надання кредитному договору належної письмової форми кредитна установа стає зобов'язаною відкрити позичальникові обумовлений договором банківський рахунок та перерахувати кредитні кошти, після чого набуває право вимагати від позичальника повернути кредитні кошти і сплатити проценти (п. 3 Роз'яснення Вищого арбітражного суду України «Про питання практики вирішення спорів, пов'язаних з укладанням та виконанням кредитних договорів»)¹.

Слід звернути увагу на те, що питання стосовно розрізнення реальних і консенсуальних договорів порушувалося і в науці цивільного права. Зокрема, ця проблема стосувалася договорів, виконуваних у момент укладення. Так, розглядаючи такі договори, В. Тархов наголошував на тому, що доволі часто плутають дії, спрямовані на укладення договору, з діями, спрямованими на виконання обов'язків за укладеним договором². Висновок, зроблений ним, заслуговує на увагу, адже з юридичної точки зору укладення договору і виконання сторонами обов'язків за договором треба розрізняти навіть і тоді, коли момент укладення договору фактично збігається із виконанням сторонами обов'язків за договором³.

Разом з тим треба відзначити, що поряд з договорами, які виконуються при укладенні, існують договори, які схожі на реальні, але до них їх відносити не можна. Зокрема, до них належать консенсуальні договори, в яких виконання обов'язків за договором відбувається в порядку зустрічного виконання. Такі договори називають синалагматичними⁴. Особливість договорів із зустрічним виконанням полягає в тому, що в них виконання обов'язків однієї із сторін обумовлюється виконанням обов'язків іншою стороною (ч. 1 ст. 538 ЦК). Між тим, незважаючи на те що в таких договорах сторони є зобов'язаними лише після вчинення певних дій, їх не можна ототожнювати із реальними договорами. Адже юридичне значення зустрічного виконання полягає лише в тому, що за однією зі сторін закріплюється

право відмовитися від виконання обов'язків до тих пір, поки інша сторона не виконає своїх обов'язків за укладеним договором¹. Реальний же договір до вчинення певних дій вважається ще неукладеним.

Слід звернути увагу на те, що сутність принципу зустрічного виконання договору дає змогу інакше підійти до питання стосовно віднесення договору найму до консенсуальних чи реальних договорів. Зокрема, з огляду на принцип зустрічного виконання в багатьох юридичних виданнях договір найму відносять до синалагматичних договорів, при цьому його консенсуальна природа не ставиться під сумнів. Наприклад, В. Вітрянський, вказуючи на синалагматичний характер договору найму, без будь-яких винятків відносить його до консенсуальних договорів. На його погляд, принцип зустрічного виконання зумовлює лише те, що за договором найму наймач зобов'язаний сплачувати орендну плату лише після одержання майна в користування, а наймодавець, який не надав у користування обумовлене договором майно, не має права вимагати плати за договором. При цьому, В. Вітрянський звертає увагу на те, що сторони можуть встановити в договорі інший порядок зустрічного виконання².

Таким чином, беручи до уваги наведені обставини, можна зробити деякі висновки щодо тлумачення нового поняття договору, яке закріплене в ЦК, не порушуючи його консенсуальної природи.

По-перше, договір найму, в якому зазначається, що наймодавець передає наймачеві майно, не можна вважати реальним, оскільки така позиція не відповідатиме загальним нормам ЦК про укладення договору і окремим нормам про договір найму. По-друге, в договорі найму, в якому відзначено, що наймодавець передає наймачеві майно, а не зобов'язується його передати, сторони виконують обов'язки в порядку зустрічного виконання, а саме: наймодавець сплачує орендну плату лише після одержання майна в користування.

Надійшла до редколегії 05.04.05

¹ Див.: Арбитражное судопроизводство: Сборник нормативных актов Высшего арбитражного суда Украины / Сост. и ред. Стаматина. – Х., 1999.

² Див.: Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть: Курс лекций. – Чебоксары, 1997. – С. 218.

³ Наприклад, покупець за договором роздрібної купівлі-продажу зобов'язаний оплатити товар за ціною, оголошеною продавцем в момент укладення договору, якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті зобов'язання (п. 1 ст. 706 ЦК). Тому договір роздрібної купівлі-продажу може бути укладено шляхом сплати покупцем ціни товару.

⁴ Особливість синалагматичних договорів полягає в тому, що в них одна із сторін договору є зобов'язаною, тільки якщо інша повністю або частково виконає своє зобов'язання (див.: Саватьє Р. Теория обязательств. – М., 1972. – С. 217).

¹ Як зазначав В. Грибанов, юридичне значення зустрічного виконання полягає в тому, що за стороною договору закріплюється право відмовитися від виконання обов'язків перед іншою стороною доти, доки така сторона не виконає своїх обов'язків (див.: Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. – М., 2000. – С. 142).

² Див.: Вітрянський В. В. Вказ. праця. – С. 79–80.

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

Ю. Битяк, професор НЮА України,
директор Інституту державного будів-
ництва та місцевого самоврядування
АПрН України

Проблеми нормативно-правового регулювання оцінки діяльності державних службовців та посадових осіб органів місцевого самоврядування

Процеси формування кадрового апарату та проходження державної служби і служби в органах місцевого самоврядування (публічної служби) полягають у доборі, підготовці, перепідготовці, розстановці кадрів, підвищенні їх кваліфікації. Однак правильне використання кадрів не закінчується заповненням вакантних посад, оскільки це постійний процес, пов'язаний з пошуком найбільш компетентних, висококваліфікованих фахівців, їх висуненням на відповідні посади, перестановкою в разі необхідності.

Питання оцінки діяльності державних службовців, їх атестації знаходяться в центрі уваги науковців та практичних працівників, які досліджують проблеми організації й правового забезпечення роботи з кадрами. Зокрема, цими питаннями останнім часом тією чи іншою мірою займалися В. Авер'янов, О. Андрійко, Д. Бахрах, Л. Біла, С. Дубенко, В. Кравець, Г. Леліков, Н. Нижник, О. Оболенський, І. Пахомов, О. Петришин, Ю. Старілов, Г. Шишко та ін. Незважаючи на їх значний внесок у розв'язання проблеми оцінки діяльності державних службовців та службовців органів місцевого самоврядування, деякі питання організаційного характеру й законодавчого регулювання цієї діяльності залишаються невирішеними. Виникає потреба в підготовці теоретичної бази стосовно кадрової роботи та визначення шляхів удосконалення законодавства щодо встановлення результатів службової діяльності керівників і фахівців.

Результати підготовки, перепідготовки, підвищення кваліфікації, оцінки ефективності діяльності керівників і спеціалістів по виконанню

покладених на них завдань і функцій, обов'язків, відповідності їх за діловими та моральними якостями займаним посадам або посадам, на заміщення яких вони претендують, визначаються шляхом періодичної оцінки їх діяльності.

Оцінка діяльності державних службовців здійснюється у двох формах: поточна оцінка — кожного року; загальноновизнана організаційно-правова оцінка, яка проводиться періодично, — атестація.

Щорічна оцінка виконання державними службовцями покладених на них обов'язків і завдань проводиться, по-перше, з метою здійснення регулярного контролю за проходженням державної служби та професійними досягненнями державних службовців; по-друге, для поліпшення добору й розстановки кадрів, розвитку ініціативи і творчої активності державних службовців, визначення їх потенціалу, потреб у підвищенні кваліфікації та особистому розвитку, планування кар'єри, вдосконалення процесу планування та організації діяльності як державного службовця, так і державного органу в цілому, виявлення організаційних проблем та оперативного реагування на них, аналізу виконання посадових інструкцій. Вона проводиться безпосередніми керівниками шляхом перевірки якості діяльності державних службовців відповідно до посадових інструкцій і особистих планів роботи¹.

Встановлений Головним управлінням державної служби України Загальний порядок проведення щорічної оцінки викликає неоднозначне ставлення до нього. Звертає на себе увагу незбігання мети щорічної оцінки виконання державними службовцями покладених на них обов'язків і завдань з підсумковим оцінюванням діяльності службовця, де вже йдеться не про розвиток ініціативи і творчої активності, визначення їх потенціалу, потреб у підвищенні кваліфікації, вдосконаленні процесу планування та організації діяльності та ін., а лише про рівень виконання обов'язків.

Оскільки не існує єдиної системи оцінки професійних, ділових, моральних якостей (про моральні якості в Загальному порядку взагалі не йде, хоча вони мають важливе значення і можуть слугувати підставою для звільнення з посади), а критерії та показники якості роботи державного службовця не враховують специфіку державної служби (до речі, серед критеріїв названо і «етика поведінки», що фактично одне і те ж саме), то можливі різні підходи до оцінки як самих критеріїв, показників оцінки, так і до об'єктивності самої оцінки. Якщо ж урахувати, що

¹ Див.: Про затвердження Загального порядку проведення щорічної оцінки виконання державними службовцями покладених на них обов'язків і завдань: Наказ Головного управління державної служби України від 31.10.2003 р. // Офіц. вісник України. — 2003. — № 48. — Ст. 2546.

оцінку здійснює безпосередній керівник, а Загальний порядок надає йому значні можливості для розсуду, то важко говорити про певну об'єктивність оцінки та її вплив на підвищення професіоналізму державного службовця. На щорічну оцінку можуть істотно впливати такі чинники, як рівень правової культури і професіоналізму керівника та кадрових служб, що здійснюють оцінку, їх психологічні риси, як і характерні риси особи, стосовно якої проводиться оцінка, її особиста оцінка результативності своєї діяльності.

Процедура (механізм) оцінки, наведена у Додатку № 1 до Загального порядку, полягає у проведенні співбесіди з керівником, кадровою службою та встановленням показників якості роботи державного службовця. Перелічені у Додатку № 1 показники і критерії достатньо продумані й обгрунтовані. Однак, на наш погляд, було б корисним доповнити їх ще й іншими методами, які можуть надати більш об'єктивну характеристику діяльності державних службовців, — проведення ділових ігор, складання іспитів, тестування, програмований контроль тощо.

Щорічна оцінка виконання державними службовцями покладених на них обов'язків і завдань, безумовно, має певне значення при їх атестації, розгляді питань просування по службі, присвоєнні чергового рангу, встановленні надбавок, премій, формуванні кадрового резерву тощо. Але слід враховувати, що ці питання мають вирішуватися безпосередніми керівниками державних службовців не лише при проведенні заходу в січні–лютому кожного року, а постійно, що на практиці і робиться. Адже важко уявити, що керівник для переміщення за посадою, присвоєння рангу, призначення на вакантну посаду тощо чекатиме на проведення щорічної оцінки. Тому вважаємо, що завищувати значення щорічної оцінки виконання державними службовцями покладених на них обов'язків і завдань недоцільно.

Атестація як головна форма перевірки і оцінки якості управлінських кадрів виконує достатньо важливі функції та є принциповим компонентом усієї кадрової роботи. Атестація спрямована на розвиток управлінського потенціалу державних органів, органів місцевого самоврядування, їх апаратів, підвищення ефективності реалізації управлінських функцій, організацію роботи апарату, вдосконалення діяльності з підготовки, добору, розстановки і переміщення кадрів. Одночасно вона сприяє раціональному використанню творчого потенціалу кожного атестованого, позитивно впливає на професійне зростання й громадську активність.

Правове регулювання атестації кадрів державних органів та органів місцевого самоврядування має стати важливою невід'ємною складовою всієї системи кадрової роботи. На сьогодні атестація державних служ-

бовців проводиться згідно з Положенням про проведення атестації державних службовців, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2000 р.¹, на основі Методичних рекомендацій щодо застосування Положення про проведення атестації державних службовців, яке затверджене Наказом Голодержслужби України від 2 березня 2001 р.²

Щодо конституційності постанови стосовно Положення про проведення атестації державних службовців було порушено справу в Конституційному Суді України (справа про атестацію державних службовців). На думку суб'єкта конституційного подання (51 народного депутата України), «Конституція України та Закон України “Про державну службу” не наділили Кабінет Міністрів України правом перевіряти фахові та особисті якості державних службовців органів законодавчої, виконавчої, судової влади шляхом проведення їх атестації», а в разі звільнення державного службовця за результатами атестації буде порушено вимоги положень ч. 6 ст. 43 Конституції України щодо гарантування захисту громадян від незаконного звільнення.

Конституційний Суд України дійшов висновку про те, що постанова не встановлює достатніх підстав для припинення державної служби у разі визнання державного службовця таким, що не відповідає займаній посаді, не порушує гарантій захисту громадян від незаконного звільнення з роботи і не суперечить ч. 6 ст. 43 Конституції України, а тому визнав постанову конституційною³.

Відповідно до Положення атестація проводиться з метою підвищення ефективності діяльності державних службовців та відповідальності за доручену справу один раз на три роки. Під час атестації оцінюються результати роботи, ділові та професійні якості, виявлені працівниками при виконанні службових обов'язків, визначених типовими професійно-кваліфікаційними характеристиками посад і відображених у посадових інструкціях, що затверджуються керівниками державних органів. Ате-

¹ Див.: Про затвердження Положення про проведення атестації державних службовців: Постанова Кабінету Міністрів України від 28.12.2000 р. // Офіц. вісник України. – 2001. – № 1. – Т. 1. – Ст. 27.

² Див.: Державна служба в Україні // Бюл. законодавства і юрид. практики України. – К., 2002. – С. 201–226.

³ Див.: У справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про проведення атестації державних службовців» (справа про атестацію державних службовців): Рішення Конституційного Суду України від 08.07.2003 р. № 15-рп/2003 // Офіц. вісник України. – 2003. – № 29. – Ст. 1487.

тації підлягають державні службовці усіх рівнів. Для організації та проведення атестації наказом керівника державного органу утворюється атестаційна комісія, яка повинна забезпечувати об'єктивний розгляд і професійну оцінку діяльності державного службовця щодо виконання покладених на нього службових обов'язків, а також принциповий підхід у підготовці рекомендацій для подальшого використання його досвіду і знань у роботі державного органу.

Дієвість атестації залежить від низки чинників, зокрема, від того, наскільки обґрунтовано й продумано вимоги, пов'язані з окремими етапами роботи з організації і проведенням атестації, оформленням необхідної документації; рівня кваліфікації керівника, секретаря і членів комісії; забезпечення умов для проведення атестації; забезпечення можливостей щодо виконання рекомендацій атестаційної комісії; рівня правової врегульованості порядку проведення атестації.

На останньому чиннику слід заострити особливу увагу, оскільки чим досконалішими будуть правові норми щодо проведення атестації, тим ефективнішими будуть її результати, що дозволить більш глибоко вивчити кадри, об'єктивно оцінити їх, поліпшити їх добір і розстановку, комплектування апарату кваліфікованими фахівцями. З цього приводу, на нашу думку, відносини щодо проведення атестації державних службовців та посадових осіб органів місцевого самоврядування доцільно врегулювати на рівні закону. Це підвищить роль і значення роботи з проведення атестації та самої атестації, сприятиме формуванню правової бази регулювання державно-службових відносин на рівні закону, створенню їх цілісного комплексу. Крім того, атестація проводиться не тільки в системі органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, а й в інших державних органах, що становлять окремі гілки влади.

Є й змістовні елементи правового забезпечення атестаційної роботи. Так, у законі мають бути закріплені завдання атестації, оскільки вона не може зводитися лише до збирання, аналізу й узагальнення інформації про службовця, який атестується, його ділові й професійні якості, висновки щодо відповідності обійманій посаді та оцінки результатів роботи. Атестація повинна мати своїми завданнями: виявлення перспективи в службовій кар'єрі особи, яка атестується, її потенційних можливостей, а також забезпечення просування по службі; стимулювання управлінської праці; вдосконалення форм і методів роботи, її стилю; розвиток гласності, врахування громадської думки в реалізації кадрової політики, її демократизацію; забезпечення контролю за кадровою роботою, в тому числі громадського; боротьбу з корупцією та бюрократизмом; виявлення моральних та психологічних якостей службовців; зміцнення службо-

вої дисципліни. На ці завдання атестації неодноразово зверталася увага в спеціальній літературі¹.

Більш широко в законодавстві має бути визначено мету атестації. Крім підвищення ефективності діяльності державних службовців та їх відповідальності за доручену справу, атестація проводиться з метою визначення шляхів раціонального використання кадрів, поліпшення їх роботи та їх усунення, створення дійового резерву.

На наш погляд, у Положенні про проведення атестації державних службовців недостатньо повно визначено права й обов'язки атестаційної комісії, критерії та методи оцінки якостей державного службовця. В основу рішення атестаційної комісії покладено службову характеристику, атестаційний лист попередньої атестації, щорічні оцінки виконання державним службовцем покладених на нього завдань та обов'язків за період після попередньої атестації, співбесіду з особою, яка атестується, та її безпосереднім керівником.

У разі незгоди з відомостями у службовій характеристиці державний службовець може подати до комісії відповідну заяву, обґрунтування, додаткові відомості щодо своєї службової діяльності. Таким чином, підтвердження ділових, професійних, моральних якостей при виникненні спірних питань покладено на державного службовця. В зв'язку з цим особиста співбесіда (звіт про роботу) особи, яка атестується, з членами комісії в присутності безпосереднього керівника є надзвичайно важливою.

З огляду на те, що будь-які методи оцінки службовця несуть елемент суб'єктивності, вважаємо за доцільне надати комісії право за своєю ініціативою одержувати відомості (додаткову інформацію) щодо службовця у відповідному органі чи у його керівника, провести бесіду в колективі, де він працює, ставити питання безпосередньому керівнику. Заради об'єктивності слід також зобов'язати членів атестаційної комісії знайомитися з службовою характеристикою особи, яка атестується, а комісію — попередньо перевіряти правильність і достовірність наданих матеріалів, роз'яснювати на засіданні права й обов'язки такої особи, своєчасно оформляти протоколи засідання комісії.

¹ Див.: *Старилов Ю. Н.* Аттестация кадров аппарата управления (на материалах аттестационной практики советских органов УГЭР): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1989; *Кравець В. Р.* Атестація державних службовців в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2004; *Шишко Г. Б.* Аттестация кадров: организационно-правовой аспект. – Мн., 1986; *його ж.* Аттестация кадров: правовые аспекты. – Мн., 1994; *Мелешко Х. Т.* Правовые проблемы аттестации рабочих и служащих. – Мн., 1990; *Грозман В. А.* Право и проверка деловых качеств работников. – М., 1981 та ін.

Необхідно також звернути увагу ще на одне питання: наскільки рекомендації атестаційної комісії є обов'язковими для керівника за умови прийняття рішення як про невідповідність займаній посаді, так і про відповідність займаній посаді за умови виконання рекомендації щодо підвищення кваліфікації з певного фахового напрямку або про відповідність займаній посаді, коли надаються рекомендації стосовно зарахування працівника до кадрового резерву, стажування на більш високій посаді, присвоєння більш високого рангу державного службовця, встановлення надбавки, зміни її розміру, порушення клопотання про продовження строку перебування на державній службі? Адаже навіть при позитивному рішенні атестаційної комісії про відповідність державного службовця займаній посаді рекомендації не завжди можуть бути реалізовані (відсутність місця в резерві, грошових коштів на встановлення надбавки та ін.). Що ж стосується порушення клопотання про продовження строку перебування на державній службі, то воно може мати місце лише за згодою державного службовця.

Атестація — це один із способів спонукати державних службовців краще виконувати свої обов'язки, постійно працювати над собою, оцінка їх службової діяльності та можливостей для подальшого вдосконалення. Атестація корисна в організаційному і виховному аспектах, оскільки дозволяє розкрити творчий потенціал державного службовця, можливості використання його на займаній чи інших посадах у подальшому, напрями підвищення кваліфікації чи перепідготовки.

Безумовно, щорічна оцінка виконання державними службовцями покладених на них завдань і обов'язків, їх періодична атестація можуть породжувати нестандартні, а часом і конфліктні ситуації. Тому чіткий порядок проведення щорічних оцінок та атестації, об'єктивність висновків та рекомендацій за їх результатами мають важливе значення для розв'язання кадрових проблем, підвищення ефективності роботи державних службовців, активізації й актуалізації їх навчання з метою вдосконалення управлінської діяльності.

Атестація державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування є важливою складовою всієї системи публічної служби, її проходження. В Законі України «Про державну службу» питання атестації державних службовців не врегульовано, а тому в практичній діяльності виникають певні проблеми. Те, що в даний час правове регулювання атестації державних службовців здійснюється значним масивом нормативно-правових актів різної юридичної сили, само по собі є обґрунтованим. Атестація проводиться в різних державних органах, різних структурах хоча і єдиною системою органів виконавчої влади, але

вони мають свої специфічні функції, завдання й обов'язки. Проведення атестації в системі органів внутрішніх справ має свої особливості і не може бути повністю тотожним з проведенням атестації в митних органах, обласних державних адміністраціях, як і в інших органах державної влади. Тому діють галузеві або за сферами діяльності положення й інструкції щодо проведення атестації працівників, наприклад, Положення про атестування прокурорсько-слідчих працівників органів прокуратури України, Інструкція про проведення атестації особового складу органів внутрішніх справ України, Інструкція про атестацію службових осіб митних органів України та ін.

Разом з тим атестація державних службовців прямо стосується проходження державної служби, що становить основу державно-службових відносин, основу державної служби, у зв'язку з чим саме і виникає необхідність врегулювання державно-службових відносин, що постають у процесі атестації державних службовців на рівні закону, як того вимагає Конституція України. Розв'язання цієї проблеми можливе через прийняття Закону України «Про атестацію державних службовців в Україні» (можливо, як варіант, і посадових осіб місцевого самоврядування) або в окремому розділі нового Закону України «Про державну службу» та шляхом доповнення до Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування», де доцільно закріпити поняття, принципи, мету (цілі) атестації, завдання, права й обов'язки атестаційних комісій, права й обов'язки осіб, що атестуються, процедуру (механізм) атестації тощо. Нормативно-правові акти нижчого рівня (Кабінету Міністрів України, міністерств, інших органів виконавчої влади) прийматимуться на основі загальних правил, визначених Законом, конкретизуватимуть їх та регулюватимуть (встановлюватимуть) особливості атестації державних службовців окремих галузей і сфер державної діяльності, посадових осіб органів місцевого самоврядування.

Надійшла до редколегії 10. 10. 05

ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

С. Шевчук, професор Міжнародного
Соломонового Університету

Принцип рівності у європейському та порівняльному конституційному праві (до рішення Конституційного Суду України у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу)

Принцип рівності належить до найвищих фундаментальних принципів конституційного рівня та входить до концепції верховенства права¹. Вже є декілька рішень Конституційного Суду України, де розглянуто окремі аспекти застосування цього принципу². Одним із останніх рішень, в якому Конституційний Суд України звернувся до цієї проблематики, є рішення³ у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу, який відповідно до абз. 2 ч. 1 ст. 39 Закону України від 17 січня 2002 р. № 2984-III «Про вищу освіту» не може перевищувати шістьдесят п'ять років. Ці положення Закону було визнано такими, що не відповідають положенням Конституції України та, зокрема, конституційному принципу рівності, а тому — неконституційними.

¹ Див., напр.: *Dacey A. Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th edn., 1965). – Р. 202–203.

² Див.: Рішення у справі про призначення судом більш м'якого покарання від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004; Рішення у справі про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів від 23 жовтня 2003 р. № 17-рп/2003; Рішення у справі про мораторій на примусову реалізацію майна від 10 червня 2003 р. № 11-рп/2003; Рішення у справі про оподаткування підприємств з іноземними інвестиціями від 29 січня 2002 р. № 1-рп/2002; Рішення у справі про статус народного депутата України від 10 травня 2000 р. № 8-рп/2000; Рішення у справі про віковий ценз від 18 квітня 2000 р. № 5-рп/2000; Рішення у справі про вибори народних депутатів України від 26 лютого 1998 р. № 1-рп/98.

³ Див.: Рішення у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу від 7 липня 2004 р. № 14-рп/2004.

По своїй суті це рішення є дуже схожим із рішенням Конституційного Суду України у справі про віковий ценз¹, де було оскаржено положення Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини», за яким Уповноваженим може бути призначено громадянина України, котрий на день обрання досяг 40 років. Конституційний Суд України визнав конституційність цих положень: «З огляду на особливу важливість його діяльності, змістом якої є здійснення парламентського контролю за додержанням конституційних прав і свобод людини і громадянина, Верховна Рада України повноважна встановлювати кваліфікаційні вимоги до особи, яка претендує на цю посаду. Конституція України (стаття 101) цього не забороняє. До таких кваліфікаційних вимог належать, зокрема, життєвий досвід та соціальна зрілість, які набуваються лише з досягненням певного віку.

Критерієм у законодавчому встановленні кваліфікаційних вимог до віку є доцільність»².

Отже, з огляду на логіку цієї аргументації законодавчий орган може встановити вікові вимоги щодо зайняття певних категорій посад, й це буде завжди конституційним. При прийнятті цього рішення Суд не взяв до уваги позицію судді-доповідача у цій справі М. Козюбри, яку він виклав потім в окремій думці щодо того, що обмеження прав і свобод людини і громадянина, включаючи цензи, не повинні встановлюватися законами, якщо вони не передбачені в конституції, або якщо конституція не передбачила можливість встановлення їх законом.

Конституційний Суд України неодноразово зазначав, що «винятки стосовно прав і свобод людини і громадянина встановлюються самою Конституцією, а не законами чи іншими нормативними актами»³. Тому можливість певного обмеження конституційних прав, у тому числі на підставі вікових ознак, повинна бути прямо вказана у конституційному тексті.

Насправді у багатьох нормативно-правових актах встановлюються певні кваліфікаційні вимоги щодо віку, причому вони приймаються не тільки у порядку реалізації конституційних вимог. Так, класичним проявом цього підходу є ч. 2 ст. 15 Закону України від 30 червня 1993 р. «Про дорожній рух», згідно з якою право на керування транспортними

¹ Див.: Рішення у справі про віковий ценз від 18 квітня 2000 р. № 5-рп/2000.

² Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997–2001/ Відп. ред. П. Б. Євграфов. – К., 2001. – С. 68.

³ *Справа про смертну кару*. Рішення Конституційного Суду України № 11-рп/99, пара. 4. Див. також: *Справа К. Г. Устименка*. Рішення Конституційного Суду України № 5-зп, пара. 4 резолютивної частини.

засобами надається: мототранспортними засобами і мотоколясками — з шістнадцятирічного віку; автомобілями всіх видів і категорій (за винятком автобусів і вантажних автомобілів, обладнаних для перевезення більше восьми пасажирів), трамваями і тролейбусами — з вісімнадцятирічного віку; автобусами і вантажними автомобілями, обладнаними для перевезення більше восьми пасажирів, — з дев'ятнадцятирічного віку.

Відтак, головним критерієм конституційності законодавчих обмежень за віком все ж таки є не тільки наявність відповідних конституційних положень, що уповноважують їх встановлення, або необмежена воля законодавця (питання законодавчої доцільності), а чіткий прояв суспільного інтересу, що лежить в основі вікового розрізнення. На прикладі зазначеного розрізнення за віком можна припустити, що суспільний інтерес полягає у забезпеченні безпеки дорожнього руху, що пов'язано з віковими фізичними можливостями людини (керувати мотоколясками у шістнадцять років, а у дев'ятнадцять — автобусами та вантажними автомобілями, що обладнані для перевезення більше восьми пасажирів).

Причому всі законодавчі розрізнення слід розглядати з точки зору відповідності конституційному принципу рівності, який не тільки забороняє свавільну дискримінацію (ставлення до всіх осіб у однаковій ситуації має бути однаковим — принцип формальної рівності), а й вимагає поважати певні «належні» та необхідні відмінності, що пов'язані зі статусом певних осіб.

Показовим у цьому відношенні є рішення Конституційної Ради Франції у справі про представництво професорського складу у радах університетів. Відповідно до нового закону про університети, в якому було встановлено, що до рад університетів, які до прийняття цього закону формувалися лише професорсько-викладацьким складом та студентами, одержували право обирати та бути обраними інші наймані працівники університетів. З огляду на структуру французьких університетів це вело до того, що такі працівники по суті формували б політику університету, оскільки вони чисельно переважали у цих радах. Конституційна Рада Франції визнала такий закон неконституційним, оскільки приналежність професорсько-викладацького складу до тієї ж групи виборців, що й інші наймані працівники, матиме наслідком те, що особи з найвищою академічною кваліфікацією не можуть обирати до складу рад чи комітетів своїх колег на основі власної оцінки їх здібностей, оскільки більшість серед виборців в університетах становитимуть наймані працівники¹.

¹ Див.: *Decision No. 83–165, January 20, 1984*. Огляд цієї справи див.: Bell J. *French Constitutional Law*. – Oxford Press, 1992. – p. 155–156.

Принцип рівності у сучасних конституційних демократіях потенційно становить найважливішу концепцію, що накладає суттєве конституційне обмеження на діяльність законодавчої та виконавчої гілок влади¹. Цей принцип може розумітися та захищатися по-різному, залежно від того, чи розуміється цей принцип широко або вузько, чи застосовується він при захисті однієї особи або групи осіб, чи розуміється він як такий, що забороняє певні види дискримінації, чи вимагає він рівного розподілу суспільного блага або встановлює обов'язок позитивних дій держави для забезпечення такого рівного розподілу².

Більше того, принцип рівності може мати визначальний характер для захисту інших конституційних прав, таких як свобода вираження³, свобода віросповідання⁴, право на приватне життя⁵. Не викликає сумніву, що цей принцип є, так би мовити, втіленням загальної концепції справедливості, яка, в свою чергу, залежить від існуючої в суспільстві системи моральних цінностей або, іншими словами, природного права⁶. З огляду на такий взаємозв'язок між мораллю та правом принцип рівності залежить не тільки від соціальних і культурних змін, а й також від змін у правосвідомості⁷.

Принцип рівності конституційних прав і свобод, закріплений у ст. 24 Конституції України, визначає параметри правової системи України,

¹ В конституційному та міжнародному праві розвиток сучасної доктрини та судової практики щодо принципів рівності й недискримінації є результатом розвитку правових систем другої половини ХХ ст. (див.: *Barcelona Traction Case* [1970] ICJ 3, 32). Див. також: Окрема думка судді Танака у справі *South West Africa Case* [1966] ICJ 286–301; I. Brownlie *Principles of Public International Law* (5th edn, 1999), 602.

² Докладніше див.: *Rosenfeld M. Towards a Reconstruction of Constitutional Equality// in Western Rights? Post-Communist Application* (ed. A. Sajo, 1996), 161ff; *Wurtenberger T. «Equality» in The Constitution of the Federal Republic of Germany* (ed. U. Karpen, 1988), 67ff.

³ Див., напр.: *Karst K. Equality as a Central Principle in the First Amendment// University of Chicago Law Review*. – 1975. – N.43. – P. 20.

⁴ Див., напр.: *Eisgruber C., Sager L. The Vulnerability of Conscience: The Constitutional Basis for Protecting Religious Conduct // University of Chicago Law Review*. – 1994. – N 61. – P. 1245.

⁵ Див., напр.: *Ginsburg R. Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade// North Carolina Law Review*. – 1985. – N. 63. – P. 375; *Karst K. Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendments// Harvard Law Review*. – 1977. – N. 91. P. 1.

⁶ Див.: *Шевчук С. Природно-правові засади конституційного права // Укр. право*. – 2000. – № 1. – С. 80–95.

⁷ Див.: T. Wurtenberger “Equality” in *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (ed. U. Karpen, 1988), 72–73.

а також додатково застосовується при захисті цих прав і свобод. Це нагадує застосування ст. 14 Європейської Конвенції про захист прав людини і основних свобод, яка забороняє дискримінацію. Відповідно до практики Європейського Суду з прав людини для встановлення порушення ст. 14 необхідно довести наявність трьох елементів: 1) державний захід, дія чи бездіяльність, які оскаржуються, повинні підпадати під сферу дії іншого положення Конвенції, яким закріплено певні права і свободи¹; 2) наявність різниці у поводженні порівняно з іншими особами, що перебувають в аналогічному або подібному становищі; 3) така різниця не є виправданою².

Перший елемент ґрунтується на тому, що «... хоча застосування статті 14 не обов'язково вимагає доведення порушення [матеріальних] положень — і такою мірою вона має автономне значення — вона не може застосовуватись, якщо обставини справи не підпадають під дію того чи іншого матеріального положення [Європейської Конвенції]»³.

Другий елемент стандарту вимагає доведення, що: 1) поводження із позивачем є суттєво відмінним і менш сприятливим, ніж з іншими; 2) підставою для розрізнення є особиста характеристика або статус позивача; 3) інші, з якими позивач порівнює себе, перебувають в аналогічній ситуації⁴.

Щодо третього елемента відсутні нормативні підстави в тексті ст. 14. Однак Суд відкинув аргумент, що базувався на французькій версії тексту Конвенції, що будь-яке розрізнення у поводженні становить дискримінацію в сенсі ст. 14, як абсурдний⁵. Суд вказав, що принцип рівності є порушеним, якщо відсутнє «розумне та об'єктивне» виправдан-

¹ Однак на практиці Європейський Суд не вважає, як правило, за потрібне розглядати окремі вимоги відносно порушення ст. 14, якщо було встановлено порушення іншого положення Конвенції. Критерій, за яким Суд визначає необхідність розглядати вимоги щодо порушення ст. 14 Конвенції, було сформульовано у справі *Airey v. Ireland*, і звертається до вимог за ст. 14, якщо «явна нерівність у поводженні при здійсненні певного права становить основоположний аспект справи». (*Airey v. Ireland*, (1979) 2 EHRR 305, para. 30). Тим не менш Суд не встановив у своїй практиці ті критерії, які визначають нерівність як «основоположний аспект справи». (пор., напр.: *Dungeon v. United Kingdom* (1981) 4 EHRR 149, para. 69; *Lustig-Prean v. United Kingdom* (1999) 6 BHRC 65, para. 108–109; *Norris v. Ireland* (1988) 13 EHRR 186).

² Див.: *Clayton R., Tomlinson H. The Law of Human Rights.* – Oxford University Press. – 2000. – P. 1234.

³ *Rasmussen v. Denmark* (1984) 7 EHRR 371, para. 29

⁴ Див.: Огляд практики Європейського Суду *Clayton R., Tomlinson H.* Вказ. праця. – P. 1238.

⁵ Див.: *Belgian Linguistic Case (No.2)* (1968) 1 EHRR 252, para. 10

ня розрізнення¹. За визначенням Суду, «наявність такого виправдання повинна оцінюватись з огляду на цілі та вплив заходу» (курсив мій. — С. Ш.), що розглядається, зважаючи при цьому на принципи демократичного суспільства»². Суд також зазначив, що ст. 14 все ж таки буде порушена, якщо «відсутнє розумне співвідношення пропорційності між застосованими засобами та метою, на досягнення якої вони спрямовані»³, тобто критерієм відповідності принципу рівності (заборона дискримінації), що міститься у ст. 14 Конвенції, є принцип пропорційності.

Заборону як прямої, так і непрямої (фактичної) дискримінації було встановлено Радою Європейського Союзу у Директиві 2000/78/ЄС від 27 листопада 2000 р., де закріплюються загальні підходи щодо рівного ставлення при працевлаштуванні та у трудовій діяльності⁴. Цей акт було схвалено з метою боротьби з дискримінацією за ознаками релігії або переконання, фізичних вад, віку або сексуальної орієнтації при працевлаштуванні та трудовій діяльності⁵. Стаття 2 Директиви передбачає такі форми забороненої дискримінації:

– пряма дискримінація, яка має місце тоді, коли ставлення до особи є менш сприятливим, ніж те, яке має, мало або мало б місце щодо інших;

– непряма дискримінація, яка має місце тоді, якщо на перший погляд нейтральне законодавче положення, критерій або практика застосування ставить осіб, які сповідують певну релігію або переконання, осіб, які мають певну фізичну ваду чи є певного віку або певної сексуальної орієнтації, у несприятливе становище порівняно з іншими особами.

Як приклад існування непрямої дискримінації можна навести положення закону, які, на перший погляд, є нейтральними, але дискримінаційними стосовно певних соціальних груп, що передбачають дозвіл на друкування рекламних повідомлень у газетах лише офіційною мовою. Такі положення будуть нейтральними за змістом, оскільки тексти рекламних повідомлень можуть розміщатися будь-якою особою, але, тим не менш, порушуватимуть конституційний принцип рівності у разі розміщення цих повідомлень у друкованих засобах національних меншин або у газетах, що виходять іноземною мовою.

¹ *Ibid.*, para. 34.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation OJL 303. – 2.12.2000. – P. 16.

⁵ Див.: Стаття 1 Директиви.

З формальної точки зору положення Закону України «Про освіту» щодо граничного віку прямо порушує ст. 43 Конституції, тобто є прямою дискримінацією, оскільки веде до автоматичного звільнення особи, яка обіймає відповідну посаду, після досягнення нею 65-річного віку. Тим не менш такий висновок веде до доволі нелогічних наслідків, загрожуючи визнанням неконституційними низки положень трудового та пенсійного законодавства України.

Право на працю, як воно закріплене у Конституції України, не містить обмежень відповідно до ч. 1 ст. 64. Однак це не може означати, що таке право є абсолютним, тобто допускає певні обмеження, пов'язані, зокрема, із належним регулюванням ринку праці та здійсненням соціальної політики в сфері працевлаштування. Відповідно деякі обмеження права на працю можуть вважатися такими, що відповідають Конституції, якщо вони не порушують самої сутності цього права, є обґрунтованими, важливими суспільними потребами з додержанням принципу пропорційності і не суперечать визначальним конституційним принципам.

Слід зазначити, що конституційні суди Словенії та Латвії у своїх рішеннях по аналогічних справах, що стосувалися вікового обмеження на зайняття академічних та адміністративних посад у вищих навчальних і наукових закладах, визнали їх неконституційність з огляду перш за все з принципу рівності конституційного права на працю¹.

Як уже відмічалось, за своєю природою право на працю по суті означає не забезпечення державою працевлаштування кожній особі, а забезпечення саме рівних можливостей у цій сфері. Оскаржуване положення позбавляє такої можливості осіб по досягненню ними 65-річного віку, безвідносно до їхніх здібностей, досвіду, кваліфікації, творчого потенціалу тощо. Така автоматична дія для того, щоб бути конституційно виправданою, має бути обґрунтована досить важливим суспільним інтересом. Як відмітив з цього приводу Конституційний суд Латвії, «... [право на працю] може бути обмежене лише у випадках, встановлених законом, для захисту життєво важливих публічних інтересів та при додержанні принципу пропорційності»².

¹ Див.: Рішення U-I-22/94 від 25 травня 1995 р.; Рішення у справі № 2002-21-01 від 20 травня 2003 р. Слід зазначити, що дана справа може також стосуватися питання академічної свободи, яка в практиці конституційної юриспруденції країн розвинутої демократії становить частину свободи вираження. (див.: *Schrank v. Academic Freedom and University Speech Codes*// University of New Brunswick Law Journal. – 1995. – P. 67).

² Рішення у справі № 2002-21-01 від 20 травня 2003 р. Див. також: Рішення у справі № 2002-20-0103.

Коли у конституційному провадженні застосовується принцип рівності, постає питання вибору того, що має бути порівняно. Відповідь на це питання стає основою для визначення нерівності¹. При розгляді справи у Конституційному Суді України було виявлено неоднакове ставлення до осіб, що мають однакову професійну кваліфікацію, але різний вік (до 65 та після 65 років). З огляду на загальні підходи, що склались у країнах західної конституційної юрисдикції, відповідь на питання, чи має місце порушення принципу рівності та чи наявна дискримінація за віком, повинна бути надана, виходячи із трьох загальних конституційних критеріїв.

По-перше, висновок про невідповідність положень Закону України «Про освіту» треба надавати, виходячи із критеріїв формальної рівності за віковою ознакою шляхом формального порівняння (прообразом цього тесту можуть слугувати шальки терезів). Як зазначав з цього приводу суддя Верховного суду Канади Д. Макінтайр, «[рівність] є порівняльною концепцією, умови якої можуть бути досягнуті або визначені тільки через порівняння з умовами інших у суспільному та політичному середовищі, в якому виникло питання. Слід, однак, відразу ж визнати, що далеко не кожне розрізнення між особами, впроваджене законом, має наслідком нерівність, і таким же чином однакове ставлення може часто спричиняти серйозну нерівність»².

Найбільш вдало ідею рівності перед законом висловила Таємна Рада Сполученого Королівства — найвищий судовий орган для більшості держав Британської Співдружності: «Рівність перед законом вимагає, щоб з особами поведилися однаково, за умови відсутності певної правомірної підстави для відмінного поводження»³.

При розгляді аналогічної справи Конституційний суд Словенії визнав наявність порушення принципу формальної рівності у справі про вікове обмеження на зайняття академічних посад, зазначивши: «... оскаржуване положення також суперечить принципу рівності перед законом, який встановлено в статті 14 Конституції [Словенії]. Особи, які обіймають посаду штатного професора, після досягнення 65 років не можуть обіймати посаду... Неможливо визначити будь-яку зрозумілу причину для такого розрізнення, і тому воно є свавільним і явно суперечить конституційному принципу рівності»⁴.

¹ Див.: *Baer S. Equality: The Jurisprudence of the German Constitutional Court*// Columbia Journal of European Law. – 1999. – N. 5. – P. 249, 254.

² Див.: *Andrews v. Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 164 per McIntyre J.

³ *Matadeen v. Pointu* [1998] 3 WLR 18, 26.

⁴ Рішення U-I-22/94 від 25 травня 1995 р., частина В-II, пара. 13.

По-друге, для виправдання такого розрізнення необхідно чітко визначити суспільний інтерес у звільненні керівників вищих навчальних закладів після досягнення граничного віку, який втілюється у меті законодавчого акта. З цього приводу Верховний суд Канади зазначив: «Як мета, так і наслідки дії [нормативного акта чи діяльність державного органу] є необхідними у визначенні конституційності; як неконституційна мета, так і неконституційні наслідки можуть спричинити нечинність нормативного акта»¹.

Як випливає із рішення Конституційного Суду України у справі про смертну кару, «... мета призначення смертної кари за вироком суду залишилась юридично невизначеною»², а тому це не узгоджується зі ст. 1 Конституції України, яка проголошує Україну правовою державою. Одним із принципів правової держави є те, що якщо мету законодавчого акта неможливо встановити або вона визначена, але суперечить Конституції, цей акт є неконституційним.

З огляду на рішення Конституційного Суду України мету встановлення граничного віку так й не було визначено. Але цілком можна припустити, що законодавець мав за мету певне побоювання, що з досягненням певного віку людина втрачає розумові здібності, щоб керувати на належному рівні високоосвіченим професорсько-викладацьким колективом.

Як зазначив Конституційний суд Латвії у своєму рішенні, «суспільна та юридична думка щодо дискримінації за ознакою похилого віку в різні часи була відмінною. В середині минулого століття ставлення людей до старшого покоління стало більш дискримінаційним порівняно із ставленням, яке домінувало на початку століття. В багатьох європейських державах було встановлено заборону на зайняття чимало посад після досягнення певного віку. Наприклад, у восьмидесяті роки минулого [XX] століття існувала думка, згідно з якою є неправильним встановлювати високий віковий ценз, оскільки це веде до перевантаження сфери освіти викладачами похилого віку, більшість з яких вже не може похвалитися винахідливим розумом, і таким чином до обмеження доступу молодших працівників до академічного сектору»³.

Отже, Конституційний суд Латвії вказав на певне соціальне упередження відносно людей похилого віку, особливо у сфері освіти та науки, що існувало у минулому столітті в Європі.

На підтвердження цієї думки можна навести положення ст. 14 Європейської Конвенції про захист прав людини та основних свобод і

¹ Див.: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 331–32.

² Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997–2001. – С. 501.

³ Див.: Рішення у справі № 2002–21–01 від 20 травня 2003 р.

Протоколу № 12 до неї, що прийнятий в 2000 р., де вік не вказується прямо як заборонена ознака дискримінації. Теж саме стосується ч. 2 ст. 24 Конституції України.

У ст. 6 зазначеної Директиви Ради ЄС передбачено, що держави-члени можуть визначити, що різниця у ставленні за ознакою віку не становить дискримінацію, якщо в контексті національного права вона є об'єктивно й раціонально обґрунтованою правомірною метою, включаючи правомірну політику в сфері працевлаштування, цілями [регулювання] ринку праці та підвищення кваліфікації та якщо засоби досягнення такої мети є належними й необхідними (пряма вказівка на необхідність додержання принципу пропорційності. — *С. III*).

Але вже у ч. 1 ст. 21 Хартії основних прав Європейського Союзу 2000 р. прямо зазначається, що дискримінація на підставі віку забороняється¹, що свідчить про чітку сучасну тенденцію європейського законодавства щодо усунення вікових обмежень.

По-третє, конституційність відповідних положень треба встановлювати на підставі їх відповідності принципу пропорційності. У найбільш загальному вигляді цей принцип вимагає, щоб вжитий захід був пропорційним меті, яка ним переслідується. Даний принцип права² походить з принципу верховенства права та в цілому з концепції ліберальної демократичної держави і спрямований на захист прав та інтересів громадян *vis-a-vis* державної влади, вимагаючи, щоб державне втручання через прийняття й застосування правових актів відповідало своїй меті.

Сутність принципу пропорційності було досить вдало викладено Верховним судом Канади: «По-перше, вжитий захід має бути чітко розробленим для досягнення даної мети. Він не повинен бути свавіль-

¹ Див.: *Шевчук С., Кравчук І.* Ніццький договір та розширення ЄС. – К., 2001. – С. 183.

² Огляд застосування даного принципу в практиці Європейського Суду з прав людини див.: *Picheral C. and Olinga A. D.* La theorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence recente de la Cour europeenne des droits de l'homme (1995); *Шевчук С.* Основи конституційної юриспруденції. – К., 2001. – С. 73–78; *його ж.* Значення загальноправового принципу пропорційності для визначення конституційності законодавчих обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід) // Вісник Академії правових наук України. – 2000. – № 1. – С. 69–76; *Шлоер Б.* Принцип адекватності в європейському та українському публічному праві // Укр. правовий часопис. – 2003. – №3(8). – С. 3–27. Щодо застосування названого принципу в праві ЄС та конституційному праві держав-членів див.: *Emiliou N.* The Principle of Proportionality in European Law (1996); *Tridimas T.* The General Principles of EC Law (1999) 89ff; *Tridimas T.* The Principle of Proportionality in Community Law: From the Rule of Law to Market Integration // *The Irish Jurist.* – 1996. – N. 31. – P. 83.

Ю. Щокін, доцент НЮА України

ним, несправедливим або таким, що базується на нераціональних міркуваннях. Коротко кажучи, він має бути раціонально пов'язаний з метою. По-друге, засоби, навіть якщо вони раціонально пов'язані з метою... повинні, наскільки це можливо, менше обмежувати право або свободу. По-третє, має існувати співвідношення пропорційності між наслідками або дією заходу... та метою, яка була визнана "достатньо важливою"¹.

Отже, визначення пропорційності має такі послідовні елементи:

- визначення наявності чіткого й прямого зв'язку між обмеженням і метою, що переслідується;
- найменш можливе обмеження конституційного права, тобто визначення того, чи існують інші заходи, які є менш обтяжливими для такої свободи;
- наслідки заходу, який обмежує або втручається у реалізації права, не повинні надмірно його обмежувати і досягати мети, що переслідується.

Конституційний суд Латвії у параграфі 2 мотивувальної частини зазначеного вище рішення прямо вказав на наступний стандарт визначення конституційності обмежень щодо ст. 106 Конституції Латвії, яка гарантує право кожної особи вільно обирати роботу та місце роботи:

- такі обмеження повинні бути встановлені в законі;
- такі обмеження мають переслідувати правомірну мету, на досягнення якої спрямоване встановлене обмеження;
- такі обмеження повинні відповідати принципу пропорційності.

Тому, як вважає цей суд, головним критерієм для обіймання академічних та адміністративних посад є професійні навички й кваліфікація особи, яка на них претендує, але не похилий вік. Тому віковий критерій як обмеження ст. 106 Конституції Латвії не відповідають принципу пропорційності, внаслідок чого є неконституційними (абз. 17 параграфу 3.3 мотивувальної частини рішення).

Аналогічних висновків дійшов й Конституційний Суд України, коли вперше за свою історію звернувся до принципу пропорційності. Суд у параграфі 4.2 цього рішення визнав, що «при будь-яких можливих цілях, які можуть впливати із Закону, встановлене обмеження не може бути визнане виправданим, обґрунтованим та справедливим. Принаймні є менш обтяжливий шлях досягнення цих цілей, ніж автоматичне безпідставне позбавлення громадян можливості брати участь у балотуванні на посаду керівника вищого навчального закладу при досягненні шістдесятип'ятирічного віку».

Надійшла до редколегії 01. 11. 05

¹ R. v. Oakes [1986] 1 S.C.R. 103, 139.

Формування міжнародно-правових звичаїв: розмежування понять «практика» і *opinio juris*

Міжнародний Суд ООН, розв'язуючи спори відповідно до п. 1(b) ст. 38 Статуту, поряд з іншими джерелами міжнародного права застосовує «міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної як правова норма». Незважаючи на відомі труднощі, викликані некоректністю цього формулювання¹, на її основі виділяють два основні елементи міжнародно-правового звичаю: власне *практику* та *opinio juris et necessitatis* (переконаність у правомірності й необхідності). Перший являє собою об'єктивну (матеріальну) сторону звичаю, другий — суб'єктивну (психологічну) сторону.

Багатоманітність підходів до тлумачення цих елементів свідчить про те, що розходження між ними не є настільки очевидними, як це можна уявити на перший погляд. Сутність існуючих суперечностей полягає в тлумаченні поняття практики, що формує норми міжнародного звичаєвого права. Відповідно до однієї точки зору під практикою розуміються тільки фактичні дії суб'єктів міжнародного права (серед її прихильників можна виділити А. Д'Амато, Дж. Голдсмита, Е. Познера, Б. Стерн), а до іншої — крім фактичних дій практика включає офіційні позиції держав, міжнародних організацій, національно-визвольних рухів, виражені в різних документах. Цю позицію підтримували радянські вчені, а в цей час розділяють українські та російські фахівці: Г. Тункін, І. Лукін, В. Буткевич, І. Лукашук, Г. Даниленко. За кордоном таке тлумачення практики поділяють Нгуєн Куок Дінь, П. Дайє, А. Пеле, І. А. Ширер, П. Маланчук.

Домінування другої позиції значною мірою пояснюється тим, що елементу практики традиційно надавалася провідна роль у співвідношенні з *opinio juris*. Сучасні дослідження розвитку міжнародно-правових звичаїв показують, що це співвідношення елементів кардинальним чином змінюється на користь *opinio juris*. Українські й російські фахівці також із цим згодні. Але якщо залишатися на таких позиціях, усе більше очевидним стають труднощі розмежування елементів. Так, держава офіційно може заявляти одне, а в дійсності діяти зовсім по-іншому. Держава на словах може засуджувати геноцид, але в конкретній ситуації буде відмовчатися, ніяк не виявляючи своєї позиції. І перше і друге

¹ Див., напр.: Лукашук И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе. – М., 1997. – С. 217–218.

припустимо кваліфікувати одночасно і як практику, і як *opinio juris*. При цьому, якщо розглядати таку поведінку як *opinio juris*, то в першому випадку воно свідчатиме про невизнання, а в другому — про визнання. Отже, також існують проблеми з'ясування дійсного ставлення до тих звичаїв, що формуються, і до тих, що існують.

Метою цієї статті є уточнення змісту понять практики і *opinio juris* стосовно процесу утворення міжнародно-правових звичаїв.

Як уже зазначалося, у вітчизняній доктрині до поняття практики як елемента формування міжнародно-правових звичаїв включають всі зовнішні прояви (дії або бездіяльність), які виходять від офіційних органів суб'єктів міжнародного права і насамперед держав. І. Лукашук пише: «Практика означає дію або утримання від дій суб'єктів, їх органів. Це — поведінка суб'єктів, у процесі якої формується практика — норма міжнародного права»¹. На думку Г. Тункіна, «практика держав може полягати в тому, що при відомих обставинах вони здійснюють певні дії або, навпаки, утримуються від прийняття дій»².

Учені переконані, що поведінка суб'єктів, яка становить практику, має найрізноманітніші форми вираження, серед яких, як вважає І. Лукашук, «для встановлення звичаю все більшого значення набувають такі форми практики, в яких позиція суб'єктів виражена досить чітко (заяви, ноти, комюніке, резолюції міжнародних органів і організацій)»³. В. Буткевич до форм вираження практики відносить: заяви держав про їх позиції з тієї або іншої проблеми; протести; дотримання або ігнорування певних правил; прийняття відповідних законодавчих актів, рішень судів, адміністративних і виконавчих органів і т. под.⁴ Такої ж думки дотримується І. Ширер⁵. Нгуен Куок Дінь, П. Дайє та А. Пеле, розглядаючи поняття «поведінка» суб'єктів міжнародного права, що формує матеріальний зміст звичаю (практику), зазначають: «Під поведінкою (...) слід мати на увазі не тільки позитивні або негативні види поведінки, але також і будь-яке вираження думки щодо доцільності або законності вчинків інших суб'єктів міжнародного права»⁶. Тобто, по суті, *практи-*

ка — це будь-яка діяльність суб'єктів міжнародного права. У цьому сенсі висновок, якого доходить Г. Даніленко, є логічним наслідком подібного роду міркувань: «Оскільки як створення правила поведінки, так і його визнання як юридично обов'язкової норми здійснюється безпосередньо актами, що входять у практику, тобто існують підстави для твердження, що в принципі міжнародний порядок має лише один конститутивний елемент, а саме практику держав (виділено мною — Ю. Щ.). Звичаєве право є продуктом практики, і тільки практики»¹.

Це найширше уявлення про практику. Якщо під таким кутом зору розглядати цей елемент звичаю, питання про те, що у такому випадку до практики не належить, фактично залишиться без відповіді. Будь-яка людська діяльність, в тому числі процес індивідуального мислення, є практика².

Видається, що таке занадто широке тлумачення практики не дозволяє виявити специфіку міжнародного звичаєвого нормоутворення. У ньому відсутня вказівка на специфічні характеристики цього явища, які виділяють його не тільки з інших міжнародно-правових джерел, а й взагалі з існуючих правових понять. Якщо слідувати даній логіці, то для того щоб підтвердити або спростувати існування практики, що свідчить про наявність міжнародно-правових звичаїв, зусилля юристів повинні бути спрямовані і на з'ясування реальних подій, що мали місце на міжнародній арені, і на пошук матеріальних закріплень результатів інтелектуальної праці офіційних представників держав, міжнародних організацій і національно-визвольних рухів. Але оскільки встановлення фактів завжди є складним процесом, який має чималі труднощі, пов'язані з пошуком і поданням доказів, неважко припустити, що в центрі уваги опиняються такі форми практики, як письмові й усні заяви, резолюції організацій, тексти міжнародних договорів, що набрали і не набрали чинності, і т. под. Власне, про це ж стверджує й І. Лукашук, торкаючись вимоги визначеності, яка застосовується до практики. Він пише: «Проблема визначеності — одна з головних для звичаєвого права, що характеризується недостатньою чіткістю, розпливчастістю. У цьому одна із причин того, що при встановленні звичаю й визначенні його змісту все більшого значення набувають ті форми практики, в яких позиція держав виражена досить чітко (заяви, ноти, комюніке, резолюції міжнародних органів і організацій)»³.

¹ Даніленко Г. М. Обычай в современном международном праве. — М., 1988. — С. 65.

² Див.: Канке В. А. Философия. Исторический и систематический курс: Учебник для вузов. — Изд. 4-е, перераб. и доп. — М., 2001. — С. 210–211.

³ Лукашук И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе. — С. 223.

¹ Лукашук И. И. Международное право: Учебник. Общая часть. — М., 1996. — С. 74.

² Тункин Г. И. Теория международного права. / Под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. — М., 2000. — С. 101.

³ Лукашук И. И. Международное право. — С. 75.

⁴ Див.: Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В. Міжнародне право. Основи теорії: Підручник / За ред. В. Г. Буткевича. — К., 2002. — С. 122.

⁵ Див.: Shearer I. A. Starke's International Law / 11th Edition. — L., 1994. — P. 32, 33.

⁶ Нгуен Куок Дінь, Патрик Дайє, Алэн Пеле. Международное публичное право: В 2 т. — Т. 1: Кн. 1.: Формирование международного права. Кн. 2.: Международное сообщество / Пер. с франц. — К., 2000. — С. 194.

Така позиція викликає низку заперечень. По-перше, за влучним виразом А. Д'Амато, «є фундаментальна різниця між тим, що ми, як спостерігачі, думаємо про те, що думає держава, і тим, що в дійсності держава думає чи почуває або в чому вона переконана»¹. По-друге, як і раніше, залишається нерозв'язаною проблема співвідношення всіляких офіційних заяв і фактичних дій держав та інших суб'єктів міжнародного права на міжнародній арені, які суперечать одна одній.

Недоліки занадто широкого тлумачення практики стають більш очевидними при дослідженні її якісних характеристик, що розглядаються у літературі: повторюваності, тривалості, загальності, безперервності, визначеності. Наприклад, Г. Тункін так міркував про повторюваність: «Звичаєва норма виникає в результаті повторюваних дій держав. Елемент повторення є вихідним моментом формування правила поведінки. У більшості випадків саме повторення певних дій в аналогічних ситуаціях може привести до закріплення такої практики як правила поведінки»².

Очевидно, що, говорячи про повторюваність, Г. Тункін мав на увазі конкретні правовідносини сторін, які можуть виявлятися, наприклад, у наданні кредитів чи гуманітарної допомоги, проведенні військово-політичних акцій, виробництві будь-яких матеріальних благ і т. под. Повторюваність характеризуватиме не кількість заяв держав (або організацій) про намір надати кредит чи гуманітарну допомогу, а кількість цілком певних фактів з надання кредитів або гуманітарної допомоги. Держава не заявляє офіційний протест заради самих дій для заяви протесту. Протест є формою вираження ставлення держави до певної ситуації, що склалася на міжнародній арені, до конкретних дій учасників міжнародних правовідносин. Так само й офіційні заяви, зроблені державами на засіданнях органів міжнародних організацій, під час міжнародних конференцій, робляться не заради самих заяв, а у зв'язку з конкретними подіями та діями (діями чи бездіяльністю).

Значимо, що і Міжнародний Суд ООН у своїх рішеннях підкреслює важливість реальної практики. Так, у рішенні в *справі про континентальний шельф (Лівія проти Мальти, 1985)* Суд зазначив: «Звичайно, вже стало аксіомою те, що докази звичаєвого міжнародного права потрібно шукати насамперед у дійсній (actual) (виділено мною. — Ю. Щ.) практиці й *opinio juris* держав»³. У рішенні в *справі про військово-й напіввійськову діяльність (Нікарагуа проти США, 1986)* Суд підкреслив, що «простого факту, що держави декларують своє визнання

певних правил не досить для того, щоб Суд прийняв їх як частину звичаєвого міжнародного права і застосував їх як такий для цих держав»¹.

На наш погляд, об'єктивність (матеріальність) практики як елемента міжнародно-правового звичаю стосується реальних життєвих ситуацій, подій, які дійсно мали місце в міжнародному житті. Невипадково деякі вчені як синонім практики — елемента міжнародно-правового звичаю — вживають слово «прецеденти»².

На те, що в міжнародному праві поняття «прецедент» має більш широке значення, ніж просто судові рішення, звертають увагу І. Бліщенко і Ж. Доріа. Під прецедентом вони розуміють «вирішення того або іншого конкретного питання міжнародних відносин у рамках і на основі міжнародного права будь-якими способами. Питання може бути вирішено міжнародним або національним судом, за допомогою переговорів або шляхом укладання договору»³. З цього визначення випливає, що кожний прецедент пов'язаний з певними життєвими суперечками, які виникли на міжнародній арені та були врегульовані на основі міжнародного права. Прецедент є результатом застосування абстрактних норм міжнародного права до розв'язання реальних проблем міжнародних відносин.

Про існування «широко відомих труднощів» у традиційному тлумаченні практики заявляють Дж. Голдсміт і Е. Познер. Зазначивши на такі види практики, як політичні заяви, міжнародні договори, доктрину, резолюції Генеральної Асамблеї ООН тощо, вони відзначають значну частку вибірковості в їх використанні⁴. Тому як один із основних компонентів для побудови математичних моделей міжнародних звичаїв Дж. Голдсміт і Е. Познер використовували тільки фактичні дії держав⁵.

Б. Стерн визначає міжнародний звичай як певний фактичний стан, якому надано значення права⁶. Вона питає: «Дійсно, що таке звичаєва

¹ Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). — Там само. — 1986. — P. 97. — Para. 184.

² Див., напр.: Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В. Вказ. праця. — С. 121; Лукін І. П. Источники международного права. — М., 1960. — С. 81; Тузкоз Ж. Міжнародне право: Підручник. / Пер. з франц. — К., 1998. — С. 204.

³ Бліщенко І. П., Доріа Ж. Прецеденты в международном публичном и частном праве. — 2-е изд., доп. — М., 1999. — С. 11–12.

⁴ Див.: Goldsmith J., Posner E. A Theory of Customary International Law // The University of Chicago. Vol. 66. — Fall 1999. — No. 4. — P. 1117.

⁵ Див.: Там само. — P. 1113–1177. Див. також: Щекин Ю. В. Правовая природа международно-правовых обычаев: подход к решению проблемы с позиции теории игр // Проблемы законности: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В.Я. Тацій. — Х., 2005. — Вип. 74. — С. 114–122.

⁶ Див.: Stern B. Custom at the Heart of International Law // Duke Journal of Comparative & International Law. — 2001. — Vol. 11. — No. 1. — P. 89–90.

¹ D'Amato A. The Concept of Custom in International Law. — Ithaca, 1971. — P. 73.

² Тункін Г. И. Вказ. праця. — С. 99.

³ Continental Shelf Case (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta). — I.C.J. Reports. — 1985. — P. 29–30. — Para. 27.

норма, якщо немає певної фактичної ситуації, що одержала певну кваліфікацію, певний суб'єктивний зміст: певну мотивацію виконавця дій, певну інтерпретацію [цих дій] іншими особами?»¹.

Про важливість урахування фактичних дій держав говорить А. Д'Амато. Вважаючи, що виділення практики і *opinio juris* є не зовсім вдалим, він пропонує замість них такі елементи міжнародно-правового звичаю: а) «articulation of a rule of international law» («articulation») — формулювання норми міжнародного права (формулювання) і б) «act», що з англійської можна перекласти як «вчинок» або «дія»². Останній, на думку цього вченого, набагато краще виражає сутність матеріального елемента звичаю. А. Д'Амато зазначає: «Можливе існування безлічі суперечливих правил, але держава може діяти в певний спосіб тільки один раз. Дія (act) є конкретною і, як правило, недвозначною. Після здійснення дії раніше сформульоване правило, що відповідає цій дії, знаходить життя як норма звичаєвого права, а ті правила, які суперечать йому, залишаються в сфері [політичних] спекуляцій. Дія держави є очевидною, реальною і значною; вона кристалізує політику і демонструє, яку з можливих норм права держава, яка діє певним чином, вирішила декларувати»³.

В будь-якому разі незалежно від того, який термін вживається — «практика», «прецеденти» або «дія», — маються на увазі конкретні життєві обставини, що впливають на правовідносини сторін. У теорії права такі ситуації традиційно розглядають як *юридичні факти*. За визначенням О. Дашковської, «юридичні факти — це конкретні життєві обставини, з якими норми права пов'язують виникнення, припинення або зміну правових відносин»⁴. Вона зазначає, що юридичні факти є необхідною матеріальною умовою виникнення правовідносин, які проявляються у зовнішніх обставинах або подіях матеріального світу, прямо або безпосередньо передбачені нормами права і мають обумовлені юридичні наслідки⁵. В. Буткевич з даного питання пише, що «юридичні факти — це зовнішні для правовідносин елементи, які дають змогу встановити, коли такого роду правові зв'язки виникають і припиняються — взагалі, чи є вони можливими і за яких обставин»⁶.

¹ Stern B. Вказ. праця. — Р. 101.

² Див.: D'Amato A. Вказ. праця. — Р. 73–98.

³ D'Amato A. Вказ. праця. — Р. 87–88.

⁴ Загальна теорія держави і права: Підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл./ За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. — Х., 2002. — С. 345.

⁵ Див.: Там само. — С. 345–346.

⁶ Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В. Вказ. праця. — С. 456.

На наш погляд, процес визнання якогось соціального факту юридичним органічно вплетений у процес формування норми міжнародного звичаєвого права.

Кожний юридичний факт має подвійний зміст. Одна його сторона являє собою конкретну життєву обставину, реальну подію або дію, факт соціальної дійсності, соціальну ситуацію. За визначенням В. Ісакова, «соціальна ситуація — локалізований у просторі й часі фрагмент соціального життя, що характеризується якісною визначеністю свого змісту і відносно стабільним складом учасників»¹. В. Синюков позначає цю сторону юридичних фактів як «факт-явище»².

Інша сторона юридичного факту — це правова модель, яка закріплюється в різних актах компетентних органів, що надають явищам соціальної дійсності юридичного значення. Це «факт-модель», за термінологією В. Н. Синюкова³. Він пише, що «факт-модель виступає юридичним відображенням реального явища. З погляду змісту факт-модель складається з юридичних ознак факту-явища»⁴. Інакше кажучи, у нормі права закріплюються (модельюються) конкретні життєві обставини (ситуації, події), з настанням яких для суб'єктів, що беруть участь у них, виникають певні, заздалегідь передбачені юридичні наслідки.

За загальним правилом, особливі правові наслідки юридичних фактів пов'язують з тим, що вони заздалегідь передбачені нормативно-правовими приписами. Для міжнародного права це твердження є слухним тільки для писаних джерел. Що стосується міжнародно-правових звичаїв, то з ним можна погодитися лише частково.

Тільки в тому разі, якщо з самого початку суб'єкт переконаний у тому, що його дії відповідають уже існуючій міжнародно-правовій звичаєвій нормі, тільки тоді їх можна охарактеризувати як юридичні факти. Якщо з самого початку такої переконаності немає і відносини, в які вступає суб'єкт, не мають широкого міжнародного визнання як такі, що регулюються нормами міжнародного права, ці відносини не є правовими. Дії суб'єкта в момент їх здійснення становлять не юридичні, а соціальні факти. Це прості фактичні дії. А вже потім, коли виникає переконаність у юридичній значущості цих дій (або бездіяльності), їм надається правовий характер. Іншими словами, одночасно з визнанням

¹ Ісаков В. Б. Проблемы теории юридических фактов: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Свердловск, 1985. — С. 14.

² Див.: Синюков В. Н. Юридические факты в системе общественных отношений: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1984. — С. 7.

³ Див.: Там само.

⁴ Див.: Там само.

існування норми міжнародного звичаєвого права соціальна ситуація (дії, бездіяльність, події), у зв'язку з якою було ініційоване питання про встановлення цієї норми, стає юридичним фактом.

Отже, практика як основний елемент формулювання міжнародно-правових звичаїв являє собою фактичні обставини. Звичаєве право виникає з життєвих ситуацій. Тільки в такому розумінні термін «практика» має самостійне змістовне значення у створенні норм міжнародного звичаєвого права. І тільки в цьому контексті стає логічним пояснення сучасної тенденції превалювання *opinio juris* над практикою в створенні міжнародно-правових звичаїв.

На відміну від практики *opinio juris* — це нематеріальний (психологічний) елемент міжнародно-правового звичаю. Його специфіка полягає в тому, що він виражає суб'єктивне *переконання* в правомірності будь-якої поведінки учасників міжнародних відносин. У п. 1 (b) ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН *opinio juris* закріплюється як *визнання* загальної практики як правової норми («міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної як правова норма»). *Opinio juris* характеризує ментальне ставлення суб'єктів міжнародного права до будь-якого діяння (дії або бездіяльності), що має значення для правового регулювання міжнародних відносин.

Незважаючи на «внутрішній» характер формування переконаності (перебіг психічних процесів за своєю природою прихований від сторонніх очей), *opinio juris* завжди повинне мати якусь форму зовнішнього вираження. В протилежному разі ставлення суб'єкта до будь-чого залишиться невідомим для інших.

Будь-який психічний процес являє собою внутрішнє відображення ставлення суб'єкта до навколишньої дійсності. Він завжди пов'язаний із практикою в найширшому значенні цього поняття. Як зазначає С. Рубінштейн, «думка, що в основному слідує “принципу задоволення” всупереч “принципу реальності”, належить вже до галузі патології»¹. У цьому сенсі *opinio juris* виступає як певний етап формування суспільної практики і повністю охоплюється нею.

Стосовно розглядуваної теми *opinio juris* — це реакція суб'єктів міжнародного права на події, що відбуваються. Вона безпосередньо пов'язана з практичною діяльністю і являє собою ззовні виражене ставлення до неї, що закріплюється переважно в різних офіційних документальних джерелах: заявах, протестах, текстах міжнародних угод, резолюціях міжнародних організацій, підсумкових документах міжнародних конференцій, політичних домовленостях і т. ін.

¹ Рубинштейн С. Л. Основы общей психологии. – СПб., 2004. – С. 317.

Можна погодитися з тим, що оголошення офіційної заяви з будь-якого приводу або вираження протесту також являє собою певного роду дії, які ззовні мають матеріальний характер. Але в той же час вони не становлять самостійних суспільних відносин, а тільки супроводжують їх, наділяючи якістю правових. У багатьох випадках *opinio juris* визначає суб'єктивні права й юридичні обов'язки сторін, тобто формує юридичний зміст міжнародних відносин, надаючи їм правового характеру. На наш погляд, саме тут проходить розмежування об'єктивного й суб'єктивного елементів міжнародно-правового звичаю. Саме по собі *opinio juris* без фактичного (матеріального) наповнення може визначати міру можливої і/або належної поведінки суб'єктів міжнародного права та має абстрактний характер.

Точно кажучи, до такого ж висновку підштовхує і логічний аналіз формулювання п. 1 (b) ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН: «... міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної як правова норма». Тобто спочатку виникає стійка «загальна» соціальна практика, а потім вона наділяється правовим значенням через закріплення у вигляді міжнародно-правового звичаю.

Р. Каламкарян, який досліджував міжнародно-правове значення односторонніх юридичних актів держав, зазначає: «Акт визнання сам по собі не в змозі створювати свій об'єкт, а припускає його існування і тим самим виконує роль констатуючого чинника визнання має декларативний характер»¹. Він підкреслює, що визнання не може мати конститутивного характеру, хоча й має обов'язкові правові наслідки: «Якби це було так, то акт визнання покривав би собою будь-який порок, властивий визнаній фактичній ситуації»².

У традиційній моделі міжнародно-правових звичаїв первинне завдання *opinio juris* полягає в тому, щоб найбільш адекватно, без перекозів зафіксувати (описати) відносини, що становлять практику. При цьому фіксація повинна містити насамперед основні, сутнісні характеристики практики, оскільки *opinio juris* не прив'язано до одиничного соціального факту, в зв'язку з яким було підняте питання про існування звичаю. Для того щоб установити, що в даному конкретному випадку сторони діяли в силу правового переконання, суб'єкти, які встановлюють наявність міжнародно-правового звичаю, прагнуть оцінити безліч фактів, що мали місце, як правило, у минулому. У ході такої оцінки з них виокремлюються («захоплюються») ті фрагменти, які дозволяють сформулювати змістовні характеристики подій, що мали місце, і у майбутньому ідентифікувати випадки аналогічної поведінки, надати їм статусу юридичних фактів.

¹ Каламкарян Р. А. Международно-правовое значение односторонних юридических актов государств. – М., 1984. – С. 44.

² Там само.

А. Степанюк, кандидат юридичних наук (НЮА України)

Зовнішня форма правового регулювання в міжнародному приватному праві

Далі через *opinio juris* формується ставлення до виділених фрагментів реального життя. Воно може або закріпити за даною соціальною практикою нормативно-правовий характер, або, навпаки, визнати цю практику протиправною. Прикладом першого виду може слугувати визнання в сучасному дипломатичному праві міжнародно-правового звичаю, що допускає організацію внутрішньої охорони в дипломатичних представництвах¹. Прикладами другого виду є заборона агресії, військових злочинів, умисного забруднення довкілля та ін.

Будь-які документальні джерела (заяви, протести, резолюції міжнародних організацій та ін.) є насамперед засобом фіксації *opinio juris*. Вони закріплюють волевиявлення суб'єктів міжнародних правовідносин і слугують матеріальними доказами цих волевиявлень. Такого ж висновку дійшов і Р. Каламкарян. Він пише: «Значення односторонніх юридичних актів визнання і протесту в процесі формування норм звичаєвого права визначається, таким чином, більшою мірою доказом наявності суб'єктивного елемента, ніж суто матеріальною якістю прецеденту звичаю»². Тому посилання на документальні джерела, по суті, являють собою апелювання до *opinio juris* суб'єктів міжнародного права, а не до реальної практики.

Якщо взяти до уваги сучасні тенденції в міжнародному звичаєвому нормоутворенні, коли, як вважають деякі вчені, *opinio juris* уже не стільки закріплює практику, скільки активно формує її³, то необхідність вузького тлумачення елементів міжнародно-правових звичаїв стає ще більш очевидною. Позиції суб'єктів міжнародного права, виражені переважно в різних зовнішньополітичних документах, мають потребу в утіленні в реальних суспільних відносинах. У протилежному разі вони залишаться благими намірами, зафіксованими на папері.

На підставі викладеного доходимо висновку про те, що практика і *opinio juris* при розгляді їх як структурних елементів міжнародно-правового звичаю повинні тлумачитися у своєму вузькому значенні: практика — як фактичні дії суб'єктів міжнародного права, що формують міжнародні правовідносини, а *opinio juris* — як переконання цих суб'єктів у юридичній обов'язковості або протиправності передбачуваних або вчинених ними фактичних дій.

Надійшла до редколегії 13. 10. 05

¹ Докладніше про це див.: Демин Ю. Г. Статус дипломатических представительств и их персонала: Учеб. пособ. — М., 1995. — С. 158–160.

² Каламкарян Р. А. Вказ. праця. — С. 125.

³ Див.: Лукашук И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе. — С. 219.

Проведення правової реформи, що базується на зміні відповідних парадигм, підходів, принципів у законодавстві, прийняття і вступ у дію нових нормативних актів мають не лише позитивні результати (вдосконалення, оновлення, модернізація правового регулювання суспільних відносин), а й негативні наслідки, які відчувають на собі окремі елементи системи права України. Прикладом цього може бути набрання чинності з 1 січня 2004 р. Цивільного кодексу України, який поліпшив правову регламентацію цивільних відносин, що можна лише вітати, але разом з тим усунув дію Цивільного кодексу України 1963 р., який до цього часу був базовим актом для міжнародного приватного права (далі — МПрП), що тільки деструктивно позначилось на самій можливості правового впливу на відносини, пов'язані більше ніж з одним правопорядком. Натомість жодної альтернативи й дотепер вітчизняний законодавець не запропонував, залишаючи з 2002 р. на розгляді Верховної Ради України проект Закону «Про міжнародне приватне право». Одночасно для України є чинними так звані міжнародні джерела правового регулювання: міжнародні договори і звичаї, що фактично зводять нанівець концепцію дворівневої структури джерел МПрП, яка аксіоматично визнавалась більшістю представників доктрини¹, залишаючи при цьому правове регулювання майже повністю на «міжнародному рівні».

Це спричиняє необхідність комплексного дослідження джерел МПрП з огляду на сучасний стан речей, що склався через недоліки в запровадженні нормативних актів до правової системи України, яка на сьогодні оновлюється і змінюється. Як видається, вивчення систем національної і міжнародної форм регламентації у сфері МПрП допоможе визначитись щодо їх співіснування, взаємного впливу, взаємозв'язку і взаємообумовленості, що на практичному рівні поліпшить упорядкування приватних міжнародних суспільних відносин.

Звичайно, окремі джерела МПрП як за радянських часів, так і тепер були і залишаються об'єктом дослідження представників теорії цієї

¹ Див.: Петерський И. С. Система международного частного права // Сов. государство и право. — 1946. — № 8–9. — С. 23; Международное частное право: Учеб. пособ. / Под ред. Г. К. Матвеева. — К., 1985. — С. 25.

сфери. Серед них слід особливо відзначити аналіз на дисертаційному рівні міжнародних договорів такими науковцями, як Б. Реутт¹, М.Х.О. Бабаєв², Л. Павлик³, Г. Галущенко⁴. Разом із цим інші джерела МПРП, а саме: внутрішнє законодавство і міжнародні звичаї, розглядались у більшості випадків фрагментарно, а тому й дотепер потребують дослідницьких зусиль щодо вивчення, розгляду і розроблення їх теоретичних аспектів. Що ж стосується проблеми співвідношення різних джерел МПРП, їх взаємодії і співіснування, тобто системного аналізу всього комплексу джерел цієї сфери, такого напрямку у вітчизняній науці МПРП досі намічено не було, хоча важливість і значущість розгляду подібної проблеми (що є метою даної статті) не може викликати сумнівів чи заперечень через актуальність реформи цієї сфери і запровадження узгодженого правового регулювання за допомогою всіх можливих форм.

Для науково-теоретичного розгляду цього феномена необхідно передусім звернутись до розгляду сутності поняття «джерела права». В наукових працях, присвячених цьому питанню, зазвичай відзначається, що першість у введенні цього терміна в правовий обіг належить Тіту Лівію, який висловився щодо XII таблиць як про джерела всього публічного і приватного права. З того часу поняття джерел права було значно трансформовано, і на сьогодні за ним можна розглядати як формальні ознаки документарного вияву правових настанов, так і фактори зумовленості, визначеності, певної санкціонованості, по-перше, матеріальними умовами життя суспільства, а по-друге, метою, потребами, намірами, інтересами законодавця, які виявляють політичну позицію держави щодо правового регулювання.

Наведене зумовлює неоднакову питому вагу окремих видів джерел МПРП в різних країнах на певних етапах розвитку правового регулювання суспільних відносин, пов'язаних більше ніж з одним правопорядком. Так, кількісна і якісна перевага правової доктрини, звичаїв, судової практики у цій сфері змінюється на збільшення міжнародно-договірної

го регулювання, становлення і розвиток національних кодифікацій, запровадження окремих законодавчих актів з питань МПРП. При цьому сполучення названих зовнішніх форм виразу МПРП в різних країнах залишається своєрідним, пріоритет і значення кожного з них залежать від особливостей кожної конкретної правової системи, законодавчих традицій, правової політики, культури тощо. З цього приводу в правовій теорії зазначається, що для виразу волі в праві використовується не будь-яка, а визначена форма права, саме та, яка в даних конкретних історичних умовах відповідає інтересам держави, змісту права, меті законодавства¹. Тому зовнішня форма є об'єктивно зумовленою економічною і політичною системами, і не є випадковою для держави².

Сучасне значення терміна «джерела права» також дає підстави говорити про певну метафоричність, образність цього терміна, який, тим не менш, міцно увійшов у правовий вжиток. Образність терміна «джерела права» викликала навіть певну критику теоретиків права, які вважають міжнародні договори, звичаї, закони самим правом, а тому підкреслюють, що право не може бути джерелом самого себе³ або що форма не може бути джерелом свого змісту⁴. Натомість більш точним, теоретично і науково виваженим необхідно визнати інший термін, яким користуються для визначення того ж таки феномена «джерел права» — «зовнішня форма права». Дана категорія є вдалою і прийнятною з огляду на те, що вона містить у собі вказівку на форму, що є необхідною якістю права як явища дійсності, виразом його змісту, внутрішньої структури. Відповідно форма права може бути зовнішньою і внутрішньою. І якщо внутрішньою формою права є його окремі норми, то зовнішньою формою слід визнати нормативно-правові акти, якими для МПРП виступають саме закони, міжнародні договори і звичаї. Тому категорія «зовнішня форма права» для характеристики названих актів є більш доцільною. Одночасно термін «джерела права» є настільки ustalеним, загальноновживаним, поширеним, крім того, багатозначним⁵, що намагання витіснити його з правового вжитку зводяться нанівець.

¹ Див.: *Реутт Б. В.* Основные вопросы договоров о правовой помощи, заключенных между социалистическими государствами: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1963.

² Див.: *Бабаєв М. Х. О.* Международный договор и нормы международного частного права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1983.

³ Див.: *Павлык Л. З.* Договорные отношения Украины по оказанию правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам (становление и развитие): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1999.

⁴ Див.: *Галущенко Г. В.* Міжнародні договори України про правову допомогу в цивільних справах і внутрішнє законодавство: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2001.

¹ Див.: *Шебанов А. Ф.* Форма советского права. – М., 1968. – С. 26–27.

² Див.: *Зивс С. Л.* Источники права. – М., 1981. – С. 17.

³ Див.: *Найко Г. Д.* К вопросу о значении обычных норм в современном международном праве // Проблемы государства и права на современном этапе: Тр. науч. сотр. и асп. – М. – 1972. – Вып. V. – С. 248.

⁴ Див.: *Шебанов А. Ф.* Вопросы теории нормативных актов в советском праве: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. – М., 1965. – С. 16.

⁵ Див.: *Правоведение: Учебник / Под ред. Г. В. Мальцева.* – М., 2003. – С. 157.

Разом із цим наведений перелік зовнішніх форм права є лише доктринальним. Більше того, він не є загально визнаним, якщо згадати позицію деяких науковців, які не визнають, наприклад, міжнародний договір джерелом МПрП¹. Що ж стосується вітчизняної нормативної системи, то на сьогоднішній день подібного нормативно аналогу переліку джерел МПрП не існує, а тому при правозастосуванні необхідно виходити з фактичного стану речей, відповідно до якого правове регулювання приватних міжнародних відносин повинно здійснюватись внутрішнім законодавством, міжнародними договорами і звичаями. Як відзначається в теорії джерел права, в законах далеко не завжди визначається коло джерел. Знання правової системи про саму себе не завжди виявляється повним. Вказівка на коло джерел нерідко взагалі відсутня в тій чи іншій системі права, і відповідно це коло визначається звичаєм. Система джерел частіше за все встановлюється фактами².

Наведена множинність правових джерел МПрП невідворотно позначається на ролі і значенні кожного з них при правовому регулюванні приватних міжнародних відносин. Очевидно, що повну рівність і однакову юридичну силу, навіть при максимальному впорядкуванні і збалансованості нормативного матеріалу, зазначені джерела об'єктивно мати не можуть. Незважаючи на бажаність та ідеальність подібних постулатів про єдність, чітку взаємодію, впорядкованість³ національних і міжнародних джерел МПрП, при виникненні колізій між ними необхідно мати конкретні орієнтири для потреб визначеності правозастосування. Тому простий перелік зовнішніх форм виразу МПрП в проекті Закону України «Про міжнародне приватне право» без вказівок на ієрархічність і підпорядкованість одних джерел іншим не внесе сталості і певності для вирішення спірних питань суспільних відносин з міжнародними характеристиками.

В теорії джерел права визнається, що саме ієрархічність є принципом їх системи, істотною якістю і найважливішим внутрішньосистемним зв'язком між ними, виразом різності їх юридичної сили, супідрядності, цілісності. Тому кожен з різновидів джерел права має бути розміщений в належному для нього місці⁴, про що можна лише здогадуватись при аналізі нормативного матеріалу з МПрП України, коли внутрішнє зако-

нодавство практично відсутнє, а нормативних правил ієрархічності міжнародних договорів і звичаїв годі шукати.

Незважаючи на це, визначення ієрархічності, системної узгодженості та взаємної підпорядкованості різних джерел МПрП — необхідне і важливе завдання, особливо з огляду на реформу в цій сфері.

Через те, що українське МПрП слід визнавати самостійною цариною вітчизняної правової системи, визначальне значення серед його джерел повинно мати саме внутрішнє законодавство. Це означає, що внутрішнє законодавство мусить бути побудоване з урахуванням особливостей суспільних відносин приватноміжнародного характеру, чинників економічного, культурного, історичного розвитку вітчизняного правопорядку. Тому при заснуванні правового регулювання у цій сфері перш за все необхідно визначитись з різновидом зовнішньої форми, в яку міг би бути втілений нормативний матеріал для регламентації відповідних відносин. Досвід інших країн у сфері МПрП показує декілька напрямків кодифікації внутрішнього законодавства з МПрП: включення до цивільного кодексу окремої глави чи розділу, який присвячується МПрП (Чілі, Уругвай, Португалія), прийняття окремого нормативного акта з питань МПрП, наприклад, закону (Південна Корея, Югославія, Естонія), кодексу (Туніс, Буркіна-Фасо), указу (Угорщина), ордонансу (Мадагаскар).

Можливо, з першого погляду вибір тієї чи іншої зовнішньої форми не є теоретично і практично важливим, але це не так. Очевидно, включення норм МПрП до цивільних кодексів підкреслює їх залежність, несамостійність, підпорядкованість основам, цілям цивільного права, зводить нанівець внутрішню єдність, збалансованість правового регулювання приватних міжнародних відносин, не відображає унікальності методу колізійного регулювання, який не є в основі своїй диспозитивним і вже тому не підпадає під правові настанови цивільного права. Більше того, при такому підході не враховуються міжнародні характеристики приватних відносин, що є предметом саме МПрП, їх зв'язок більше ніж з одним правопорядком. Саме існування, а також запровадження системи принципів МПрП (наприклад, взаємозв'язку правових систем, ввічливості, допуску іноземного права на власну територію) мало придатні для функціонування в межах цивільного права, більшою мірою не збігаються з принципами цивільного права, видаються штучно підпорядкованими цивільним принципам, які лише опосередковано впливають і взаємодіють одні з одними, як з принципами спорідненої, але іншої системи. Особливо не співвідносяться між собою мета цивільного кодексу і закону про МПрП. Якщо в першому випадку метою є матеріальне (безпосереднє) регулювання особистих і майнових відносин, засно-

¹ Див.: *Бабаєв М. Х. О.* Вказ. праця. — С. 2; *Международное частное право: Учебник / Под ред. Г. К. Дмитриевой.* — М., 2000. — С. 92.

² Див.: *Кечекьян С. Ф.* Вказ. праця. — С. 22.

³ Див.: *Шумілов А. С.* Міжнародно-правове співробітництво пострадянських держав (на прикладі країн СНД): Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. — Х., 2003. — С. 4.

⁴ Див.: *Зивс С. Л.* Вказ. праця. — С. 34–38.

ваних на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, то метою законодавчого акта з питань МПРП повинно бути визначення правопорядку для регулювання приватних міжнародних відносин¹, тобто, в першу чергу, вирішення проблеми колізії правопорядків у приватній сфері.

Тому видається більш виваженим з точки зору відповідності змісту правового регулювання приватноміжнародних відносин зовнішній формі виразу даної сфери права, заснування відповідного нормативного матеріалу саме у вигляді окремого закону. Подібна позиція отримує важливого значення для взаємоув'язки внутрішнього законодавства в Україні, адже саме у законі є можливим встановити мету, принципи, методи, притаманні МПРП, що відображали б особливості, характерні риси, специфіку щодо встановлення правового регулювання відносин, пов'язаних більше ніж з одним правопорядком, а також запровадження інших нормативних актів як національного, так і міжнародного походження.

У контексті заснування єдиного закону, присвяченого регламентації приватноміжнародних суспільних відносин, особливого значення отримує проблема взаємоув'язки всього внутрішнього законодавства у сфері МПРП України, адже, як відомо, незважаючи на те, що Цивільний кодекс на сьогоднішній день не регламентує ці відносини, і більше того, кодифікацію планується здійснити у формі закону, Сімейний кодекс України, невідомо чому, з яких міркувань і навіщо, містить Розділ VI, норми якого стосуються вирішення колізій сімейного права з міжнародною природою, у той час як тотожні норми є органічною частиною проекту Закону України «Про міжнародне приватне право». Подібна нелогічність, дисгармонійність, непродуманість джерел національного законодавства (на яку вже зверталась увага в літературі²) може породити внутрішні суперечності нормативних актів як ще одну невиправдану створену проблему для правозастосування. Тому українському законодавцеві слід обов'язково визначитись з формою внутрішніх нормативних актів для регламентації приватноміжнародних відносин і привести у відповідність чинні і проєктовані норми у даній сфері позиції МПРП, котра не потребує окремого, допоміжного регулювання з боку Сімейного, Цивільного чи інших кодексів, які є основою для інших сфер права.

¹ Див.: Степанюк А. А. Мета законодавства у сфері міжнародного приватного права // Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. – Х., 2004. – Вип. 70. – С. 110.

² Див.: Степанюк А. А. Реформа законодавства у сфері міжнародного приватного права // Підприємство, господарство і право – 2004. – № 11. – С. 10.

Крім того, якщо виходити із самостійності МПРП як царини внутрішнього права, а не частини міжнародного публічного права, цивільного права, полісистемного комплексу чи комплексної галузі права, основоположний документ МПРП повинен також встановлювати роль, значення, місце, юридичну силу в системі джерел інших нормативно-правових актів (міжнародних договорів і звичаїв) між собою, а також з внутрішнім законодавством.

Наступним джерелом МПРП слід визнати міжнародні договори на тій підставі, що вони не тільки зобов'язують держави-учасниці, але можуть бути інструментом упорядкування відносин приватних осіб, навіть якщо для цього необхідні ратифікація, відсилання тощо. Тут слід підтримати позицію тих науковців, які зазначають незмінність міжнародної природи таких договорів при включенні їх у правову систему тими чи іншими шляхами трансформації, адже навіть якщо вони стають «частиною національної системи права», їх походження залишається міжнародним, а безпосереднє регулювання відносин приватноміжнародного характеру може бути здійснене за допомогою посилення на такі акти. Безумовно, в даному контексті йдеться про «самовиконувані» міжнародні договори, які не потребують деталізації своїх норм у внутрішньому законодавстві і спеціально призначені для регулювання певних приватноміжнародних відносин.

На сьогодні, напевне, найбільшу кількість міжнародних договорів, що повинні вирішувати у тому числі колізії у сфері МПРП, становлять двосторонні договори про правову допомогу в цивільних і кримінальних справах. За участі України їх є близько 30. І хоча більшість з них дісталася нам «у спадок» від СРСР, слід зазначити, що вони й досі інколи укладаються з деякими державами.

Як видається, для розуміння їх ролі і значення у правовій системі слід згадати причини, що свого часу вплинули на виникнення і поширення зазначених міжнародних актів. Не слід забувати, що за радянських часів актуальною у зовнішній і внутрішній політиці СРСР була тема протистояння двох ворожих один одному таборів: соціалістичного і капіталістичного. І хоча через існування «залізної завіси» відносини радянських громадян з іноземцями, особливо з капіталістичних країн, були обмеженими і нечисленними, їх повного анулювання уникнути не вдалось. Разом із цим у внутрішньому праві, ідеології, законодавстві проголошувалась пріоритет демократичних цінностей, рівне ставлення до будь-яких систем власності, громадян капіталістичних країн тощо. Все це вимагало законодавчого встановлення норм, однаково спрямованих на регулювання відносин приватноміжнародного характеру, пов'язаних із правом со-

ціалістичних і капіталістичних країн. У літературі радянських часів єдність правового регулювання цих відносин щодо держав, юридичних осіб і громадян усіх без винятку країн називалась навіть принципом радянського права. Реальна ж мета правового регулювання суспільних відносин приватноміжнародного характеру, пов'язаних із соціалістичними країнами, була іншою, ніж з капіталістичними. Тому для її досягнення використовувався зручний і надійний інструмент двосторонніх договорів про правову допомогу, який дозволяв встановлювати спеціальне регулювання для суб'єктів країн соціалістичного табору¹.

З цього приводу радянська доктрина характерно відзначала, що двосторонні договори між країнами соціалізму сприяють зміцненню систем співробітництва, взаємній допомозі соціалістичної співдружності², що базуються на спільній ідеології, пролетарському інтернаціоналізмі, єдності мети комуністичного будівництва, спільній боротьбі по захисту національної незалежності і революційних завоювань, захисту загального миру і безпеки народів³, і відіграють важливу роль у справі забезпечення безпеки соціалістичних країн в їх успішному просуванні шляхом соціалізму і комунізму⁴. Крім того, варто відмітити, що для договірної практики так званих капіталістичних країн ці форми міжнародного співробітництва характерними не були. І якщо на сьогодні наведені постулати теорії радянського права незворотно пішли у небуття, постає слушне питання: чи потрібні названі двосторонні договори як засіб вирішення колізій у МПРП тепер?

Одночасно необхідно відзначити, що норми двосторонніх договорів про правову допомогу, які стосуються МПРП, становлять їх незначну частину. В цих документах регламентуються, зокрема, правовий захист і допомога, компетенція органів юстиції, питання міжнародного цивільного процесу, кримінального права та ін. Тому включення норм МПРП до таких договорів слід вважати результатом недосконалості юридичної техніки, коли для вирішення колізій у даній сфері не було змоги розробити й укласти окремий міжнародний акт.

Самі ж колізійні положення двосторонніх договорів про правову допомогу є явно застарілими, не відповідають новітнім тенденціям розвитку законодавства, науки, потребам практики тощо, але, незважа-

ючи на їх недосконалість, відповідно до норм Закону України «про міжнародні договори України», вони мають пріоритет перед внутрішнім законодавством. (Подібну ситуацію відзначають і російські теоретики стосовно свого МПРП¹). Очевидно, що правовий нонсенс превалювання застарілих норм необхідно якнайшвидше долати. Зауваження викликає і структура таких двосторонніх договорів, що також «є застарілою і потребує удосконалення»².

Навіть якщо сприйняти позитивний момент, який відзначають прихильники договорів про правову допомогу щодо уніфікації правового регулювання договірних країн, то не слід забувати, що ці договори укладались і укладаються якраз із тими країнами, з якими на приватному рівні контакти громадян України не є аж надто поширеними. Крім того, єдність у правовому регулюванні може бути досягнута більш ефективним способом — участю у багатосторонніх міжнародних договорах.

Отже, виникає питання: навіщо нам потрібні такі «дефектні» форми правового регулювання? Як видається, двосторонні договори про правову допомогу вже відіграли ту історико-правову роль, яку повинні були відіграти за радянських часів, а тому щонайбільше чим вони можуть бути в умовах сьогодення, — це основою для детального і сучасного розроблення норм МПРП для переходу до укладення універсальних міжнародних договорів³. Тому, якщо правова політика держави у сфері МПРП стане виваженою, продуманою і послідовною, слід прогнозувати зменшення випадків укладання двосторонніх міжнародних договорів про правову допомогу як інструмента подолання колізій приватноміжнародного походження, денонсації укладених і переходу до багатосторонніх форм співпраці шляхом участі в універсальних міжнародних договорах з великою кількістю країн-учасниць. Тим більше, що передумови для цього складаються позитивні: Україна з 2003 р. є членом Газької конференції з МПРП, що поглиблюватиме правову співпрацю нашої держави з іншими учасниками цієї організації. А тому слід прогнозувати, що через 10–20 років феномен двосторонніх договорів про правову допомогу як інструмент правового регулювання у МПРП стане фактом давно минулих днів, аналогічно позиції, яку займає зараз, наприклад, колгоспне право в сучасній системі права, згадки про яке можна зустріти хіба що в застарілих нормативних збірниках, чи на вицвілих сторінках юридичної преси радянських часів.

¹ Див.: *Богуславский М. М.* Правовое регулирование международных хозяйственных отношений. – М., 1970. – С. 46–47.

² Див.: *Лукашук И. И.* Международно-правовое регулирование международных отношений. – М., 1975. – С. 132.

³ Див.: *Реутт Б. В.* Вказ. праця. – С. 3.

⁴ Див.: *Фогелс А. Г.* Договоры о взаимной помощи в современном международном праве (в практике советского государства). – Л., 1967. – С. 3.

¹ Див.: *Толстых В. Л.* Международное частное право: коллизийное регулирование. – СПб., 2004. – С. 90.

² *Галущенко Г. В.* Вказ. праця – С. 3.

³ Див.: *Реутт Б. В.* Вказ. праця. – С. 3.

І, нарешті, третім джерелом МПрП слід назвати міжнародні звичаї. Вони визнаються найстарішою формою правового регулювання, однак випадки потреби в них не є численними. Міжнародний звичай залишається пріоритетним джерелом правової регламентації в окремих сферах суспільних відносин: перевезення, поставка, розрахунки тощо. Однак можливість його застосування обмежується необхідністю згоди на це з боку держави шляхом прямого санкціонування або відсилання, в чому виражається ставлення держави до допуску міжнародних звичаїв у процесі правового регулювання приватних міжнародних суспільних відносин.

На додаток не визначеною в доктрині і законодавстві залишається юридична сила звичаїв щодо міжнародних договорів. Так, одні вчені вважають, що міжнародні договори мають пріоритет перед звичаями¹, інші — що вони мають однакову юридичну силу², а законодавство України у сфері МПрП (як чинне, так і проєктоване) з цього приводу мовчить. Як видається, нормативне узгодження ієрархічного місця джерел МПрП, а відтак, і визначення їх юридичної сили є важливою передумовою збалансованого правового регулювання, уникнення суперечностей між ними, гармонізації правозастосування і адекватного розв'язання колізій між правопорядками у приватній сфері, а також можливості безпосереднього вирішення справи по суті.

Разом із цим проблема узгодження форм правового регулювання, а також дослідження сутності окремих джерел права — перспективний напрямок науки МПрП, слідування якому здатне призвести до ще більш обґрунтованих, теоретично і практично важливих висновків.

Надійшла до редколегії 14.04.05

¹ Див.: *Лукин П. И.* Источники международного права. – М., 1960. – С. 103

² Див.: *Мионов Н. В.* Международное право: нормы и их юридическая сила. – М., 1980. – С. 99.

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

В. Коновалова, академік АПрН України

Методика розслідування злочинів: оптимальні системи слідчих дій

Методика розслідування злочинів як концепція наукових положень про планування і розслідування окремих видів злочинів нині досягла досить високого рівня розвитку за рахунок таких інтегральних положень, як криміналістична характеристика і ситуаційна залежність планування й організації окремих видів злочинів¹.

Інтеграція наукових знань у методиці розслідування злочинів, як і в інших галузях науки, створила необхідний потенціал для розвитку її теорії і разом з тим передумов для диференціації окремих положень, що потребують подальшого поглибленого дослідження. Отже, нагромадження теоретичних положень привело до необхідності їх адаптування в окремі напрямки методики, розвиток яких став необхідним для практичної діяльності слідчих органів. Такими окремими напрямками в методиці розслідування деяких видів злочинів стали: методика розслідування розкрадань, включаючи комплекс її різновидів, зумовлений видом і способами вчинення злочинів; методика розслідування вбивств, що містить деякі окремі так звані мікрометодики (малі методики), такі, як розслідування вбивств із розчленуванням трупа, вбивств без трупа, вбивств за замовленням, вбивств, учинюваних організованими злочинними групами², та ін. До таких же комплексних методик належать методика розслідування злочинів у сфері економіки³, методика розслідування екологічних злочинів⁴, методика розслідування легалізації грошових коштів, одержаних злочинним шляхом⁵, та ін. Останнім часом

¹ Див.: *Белкин Р. С.* Курс криминалистики. – М., 1997. – Т. 3. – С. 299.

² Див.: *Коновалова В. Е.* Убийство: искусство расследования. – Х., 2001.

³ Див.: *Матусовский Г. А.* Экономические преступления. Криминалистический анализ. – Х., 1999.

⁴ Див.: *Экологические преступления. Квалификация и методика расследования.* /Под общ. ред. профессоров В. Е. Коноваловой, Г. А. Матусовского. – Х., 1994.

⁵ Див.: *Журавель В.* Предикатный фактор у структурі елементів криміналістичної характеристики легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. // Вісник Академії правових наук України. – 2005 – № 1(40).

усебічно досліджується методика розслідування терористичних актів, пов'язаних з організацією вибухів у різних регіонах, вчинюваних мусульманськими реакційними групами, ідеологи яких поставили за мету встановлення світового панування ісламу. Процес диференціації — відбруньковування окремих методик, що входять як складові частини в методику розслідування окремих видів злочинів — мав за мету поглиблене розроблення тих напрямків, що залишалися недостатньо дослідженими, однак необхідними для практики боротьби зі злочинами.

Притаманний розвиток всіх наук процес «диференціація — інтеграція — диференціація», що відображає діалектику розвитку наукових знань, посідає місце й у методиці розслідування окремих видів злочинів як одного з розділів теорії криміналістики. При цьому слід відзначити нерівномірність розвитку цього процесу, зумовлену об'єктивними причинами, — новими видами злочинних проявів і необхідністю боротьби з ними. Розвиток нових напрямків у методиці розслідування окремих видів злочинів обумовлений саме цими процесами, не виключаючи суб'єктивний момент, — привабливість нових напрямків для теоретичних досліджень. Тому не можна не відмітити справедливе зауваження Р. Белкіна: «"Остаточним продуктом" криміналістичної науки, що надходить на озброєння слідчої практики, є окремі криміналістичні методики, у змісті яких на основі положень і висновків загальної й окремих криміналістичних теорій комплексуються криміналістичні рекомендації щодо здійснення судового дослідження і запобігання злочинам»¹.

Важливо відзначити, що вживання терміна «остаточний продукт» є умовним, оскільки це підкреслює тільки підсумок розвитку науки на певному етапі, а не завершеність наукового пошуку.

В теорії методики розслідування окремих видів злочинів становить інтерес ідея систематизації слідчих дій, що забезпечують найбільш ефективний процес розслідування.

В криміналістичних дослідженнях слідчої тактики знайшли своє місце ідеї щодо систем тактичних прийомів та їхньої можливої систематизації стосовно ситуацій окремих слідчих дій (В. Шепітько), що значно розширило діапазон та ефективність їхнього користування з метою одержання доказової інформації². Однак разом з цим криміналісти майже не зверталися до проблем систематизації слідчих дій, залишаючись у традиційних уявленнях про їхню послідовність, як оптимального результату теоретичного узагальнення слідчої практики. Тим часом

¹ Див.: Белкин Р. С. Курс криминалистки. Вказ. праця. — С. 298.

² Див.: Шепітько В. Ю. Теоретические проблемы систематизации тактических приемов в криминалистке. — Х., — 2005.

ця проблема, як показали окремі дослідження, виконані на сучасному рівні, не тільки становить інтерес, а й має важливе практичне значення, для забезпечення розслідування оптимальними рекомендаціями. Ситуаційний підхід до визначення можливих варіантів версій, а відтак, і систем слідчих дій на комп'ютерному рівні вперше був використаний В. Синчуком¹.

Його дослідження належало до методики розслідування вбивств і мало на меті передусім оптимальний вибір версій у різних ситуаціях вбивств, що визначають комплекс доказової інформації. До цієї проблеми примикає й визначає системи слідчих низка рекомендацій щодо системи слідчих дій на початковому етапі розслідування.

Системи слідчих дій відрізняються від їхньої традиційної послідовності такими обставинами: 1) жорсткою ситуаційною залежністю; 2) обґрунтованістю передовим досвідом слідчої практики; 3) оптимальною результативністю їхнього застосування.

Використання систем слідчих дій при розслідуванні окремих видів злочинів має певні переваги: сприяє швидкості розслідування, а також економії сил і засобів слідчого апарату, дозволяючи обирати їх найбільш оптимальні варіанти.

При побудові систем слідчих дій примітною є їхня залежність від ситуацій, що складаються на початковому етапі розслідування. Вони у свою чергу можуть бути різноманітними, зумовленими комплексом чи простою наявністю доказової інформації. При цьому варто розрізняти *криміналістичну* ситуацію, що існує до порушення кримінальної справи і має, як правило, незначний обсяг доказової інформації, і *слідчу*, котра має місце після порушення кримінальної справи і становить результати проведення *окремих* слідчих дій. Кримінальна ситуація, як правило, є результатом проведення окремих нечисленних слідчих і оперативно-розшукових дій (огляд місця події, призначення судово-медичної експертизи, встановлення свідків) і за своїм характером передують слідчій ситуації, яка має великий обсяг доказової інформації, що дозволяє обирати ту чи іншу систему слідчих дій, зумовлених версією, що виникла.

В теорії криміналістичної методики при позначенні методики розслідування окремих видів злочинів існують традиційні схеми, в яких названо перелік слідчих дій, що починаються на початковому і наступному етапах розслідування. Ці схеми мають загальний характер, що не враховує різні ситуації, де певна схема не завжди може виконати необ-

¹ Див.: Синчук В. Л. Кореляційні залежності між елементами криміналістичної характеристики та їх використання в методиці розслідування вбивств: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2004.

хідні функції внаслідок її абстрактності. У дослідженнях методики розслідування окремих видів злочинів, розпочатих у недавній період при формуванні слідчих дій, що зумовлюють ефективність розслідування, став здійснюватися ситуаційний підхід як до планування розслідування, так і до переліку слідчих й оперативно-розшукових дій, що забезпечують ефективність розслідування.

Однак перелічування ситуацій, що можуть виникати при розслідуванні, звичайно обмежується декількома традиційними, що природно, не відображає їхнього можливого існування в дійсності. Тому розширення банку можливих ситуацій, що відображають їхню дійсну наявність і прогнозування можливих, є основою для формування систем слідчих дій, аналіз яких дозволить обрати найбільш оптимальні.

Слід зазначити, що в цьому відношенні найбільш розробленими є методики, забезпечені значним арсеналом слідчої практики. До них у першу чергу належить методика розслідування вбивств, яка у своїй підструктурі зосередила значний комплекс окремих малих методик — методику розслідування вбивств із розчленуванням трупа, «без трупа», прихованих інсценуванням, вчинених «за замовленням», вчинених організованими злочинними групами. Серед таких найбільш розроблених методик, до яких, на жаль, мало звертається практика, можна назвати методику розслідування екологічних злочинів, у дослідженні якої названо досить оригінальні ситуації стосовно злочинів, пов'язаних з порушенням довкілля шляхом скидання і викидання шкідливих речовин при окремих виробничих процесах і екологічних катастрофах¹. У цьому ж плані відповіддю на запити практики з'явилися досить докладно розроблені методики розслідування злочинів у сфері економіки, що дозволили виділити слідчі ситуації і разом з ними комплекси слідчих дій, які забезпечують розслідування в різних галузях економіки.

Відстаючими напрямками досліджень у методиці розслідування злочинів, гостро необхідними практиці, є методика розслідування терористичних актів, учинюваних організованими групами й окремими особами, яка презентована тільки в окремих статтях і навчальній літературі². Це ж стосується і до досліджень методики розслідування легалізації (відмивання) грошових коштів або іншого майна, одержаних зло-

¹ Ситуації розгляду виділені проф. М. В. Салтевським і позначені як еколого-динамічна, еколого-спонтанна та ін. Він же назвав переліки слідчих дій, що забезпечують розслідування (див.: *Экологические преступления. Квалификация и методика расследования.* – 1994).

² Див.: *Коновалова В. Е.* Тероризм: проблеми методики розслідування злочинів // *Вестник Академії правових наук України.* – 2003. – № 2–3.

чинним шляхом, де прерогативою стали роботи кримінологів¹, а методу презентовано окремими розділами підручників з криміналістики і статтями².

Розвиток комплексів слідчих дій відповідно з розвитком окремих методик розслідування проходить декілька етапів. Першим з них є впорядкування комплексу слідчих дій і рекомендації до послідовного їхнього проведення, що визначаються загальними уявленнями про значення слідчих дій для розслідування того чи іншого виду злочинів. Тому така послідовність має загальний характер, обумовлений цінністю дій для одержання необхідної доказової інформації. Другий етап припускає більш диференційований комплекс слідчих дій, обумовлений ситуаційним підходом до розслідування, а відтак, необхідністю сформувати свого роду систему слідчих дій, що є найбільш оптимальною для цілей розслідування й опробованою аналізом слідчої практики. Третій етап, на нашу думку, припускає створення алгоритмів, своєрідних матриць, що можуть використовуватися (накладатися) у різних ситуаціях і їхніх різновидах. Це найбільш високий рівень створення комплексів слідчих дій, що являє собою підсумкові розробки з урахуванням їхньої практичної результативності.

В даний час ситуаційний підхід у методиці розслідування окремих видів злочинів обмежений рівнем типових ситуацій, обумовлених видом злочинної діяльності, що дозволяє створити перелік слідчих дій, які забезпечують ефективність розслідування. Однак відомо, що *типове* не може обійняти всі різновиди, у тому числі стосовно ситуацій, що виникають на початкових і наступних етапах розслідування. Тому розвиток ситуаційного підходу, а разом з ним і комплексів слідчих дій має йти в напрямку вищого вичленування можливого числа ситуацій, багато з яких підказують узагальнення й аналіз слідчої практики.

У створенні систем слідчих дій стосовно до ситуацій повинен дотримуватися принцип їхньої найбільшої інформативності в одержанні доказів при дотриманні економії процесуальних засобів. Така інформативність прогнозується при аналізі слідчої ситуації, висуванні версій, перевірка яких здійснюється шляхом провадження слідчих дій (їх найбільш ефективних систем).

Системи слідчих дій, що вважаються найбільш ефективними, можуть бути основою для створення алгоритмів. Алгоритм припускає жорстку

¹ Див.: *Кальман О. Г.* Стан і головні напрямки попередження економічних злочинів в Україні: теоретичні та практичні проблеми. – Х.: 2003.

² Див.: *Шепитько В. Ю.* Курс лекцій. – Х., 2003. – С. 326; *Журавель В. Ю.* Вказ. праця; *Журавель В. А., Великанов С. В.* Слідчі ситуації в методиці розслідування легалізації (відмивання) доходів, отриманих злочинним шляхом // *Вісник Академії правових наук України.* – 2004. № 4 (39).

схему дій стосовно слідчої ситуації. Він має обмежену функцію, оскільки працює тільки у визначеній ситуації. Разом з тим його позитивна роль полягає у швидкості вирішення поставленого завдання, що певною мірою сприяє ефективності розслідування. У нетрадиційних, нетипових ситуаціях, що вимагають творчого пошуку і підходу, алгоритм може грати допоміжну, орієнтуючу роль. Розроблені алгоритми слідчих дій, як і їхні системи, повинні складати банки даних, що мають за мету інформаційне забезпечення розслідування. В цьому плані оптимальні системи слідчих дій можуть виконувати двояку роль: а) навчальну; б) практичного використання. Навчальна роль полягає в ознайомленні із системами слідчих дій, спрямованих на ефективні вирішення завдань розслідування. Практичне значення полягає в реалізації названих систем у процесі розслідування як забезпечуючих ефективність і швидкість стосовно ситуацій злочинів, складних для розслідування, — легалізація грошових коштів, одержаних злочинним шляхом, терористичні акти, бандитизм, злочини, вчинювані організованими групами, що сприятиме ефективності розслідування, виконуючи навчальні і реалізовані в розслідуванні функції.

Надійшла до редколегії 10. 10. 05

О. Юрченко, кандидат юридичних наук
(Національна академія Служби безпеки
України)

Можливості застосування новітніх технологій в інформаційно-аналітичному забезпеченні державної системи захисту промислової власності

З проголошенням Урядом України курсу на створення ринкової економіки, вибором інноваційної моделі розвитку, правовим закріпленням різноманітних форм і видів власності, визнанням об'єктів інтелектуальної, в тому числі промислової, власності як товарів зростає нагальна потреба в їх ефективному використанні та захисті від злочинних посягань. У нових умовах назріла об'єктивна необхідність у принциповому поновленні й вдосконаленні системи захисту промислової власності¹. Значну роль у вирішенні цих

¹ Див.: Юрченко А. М. Проблемы защиты интеллектуальной собственности Украины в контексте евроинтеграционного развития // Бизнес и безопасность. – 2004. – № 4 (41). – С. 5–7.

питань держава відводить Службі безпеки України, зокрема підрозділам контррозвідального захисту інтелектуальної власності.

Вирішення цих завдань на сучасному етапі розвитку науково-технічного прогресу неможливо без використання новітніх інформаційних технологій. Тому розроблення та впровадження інтелектуальних систем аналізу й оброблення інформації в контррозвідальну діяльність СБУ є актуальними чинниками підвищення ефективності оперативно-службової діяльності.

Питанням інформаційно-аналітичного забезпечення оперативно-службової діяльності правоохоронних органів присвячено праці вітчизняних науковців: С. Азарова, М. Вергузаєва, В. Голубєва, Р. Калюжного, М. Костюченка, В. Цимбалюка, В. Хахановського, В. Хорошка, М. Швеця та ін. Проте публікації щодо впровадження інтелектуальних інформаційних систем нового покоління в діяльність правоохоронних органів України практично відсутні.

Аналіз сучасних технологій оброблення даних в інтересах державних, правоохоронних і комерційних структур свідчить про активні розроблення і використання технологій інтелектуального аналізу даних (ТІАД) і геоінформаційних систем (ГІС-технологій). Багато в чому це пов'язано з тим, що на застосуванні зазначених технологій оброблення даних базуються перспективні концепції управління силами і засобами в складній оперативній обстановці. На основі їх активного використання приймаються складні політичні, економічні й інші рішення.

З розвитком Internet-технологій багато провідних зарубіжних фірм, що спеціалізуються в сфері інформаційних технологій, щорічно вкладають величезні кошти в створення відповідного інструментарію інтелектуальної інформації. Причому навіть самі фантастичні вкладення тут виправдані — вже через три роки, на думку глави Intel К. Буррета, на Землі прогнозується мільярд користувачів Internet.

Світовий Internet став настільки глобальним, що боротьба зі злочинами в ньому вже не під силу навіть такому монстру, як ФБР¹. Американська спецслужба розробила спеціальну комп'ютерну програму InfraGuard для залучення різних організацій і бізнес-структур, у тому числі іноземних, у справу виявлення і притягнення до відповідальності кіберзлочинців. На сьогодні програму встановлено в офісах близько 500 компаній, включаючи такого гіганта, як IBM. Безумовно, інтелектуалізація оброблення даних у зв'язку з бурхливим розвитком Internet-технологій починає здобувати все більше значення для ефективного розв'язання двох основних проблем.

¹ Див.: Безопаска комп'ютерних систем. Комп'ютерна злочинність та її попередження / М. С. Вергузаєв, В. О. Голубєв, О. І. Котляревський, О. М. Юрченко / Під ред. О. П. Снігерьова. – Запоріжжя, 1998.

З одного боку, це одержання в реальному масштабі часу багатоаспектної й об'єктивної інформації з Internet, інших доступних інформаційних і телекомунікаційних систем про стан, напрямок розвитку і рівень погроз тих чи інших процесів у світовому масштабі, суспільстві та його окремих етно-економічних утвореннях. Тут зовсім очевидно, що синтез знань, відображених у тих чи інших розрізненних і, на перший погляд, не пов'язаних єдиною логікою даних, здійснений на основі систем їх інтелектуального оброблення, дає абсолютно нову інтегративну якість, що дозволяє вгадати, а відтак, і попередити негативний розвиток тих чи інших процесів і явищ. Таким чином, йдеться про створення на базі названих технологій інтелектуального середовища моделювання безпечного розвитку систем і процесів¹.

З іншого боку, застосування інтелектуальних технологій оброблення даних дає можливість на порядки підвищити ефективність функціонування різних комп'ютеризованих систем, у тому числі пов'язаних із прийняттям стратегічних рішень, що відповідають за безпечний розвиток технологічних процесів, використовуються у системах управління військами і зброєю, правоохоронними структурами.

З наведеного можна зробити висновок: в умовах обстановки, що швидко змінюється в Україні і характеризується вираженим дефіцитом часу на прийняття рішень, пов'язаних із глибоким аналізом і прогнозуванням розвитку ситуації, орієнтація на інтелектуальні автоматизовані системи підготовки рішень виступає першочерговим завданням.

В умовах стрімкого збільшення кількості електронних записів ТІАД і ГІС-технології потрібні більшості користувачів ними. Ці технології, створені зусиллями провідних світових виробників, стали визнаним стандартом для низки міжнародних організацій. У чому ж полягають їх сутність, привабливість і корисність?

Якщо коротко, сутність цих технологій полягає в інтелектуалізації управління процесами інформаційного забезпечення, що включає автоматизований пошук інформаційних взаємозв'язків будь-яких об'єктів: подій, людей, формалізованих знань із усіх видів баз даних, що існують у світі, у тому числі баз даних неструктурованої текстової інформації, візуалізацію складно структурованої інформації в графічному і табличному вигляді, статистичний і географічний аналіз подій, пошук прихованих, латентних об'єктів.

¹ Див.: Системно-структурный подход к совершенствованию аналитической работы в органах внутренних дел в условиях создания, функционирования и развития ОАСУ (ЕИВС) / Ю. И. Аболонцев, М. С. Вертузаев, В. А. Гадышев, Т. А. Мацко: Учеб. пособ. – М., 1992.

Говорячи про ТІАД, слід зазначити, що вони розраховані на користувача з мінімальною комп'ютерною підготовкою. Робота в інтелектуальному середовищі здійснюється в реальному масштабі часу. Будучи виявлено простими і надійними в застосуванні, технології забезпечують істотну економію витрат і часу на пошук значущої інформації. Особливо ефективно вони зарекомендували себе за рубежом при практичному плануванні заходів у сфері боротьби з організованою злочинністю, незаконним обігом наркотиків, економічними злочинами¹.

З огляду на виняткову важливість антикримінальної діяльності розглянемо основні напрямки ефективного застосування ТІАД у цій сфері.

По-перше, це розслідування фактів шахрайства². ТІАД дають можливість оперативно збирати, глибоко аналізувати інформацію з різних джерел (повідомлення, результати попереднього розслідування, інформація про зв'язки сторін, адреса, банківська і фінансова інформація), встановлювати неявні зв'язки. Крім того, технології дозволяють проводити часовий аналіз, виявляти нестиковки в подіях, виводячи експерта на факти шахрайства з указівкою місцезнаходження грошей і рахунків.

По-друге, ТІАД різко підвищують продуктивність роботи слідчих при розслідуванні масштабних справ, діяльності організованих злочинних груп із десятками і сотнями фігурантів, тисячами епізодів і зв'язків, злочинної активності на значних територіях; систематизують події, впорядковують їх за типами і значущістю, структурують за часом, визначають мету, мотивацію і структурну організацію злочинців у тому чи іншому кримінальному епізоді.

По-третє, ТІАД є незамінними в так званому розвідувальному аналізі³, а саме: на етапі планування при визначенні мети, робочих гіпотез, корисній інформації й організації збирання даних та їх тестуванні, потім — на етапі інтерпретації даних і поданні результатів у вигляді діаграм, схем, таблиць, графіків.

По-четверте, ТІАД показали свою сильну профілактичну сторону в процесі визначення потенційних об'єктів і суб'єктів кримінальної ак-

¹ Див.: Вертузаев М. С., Попов А. Ф., Юрченко А. М. Мошенничество с использованием пластиковых платежных средств (из опыта работы ГУВД г. Москвы) // Бюллетень по обмену опытом работы органов внутренних дел Украины. – К., 1998. – № 122. – С. 49–54.

² Див.: Шахрайство з пластиковими платіжними засобами. / М. С. Вертузаев, Я. Ю. Кондратьев, С. Є. Пугачов, О. М. Юрченко // Бюллетень з обміну досвідом роботи. – К., 2000. – № 125. – С. 14–17 (вих. № 28/12т); № 126. – С. 22–29 (вих. № 28/28цт, інв. № 9–369 НАВСУ); № 127. – С. 23–26 (вих. № 28/42цт, інв. № 9-372 НАВСУ).

³ Див.: Вертузаев М. С., Вертузаев А. М., Юрченко А. М. Некоторые аспекты виртуальной разведки // Бизнес и безопасность. – 2002. – № 6. – С. 54–58.

тивності, наприклад ідентифікація потенційних злочинців¹, з'ясування цілей, часу й об'єктів можливого злочину, запобігання масовим злочинам і терористичним актам, прогнозування можливостей і напрямків промислового шпигунства, виявлення взаємодії злочинних елементів у всьому ланцюжку незаконного обігу наркотиків.

Нарешті, не можна не згадати і про таку можливість технологій, як створення оптимальних схем організації роботи оперативно-слідчих груп з огляду на особливості «кримінальної моделі», яка відпрацьовується.

Щоб розмова не була лише абстрактною, розглянемо більш докладно один з найбільш відомих програмних продуктів класу — i2, який звучить як «Ай-Ту». Технології «Ай-Ту»:

- використовують понад 1300 державних і комерційних організацій у 70 країнах світу;
- прийняті як стандарт Інтерполу й Європолу;
- відзначені спеціальними нагородами Міжнародної асоціації аналітиків правоохоронних органів (IALEIA — International Association of Law Enforcement Intelligence Analysts) у 1993, 1998, 2001 рр.;
- прості в застосуванні, не вимагають від користувача спеціальних комп'ютерних знань.

Analyst's Notebook (ANB) — основний компонент технологій «Ай-Ту», забезпечує переклад і демонстрацію аналітикам складної інформації у вигляді схеми, що легко розуміється. При цьому інструментальний засіб Link Notebook підтримує схеми аналізу зв'язків, потоків продукції, фінансових потоків і т. ін., у той час як Case Notebook «відповідає» за часові графіки чи схеми послідовності подій, діаграми дій у кожній з подій, комплексні діаграми, що відображають події та їх перебіг.

Таким чином, ANB може автоматично проаналізувати всі знайдені дані, розплутати складні зв'язки у великих мережах, що відображають взаємодії об'єктів різної природи, і швидко представити все це в інтелектуальній графічній формі, полегшивши роботу аналітика і різко просунувши його до вирішення поставлених завдань, наприклад, при розкритті і розслідуванні злочинів.

iBase — система управління даними — становить найбільший інтерес для користувачів, зацікавлених у створенні власної бази даних. Вона дозволяє збирати, структурувати, зберігати й оновлювати дані з різнорідних джерел, складає звіти й обробляє дані за допомогою системи візуальних запитів за принципом «намаляйте питання — одержите картинку-відповідь».

¹ Див.: Вертузаев М. С. Специфические проблемы идентификации личности при обработке информации на ЭВМ // Технические средства и системы в предупреждении и раскрытии преступлений. — К., 1991. — С. 78–84.

Система управління даними iBase включає спеціальні інструментальні засоби накопичення й оброблення складно структурованої інформації з розширеними можливостями по взаємодії з графічними засобами аналізу, відрізняючись, проте, інтуїтивно зрозумілим інтерфейсом, що виключає необхідність вивчення складної мови запитів бази даних¹.

Важливим для практики є те, що iBase надає можливість працювати «у команді», тобто в реальному масштабі часу поділитися з колегами знаннями про ту чи іншу ситуацію, що виникає, наприклад, у процесі розкриття і розслідування злочинів. При цьому, зрозуміло, забезпечується повна інтеграція з ANB.

iBridge — інтерфейсні програмні засоби зв'язку існуючих баз даних і додатків з Analysts Notebook:

- у сполученні з Analyst's Notebook становлять могутнє й ефективне аналітичне середовище;
 - дозволяють швидко витягти й об'єднати в одній діаграмі інформацію з усіх доступних баз даних;
 - ефективно виявляють приховані взаємозв'язки в існуючих даних.
- Analyst's Workstation:
- поєднує можливості Analyst's Notebook, iBase, iGlass (компонента, що полегшує побудову графіків);

– дозволяє інтегруватися з ПС-технологіями й іншими технологіями аналітичного оброблення даних. До речі, пакет iGlass надає різноманітні можливості для аналізу даних, використовуючи комбінацію запитів, графіків і діаграм. За його допомогою оперативно виділяються і порівнюються потрібні схеми і взаємозв'язки між ними. При цьому унікальна навігаційна модель у iGlass дає можливість перевіряти різні гіпотези, створювати діаграми в різноманітних форматах і стилях, просуваючи дослідницьку ідею до оптимального втілення.

Виробник технологій «Ай-Ту» компанія i2.Ltd заснована в 1990 р., є лідером світового ринку програмних інструментів для візуалізації й аналітичного оброблення інформації.

Ексклюзивним дистрибутором технологій «Ай-Ту» у країнах СНД виступає компанія РДТЕХ (заснована в 1992 р.). Це відомий системний інтегратор у сфері проектування, розроблення, впровадження і супроводу інформаційних систем. Нею здійснено низку великих розробок в інтересах правоохоронних структур.

Технології «Ай-Ту» мають надзвичайно широкі сфери застосування. Їх використовують для інформаційно-аналітичного забезпечення держав-

¹ Див.: Вертузаев М. С., Цыганов О. Г. Построение интеллектуального интерфейса сотрудников следственных и оперативных аппаратов с АБД // Компьютерные технологии в правоохранительной сфере: — М., 1993. — С. 84–93.

них структур при вирішенні завдань вдосконалення системи національної безпеки, служби охорони вищих посадових осіб країни, військової розвідки, безпеки закордонних посольств і представництв, митної діяльності, підрозділів по податках і зборам, податкової поліції, контролю в сфері імміграційної служби, органів виконання покарань, судочинства.

Технології приносять велику користь у діяльності аналітичних служб правоохоронних структур при організації ефективних заходів щодо боротьби зі злочинністю, а саме: при розслідуванні складних багатоепізодних злочинів, розкритті серійних злочинів, боротьбі з організованою злочинністю, незаконним обігом наркотиків і зброї, шахрайством, виробництвом і поширенням контрафактної продукції, «відмиванням» грошей, злочинами в сфері високих технологій, автомобільного бізнесу, боротьбі з тероризмом, при організації безпеки масових заходів, пошуку зниклих і т. под.

«Ай-Ту» має цікаві бізнес-додатки. На основі названих технологій вирішуються завдання забезпечення ділової розвідки, безпеки банківської діяльності, корпоративної безпеки, діяльності з попередження шахрайства в сфері кредитних карт, страхового бізнесу, телефонних мережах і телекомунікаційних системах. Деякі відомі журналісти застосовують «Ай-Ту» для проведення незалежних розслідувань.

Отже, наявні практичні приклади застосування технологій «Ай-Ту» наочно підтверджують ту думку, згідно з якою перспективи сучасних аналітичних технологій найчастіше обмежені лише фантазією дослідника.

Останнім часом технології «Ай-Ту» стали активно застосовуватися за рубежом у сполученні з ГІС-технологіями. ГІС (геоінформаційні системи) — це клас програмних продуктів, основним завданням яких є оброблення й аналіз даних, що мають просторову локалізацію. До таких даних належить будь-як інформація, що містить, крім описової (атрибутивної) складової, координатну компоненту.

Поняття ГІС-технології набагато ширше за «програмне забезпечення для геології, географії, картографії». Застосування технологій ГІС надає різноманітні можливості з оброблення як цифрових карт чи планів місцевості, так і планів будинків, комунікацій, дозволяє формувати складні комбіновані запити до даних, що включають низку просторових обмежень.

Можна виділити такі переваги використання ГІС при інтелектуальному аналізі даних:

1) візуалізація складно структурованої інформації. Цифрова чи карта-план дозволяє експерту оцінити спільне розташування цікавлячих його об'єктів та їх топологічний взаємозв'язок;

2) можливість вибірки інформації з урахуванням просторових обмежень, що задаються експертом (належність регіону, близькість до тих чи інших транспортних комунікацій і т.д.);

3) формування картографічних діаграм (картограм). У сукупності з розвинутою системою графічного аналізу інформації цей інструмент відкриває користувачам нову форму подання даних, істотно полегшуючи їх оброблення й аналіз;

4) географічна адресна «прив'язка» об'єктів. Цей механізм дає змогу зіставити адресну інформацію об'єкта з «адресним простором» цифрової карти чи плану. Таким чином, виявляються приховані просторові зв'язки між об'єктами досліджуваної системи.

Природно, розробники «Ай-Ту» не могли не використовувати ці очевидні переваги, що істотно розширюють можливості ТІАД. Analyst's Workstation дозволяє проводити «геоприв'язку» об'єктів і формувати картографічні звіти в середовищі Mapinfo (програмний продукт ГІС одного з провідних світових розробників).

Основна проблема при інтеграції з ГІС-пакетами — це їх «закритість». Звичайно повнофункціональна ГІС являє собою досить складний програмний продукт, що містить багато можливостей, призначена для використання фахівцями в галузі картографії і потребує від користувача спеціальної підготовки. Безумовно, подібні системи містять інтерфейсні засоби для імпорту й експорту даних чи навіть мають вбудовані засоби розробки. Але тимчасові і фінансові витрати на інтеграцію залишаються дуже великими і, як правило, не забезпечують повної двосторонньої взаємодії різних частин програмного комплексу.

Велику увагу цій проблемі останнім часом приділяють розробники в сфері ГІС-технологій. Це зумовлено зростаючою потребою у створенні сучасних бізнес-додатків, що включають різноманітні засоби накопичення, аналізу й подання інформації.

Як приклад успішного вирішення, що дозволяє мінімізувати витрати на включення програмних модулів ГІС при проектуванні і реалізації бізнес-додатків, можна навести розробку компанії «ЕРМА ГЕО СОФТ» — бібліотеку геокомпонентів «ГЕО Модуль». Ця технологія дозволяє фахівцям «ЕРМА ГЕО СОФТ» у стислий термін розробляти спеціалізовані бізнес-додатки з урахуванням індивідуальних запитів кожного замовника і легко інтегрувати свої програмні рішення в інформаційну інфраструктуру багатьох компаній.

Незважаючи на широке використання мультимедіа, текст залишається одним з основних видів інформації у більшості електронних сховищ. Розроблення ефективних підходів до оброблення текстів з метою фільтрації, формування змістовного портрету, навігації по базі текстів є одним з найбільш актуальних напрямків сучасних інформаційних технологій. У статті подано спосіб автоматичного нелінгвістичного аналізу

неструктурованої текстової інформації, реалізований на основі нейромережових алгоритмів.

Існуючі підходи до аналізу текстів можна розбити на два класи. До першого класу належать прості, швидкі, незалежні від мови і предметної галузі, але грубі механізми аналізу; найчастіше це підходи, що використовують статистичні методи. Другий клас формують досить витончені, такі, що дають добрий результат, але порівняно повільні підходи, які залежать від мови і предметної галузі; звичайно вони засновані на лінгвістичних методах. Ефективним можна вважати такий підхід, який об'єднав би в собі швидкість і незалежність від мови алгоритмів першого класу з високою якістю оброблення другого.

Пропонований підхід до аналізу текстової інформації реалізовано на основі однорідного нейромережового (а тому статистичного) оброблення інформації, має достатню швидкодію і не залежить від мови і предметної галузі, але при цьому на відміну від більшості алгоритмів оброблення текстів, реалізованих на основі статистичного підходу, дає добрі результати. Так, за даними відомчої експертизи, представлений підхід, реалізований у системі TextAnalyst, визнано кращим у реалізації однієї з важливих функцій оброблення текстів — побудови рефератів — порівняно з підходом, реалізованим, наприклад, на основі лінгвістичних алгоритмів норвезької компанії CognIT¹.

Можливості технології. В існуючих системах оброблення інформації звичайно реалізуються такі основні можливості оброблення текстової інформації: виділення з тексту ключових слів, побудова реферату, формування гіпертекстової структури, ефективна навігація по тексту, порівняння (класифікація) текстів, таксономія множини текстів на рубрики, ефективне подання інформації користувачеві². Пропонований підхід дозволяє реалізувати всі ці функції.

У результаті аналізу тексту з нього автоматично витягується індекс у вигляді мережі основних понять та їх зв'язків з ваговими характеристиками. Як змістовний портрет тексту розглядається не просто список ключових слів, а мережа понять — безліч ключових слів чи стійких словосполучень, пов'язаних між собою. Кожне поняття має деяку вагу, що відображує значущість цього поняття в тексті. Зв'язок між поняттями теж має вагу. Використання зв'язків дозволяє більш точно зважувати поняття тексту.

Структурний портрет тексту (змістовна мережа) може бути побудований як для одного тексту, так і для будь-якої безлічі текстів. Загальна

¹ Див.: Landau D., Feldman R., Aumann Y., Fresko M., Lindell Y., Lipshtat O., Zamir O. TextVis: An Integrated Visual Environment for Text Mining. In Proc. of the 2nd European Symp. on Principles of Data Mining and Knowledge Discovery (PKDD '98), // Lecture Notes in Artif. Intell. 1510, – P. 5664. – Springer-Verlag, 1998.

² Див.: Dan Sullivan. Document Warehousing and Textmining. – NY, 2001.

мережа понять, побудована у великій кількості текстів, що належать до однієї предметної галузі-рубрики, використовується для навігації по рубриці, а також для порівняння з мережами вхідних текстів при їх класифікації. Мінімальний деревоподібний підграф семантичної мережі являє собою тематичне дерево, що, як і семантична мережа, описує зміст тексту, а також дозволяє здійснювати навігацію по тексту. Тематичне дерево більше схоже на зміст тексту. Вихідний текст (безліч текстів) разом з їх семантичною мережею являє собою гіпертекстову структуру і є одночасно сховищем текстів і базою знань. Семантична мережа може бути використана для автоматичного розбивання безлічі текстів на підмножини — таксономії. При цьому групи текстів формуються з урахуванням закладеної в текстах тематичної структури.

Порівняння семантичної мережі вхідного тексту із семантичними мережами рубрик (класифікація) дозволяє зробити висновок про належність тексту до тематики однієї чи декількох рубрик. У результаті класифікації здійснюється зв'язування вхідного тексту з однією чи декількома рубриками, зумовленими користувачем, чи з рубриками, одержаними при таксономії.

Семантична мережа формує метричний простір, в якому текст і будь-яке його речення є векторами. Вибираючи найбільш істотні вектори в цьому просторі (речення), можна автоматично побудувати реферат. Використовуючи тільки частину мережі, що описує деяку тему, можна побудувати реферат і для заданої теми тексту (тематичний реферат) у вигляді послідовності найбільш значущих для заданої теми речень тексту. Вибір підмережі, пов'язаної з деяким поняттям чи групою понять, дає змогу здійснити змістовний підбір текстів (асоціативний пошук) на задану тему.

Аналіз динаміки тематичних таксонів (рубрик), сформованих автоматично, дозволяє визначати появу нової події чи теми в потоці інформації (тематичну динаміку).

Нейромережева основа. В основі оброблення текстової інформації лежить нейромережева технологія¹, єдина для оброблення інформації різних модальностей: текстової, акустичної², візуальної³. При обробленні інформації різних модальностей змінюється тільки спосіб виділення

¹ Див.: Харламов А. А. Автоматический структурный анализ текстов // Открытые системы. – 2002. – № 10.

² Див.: Юрченко А. М. К вопросу определения терминологии и базовых понятий положения идентификации в теории судебной экспертизы для решения задач предупреждения и раскрытия экономических преступлений // Мат. міжнар. наук.-практ. сем. «Сучасні технології у судовій акустиці» (Україна, Київ, 17–18 жовтня 2002 р.) – К., 2003. – С. 46–56.

³ Див.: Hopfield J. J. Neural networks and physical systems with emergent collective computational abilities // Proc. Natl. Acad. Sci. 79, 1982. – P. 2554–2558.

первинних ознак, а при обробленні текстової інформації додатково вводиться зайвий етап оброблення — перенорміровування ваги слів.

Нейромережева технологія оброблення інформації базується на двох фундаментальних посилках. Інформація подається у вигляді одновірної послідовності символів. Починаються спеціальні зусилля для приведення її до такого представлення. Наприклад, для візуальної інформації виділяються крапки зображення, що несуть найбільші зведення, потім виробляється сканування їх послідовності у визначеному порядку, що приводить до формування деякої інформаційної послідовності. Для мови подібні перетворення є простішими, оскільки вона споконвічно одновірна; те ж і з текстами.

Далі ця одновірна інформаційна послідовність відображається в багатомірний сигнальний простір за допомогою вікна, довжиною в n символів таким чином, що кожні n символів є координатами точки в цьому просторі. А всієї послідовності відповідає траєкторія — послідовність точок у цьому просторі. Таке відображення дозволяє відновлювати внутрішню структуру вхідної інформації, якщо така там є. Річ в тім, що це відображення асоціативні за своєю природою. Як тільки вікно заповнене, воно відразу адресує нас до відповідної точки простору. Допустимо, вхідна послідовність має повторювані фрагменти, наприклад слова. Тоді з появою в послідовності слова, яке вже раніше зустрічалося, траєкторія циклічно проходить по своєму фрагменту, що відповідає цьому слову. Якщо є механізм пам'яті, котрий фіксує число проходжень траєкторії через задану точку простору, а також граничне перетворення (тобто перетворення виду $a = 1$, якщо $b > h$, і $a = 0$, якщо $b < h$, де h — поріг), ми здатні усунути з розгляду точки траєкторії, що зустрічаються нечасто, і зберегти точки, що зустрічаються часто. Після такого відсіювання в сигнальному просторі залишається лише інформація, що стосується повторюваних фрагментів послідовності — слів словника заданого рівня.

Після формування такого словника його можна використовувати для фільтрації старої інформації в потоці повідомлень. Такий фільтр пропускає на вихід тільки нову інформацію, яка формує нову послідовність. Вона схожа на стару, з тією відмінністю, що місця в ній, які відповідали старій інформації, замінюються нулями. Ця послідовність зв'язків слів оброблюється на наступному рівні і формує словник уже цього рівня. І так далі. При цьому зв'язки слів словника нижнього рівня враховуються в словах словника наступного рівня.

У разі оброблення текстів алгоритм трохи спрощується; залишаються тільки два рівні аналізу. При цьому зберігається основна мета — сформу-

вати словник слів і виявити зв'язок між ними, тому на першому кроці формується словник слів. Але на другому кроці замість формування послідовності абrevіатур шляхом фільтрації слів словника, сформованого на першому рівні, аналізується попарна зустрічальність слів у реченнях.

Таким чином, виявляються зв'язки між словами. Одержана інформація являє собою частотний портрет тексту, що може бути візуалізований у вигляді мережі слів словника та їх зв'язків. Причому і слова словника, й їх зв'язок одержують у результаті аналізу деяких частотних характеристик.

Для оброблення текстів на відміну від мови і відео вводиться ще одна операція — перенорміровування числових характеристик слів. Для цього використовується ітеративний алгоритм роботи нейронних мереж Хопфилда¹. На кожній ітерації слово мережі збільшує свою вагу, якщо воно виявляється пов'язаним з багатьма іншими словами з великою вагою, а інші слова її рівномірно втрачають. Так, якщо слово зустрілося двічі — у заголовку й анотації, воно є ключовим поняттям і може придбати дуже велику вагу.

Можливі додатки. Рішення для пошуку інформації в Web. Дана технологія дозволяє за допомогою пошукових програмних агентів автоматично підібрати інформацію із заданої теми і створити базу знань. Web використовується як глобальне сховище знань. Технологія пошукових програмних агентів дає змогу здійснити тематично спрямоване збирання інформації в Internet і формування бази знань. Побудова бази знань починається з теми, що може бути задана одним-двома словами. При пошуку вона обростає значеннями доповненнями (вони виходять внаслідок розширення асоціаціями на асоціативній мережі), по яких пошукові програмні агенти теж збирають інформацію.

Персоніфікація процесу збирання й аналізу інформації. Сформована персональна база знань користувача стає своєрідним фільтром, що дозволяє підвищити точність виконання таких операцій, як пошук у Internet і моніторинг нової інформації. При цьому визначаються і враховуються переваги користувача. Під час пошуку інформації в Internet спеціальний програмний агент переглядає зміст сторінок, на які заходить користувач, зчитує з них інформацію і поміщає її в персональну базу знань користувача, в якій на верхніх рівнях відновлюються його основні інтереси і переваги. Використовуючи персональну базу знань, програмні агенти можуть автоматично збирати нову інформацію, що відповідає інтересам користувача. Персоніфікована фільтрація дозволяє автоматично вибрати тільки ту інформацію, що може виявитися цікавою.

Повнотекстові бібліотеки. Асоціативна мережа може бути використана поряд зі стандартними рубриками для навігації по базі текстів.

¹ Див.: Hopfield J. J. Вказ. праця.

Фільтрація текстів. Така система може використовуватися з метою «не випускати» чи «не впускати» повідомлення, наприклад, для недопущення витоку конфіденційної інформації. Вона ж може використовуватися для класифікації текстів по рубриках (адресатам).

Оболонка для електронних книг. Гіпертекстове подання є зручним для створення електронних книг.

Висновок. Програма TextAnalyst дозволяє автоматично сформувати змістовний портрет тексту у вигляді асоціативної мережі основних понять з їх зв'язками, позначеними їх числовими характеристиками. Семантична мережа разом з вихідним текстом являють собою гіпертекстову структуру, на якій семантична мережа відіграє роль ефективного засобу навігації. Розбивання мережі безлічі текстів на підмережі робить автоматичну таксономію безлічі текстів по рубриках. Порівняння семантичних мереж текстів дозволяє виявити ступінь кореляції між текстами, а порівняння семантичних мереж вхідного тексту і рубрик — віднести текст до однієї з рубрик. Елементарно будується реферат тексту. Так само просто будується тематичний реферат і здійснюється змістовний пошук на безлічі текстів. Оскільки нейромережева технологія реалізує специфічний статистичний аналіз, оброблення тексту не залежить від предметної галузі і мови, виконується швидко і не вимагає дискового простору. В даний час TextAnalyst підтримує сім мов, включаючи китайську.

Надійшла до редколегії 15.09.05

О. Наден, доцент Східноукраїнського національного університету

Щодо методологічних засад розуміння кримінального права (у зв'язку з дослідженнями проблем кримінально-правового регулювання)

Існування суспільства зумовлює необхідність регулювання його внутрішніх процесів — відносин між його учасниками. І чим більш різноманітними є такі відносини, тим різноманітнішим є й інструментарій для їх регулювання. Більше того, в різні історичні періоди на перший план у регулюванні суспільних відносин виходять різні регулятивні системи. Історія людства знає часи, коли головну роль у регулю-

ванні відносин у суспільстві відіграли мораль, релігія, позаправове свавілля. Сьогодні в ньому провідне місце посідає право як певна сукупність специфічних соціальних норм. Саме тому особливості регулятивного впливу права на суспільні відносини становлять інтерес для всіх соціальних наук, передусім правознавства.

Радянське правознавство однією з основних своїх методологічних засад мало твердження про єдність системи радянського права, наслідком чого були спроби виробити єдине поняття права, єдине вчення про механізм правового регулювання і його складові системи: норми права, правовідносини, акти застосування права, єдиних класифікаційних критеріїв для різних правових явищ тощо. Ці намагання мали певний успіх й їх результати спрацьовували тоді, коли дійсно «для нас нічого приватного не було», коли все право було опублічене. Сьогодні ж, коли наша правознавча наука повертається до своїх методологічних першоджерел, що є загальноприйнятими принаймні в рамках романо-германської правової сім'ї, ми все частіше стикаємося з тим, що розроблені в радянський період категорії, які мали б бути універсальними для всієї системи права, по-різному проявляються в окремих його галузях, а подеколи не спрацьовують взагалі. І головний обсяг таких неузгодженостей спостерігається там, де ми починаємо виділяти в праві два основні напрямки — право приватне і право публічне.

Саме тому однією з нагальних проблем сучасного правознавства вбачається вироблення основних методологічних засад розуміння права, які узгоджувалися б з особливостями приватноправової чи публічно-правової природи його норм. Лише на цьому підґрунті і можуть в подальшому розглядатися інші, більш-менш обсяжні питання правового регулювання в тій чи іншій сфері. При цьому не можна не відзначити, що в науці кримінального права розуміння цього вже складається, свідченням чого є дослідження, що проводяться як українськими (Ю. Баулін, М. Мельник, В. Навроцький та ін.), так і російськими (Є. Благоев, В. Дуюнов, В. Коняхін, Н. Лопашенко, Г. Петрова та ін.) криміналістами. Їхніми зусиллями розробляються такі методологічні проблеми науки, як публічно-правовий статус кримінального права, зміст і значення кримінально-правового регулювання, норми кримінального права та кримінальні правовідносини тощо. Разом з тим цілком зрозумілою є ситуація, за якої кожен дослідник знаходиться в колі своїх «масштабів» та «координат», тим самим прагнучи до застосування методологічних розробок щодо своїх прикладних питань. У зв'язку з цим схожі концептуальні засади різні автори часто бачать по-різному, а деякі з них не розглядаються взагалі. Проте визначення в концептуальних характеристиках кримінально-

го права як галузі права має методологічне значення для наукових досліджень проблем кримінально-правового регулювання суспільних відносин. Саме у зв'язку з цим названу тему і було обрано для висвітлення.

Видається, що основна методологічна засада такого наукового дослідження полягає в тому, що регульовані правом суспільні відносини не є однорідними за своїм характером. Одні з них — це відносини юридично рівних, самостійних, не підпорядкованих один одному суб'єктів. Інші ж — це відносини, в яких один з суб'єктів є «юридично потужнішим», тобто підпорядковує собі, своїй волі іншого суб'єкта. При цьому характер таких суспільних відносин та ознаки, за якими вони об'єднуються до однієї групи, принципово відрізняються від характеру та причин об'єднання до однієї групи приватноправових суспільних відносин. Якщо приватні (цивільні) суспільні відносини об'єктивно існують ще до їх правового врегулювання і завдання законодавця полягає в тому, щоб визначити коло існування таких відносин, щоб піддати їх режиму приватного права¹, то в сфері публічних відносин, зокрема кримінально-правових, все інакше. Тому визначення меж кримінально-правового регулювання — це не *виділення* з кола реально існуючих суспільних відносин тих, які можуть бути піддані врегулюванню нормами кримінального права, а окреслення кола тих суспільних відносин, які *можуть складатися* на підставі норм кримінального права. Визнання того, що суспільні відносини складаються в результаті існування невизначеного кола типізованих дій чи подій в суспільстві (юридичних фактів), логічно призводить до висновку про те, що визначення кола суспільних відносин, які регулюються кримінальним правом, інакше кажучи, меж кримінально-правового регулювання, полягає, перш за все у визначенні кола тих діянь, які можуть бути визнані злочинами.

Ця відмінність у характері різних суспільних відносин є принциповою для їх правового регулювання, оскільки зумовлює принципово різні методи впливу на такі суспільні відносини. Зокрема, суспільні відносини між юридично рівними і самостійними суб'єктами регулюються диспозитивним методом, сутність якого полягає перш за все у визнанні за самими суб'єктами права самостійно впорядковувати свої відносини. Правові приписи для таких відносин встановлюються лише на той випадок, коли суб'єкти не врегулювали їх самостійно, і, за загальним правилом, ці приписи можуть бути змінені в результаті саморегулювання². Такі суспільні відносини, що регулюються диспозитивним

¹ Детальніше про це див., напр.: *Погрібний С.О.* Межі державного регулювання цивільних відносин // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 12. – С. 16–17.

² Див., напр., ст. 6 Цивільного кодексу України 2003 р.

методом, є приватноправовими суспільними відносинами, або ж цивільними відносинами в широкому значенні (включно із господарськими, сімейними, трудовими, житловими, земельними та іншими суспільними відносинами, що регулюються таким же методом). Принципових відмінностей дані суспільні відносини поміж собою не мають, у зв'язку з чим можна стверджувати про їх внутрішню єдність і не проводити їх подальший галузевий поділ за предметом.

Зовсім інша картина спостерігається стосовно суспільних відносин, в яких один із суб'єктів юридично домінує над іншим. Такий характер цих суспільних відносин також зумовлює особливість методу їх правового регулювання. Це вже не диспозитивний метод уповноваження суб'єктів на вчинення певних дій аж до саморегулювання відносин між собою, а імперативний метод, сутність якого полягає у чіткому визначенні виду і обсягу повноважень чи обов'язків, що їх мають учасники таких суспільних відносин. Зазначені суспільні відносини є публічно-правовими, проте на відміну від приватноправових вони не є однорідними за своїм характером. Якщо всі приватноправові відносини мають своїм об'єктом особисті немайнові чи майнові блага, то перелік об'єктів публічно-правових відносин якісно інший. До них належать публічні інтереси суспільства або держави, які й реалізуються чи охороняються за допомогою публічно-правових суспільних відносин. Зокрема, з приводу якісно різних об'єктів складаються, наприклад, конституційно-правові й фінансово-правові суспільні відносини, кримінально-правові й адміністративно-правові суспільні відносини тощо. Саме тому публічне право має подальший галузевий поділ, який здійснюється залежно від особливостей об'єкта правового регулювання, тобто особливостей публічно-правових суспільних відносин, що зумовлюються їх (відносин) об'єктом.

Система галузей публічного права має і свою внутрішню структуру. Це зумовлено тим, що одні з публічно-правових галузей регулюють так звані позитивні, бажані, прийнятні суспільні відносини, в існуванні і розвитку яких держава і суспільство зацікавлені. До таких належать, наприклад, конституційно-правові чи податково-правові суспільні відносини, які регулюються однойменними галузями публічного права, що традиційно іменуються регулятивними. Зовсім іншими за своїм характером є суспільні відносини, які складаються при порушенні нормального порядку існування як вище названих публічно-правових, так і приватноправових суспільних відносин. Це суспільні відносини, що складаються в результаті вчинення правопорушень (актів девіантної поведінки), які мають публічно-правове значення і протидія яким здійснюється не при-

ватним потерпілим (як це має місце при притягненні до цивільно-правової відповідальності), а від імені всього суспільства державою. До таких суспільних відносин належать кримінально-правові, а також відома частина адміністративно-правових суспільних відносин. Регулюються вони відповідно нормами кримінального права та відповідною підсистемою норм адміністративного права. У зв'язку з тим, що при реалізації даних суспільних відносин охороняються регулятивні, вони одержали в літературі назву «охоронних», яка певною мірою є умовною. Адже охоронні галузі права також регулюють певні відносини, а відтак, здійснюють регуляторну функцію, а тому в цьому розумінні також є регулятивними.

Отже, кримінальне право посідає в системі галузей права специфічне місце. Це не просто галузь публічного права, а така його галузь, норми якої регулюють специфічне (унікальне, не властиве жодній іншій галузі права¹) коло суспільних відносин, а саме — суспільні відносини, що складаються внаслідок вчинення правопорушень, які мають публічно-правове значення (злочинів). Такі особливості кримінального права зумовлюють уточнення щодо нього деяких із раніше сформульованих висновків.

Перше. До об'єкта кримінального права належать тільки ті суспільні відносини, які складаються в результаті вчинення злочину і в рамках яких здійснюється діяльність юридично домінуючого суб'єкта (держави) щодо визначення кримінальної відповідальності іншого суб'єкта (особи, яка вчинила злочин). Жодних інших суспільних відносин кримінальне право не регулює і регулювати не може. Так, часто стверджується, що об'єктом (предметом) кримінально-правового регулювання є такі, що складаються з моменту набрання кримінальним законом чинності, суспільні відносини, «пов'язані з утриманням від вчинення злочину»².

¹ Реалізація ідеї існування кримінального проступку і зведення в одному нормативно-правовому акті норм про відповідальність за всі види публічнозначущих правопорушень (зрозуміло, з відповідною їй диференціацією) дозволять вивести з адміністративного права підсистему норм, що встановлюють адміністративну відповідальність. В такому разі буде більш точно окреслено об'єкт самого адміністративного права — суспільні відносини, що складаються у зв'язку з державним управлінням у різних сферах. При реалізації такої ідеї кримінальне право дійсно одержить свій неповторний об'єкт правового регулювання, який і повинен бути йому властивий.

² Див., напр.: *Звечаровский И. Э.* Современное уголовное право России: понятие, принципы, политика. — СПб., 2001. — С. 18; *Наумов А. В.* Российское уголовное право. Общая часть: Курс лекций. — М., 1999. — С. 7–8; Курс уголовного права. Общая часть. — Т. 1: Учение о преступлении: Учебник для вузов / Г. Н. Борзенков, В. С. Комиссаров, Н. Е. Крылова и др.; Под ред. Н. Ф. Кузнецовой и И. М. Тяжковой. — М., 1999. — С. 3; *Кропачев Н. М.* Уголовно-правовое регулирование. Механизм и система. — СПб., 1999. — С. 57.

Такий висновок не узгоджується із запропонованим розумінням сутності кримінального права, оскільки поведінка особи, яка не вчиняє злочинів, — це законослухняна діяльність, яка здійснюється в рамках інших суспільних відносин: приватноправових чи «регулятивних» публічно-правових. Іноді вважають, що кримінальне право регулює також суспільні відносини щодо реалізації приватними особами права на заподіяння шкоди при захисті від суспільно небезпечних посягань при необхідній обороні, а також при крайній необхідності та інших обставинах, що виключають злочинність діяння¹. Проте це не так. Попри закріплення відповідних приписів у КК України вони за своєю суттю не є кримінально-правовими, а виступають яскравим свідченням комплексності КК України як акта законодавства². Відповідні ж норми є нормами приватного права, що регулюють порядок самозахисту цивільних прав. Очевидно мали рацію розробники проекту нового ЦК України, коли на певному етапі роботи пропонували передбачити положення про необхідну оборону та інші види правомірної поведінки, що виключає злочинність діяння, в ЦК України.

Друге. Публічно-правовий характер кримінального права як галузі права і відзначена вище специфіка його становища серед інших публічно-правових галузей приводять до висновку про те, що суб'єктом, чію поведінку воно регулює, є виключно держава в особі відповідних органів (досудового слідства та суду). Саме для держави кримінальне право визначає обсяг повноважень щодо протидії вчинюваним злочинам. У кримінально-правових відносинах, які складаються з моменту вчинення злочину, держава завжди є домінуючим і уповноваженим суб'єктом. Залежно ж від того, яке саме повноваження для неї передбачене в нормі кримінального права, всі ці норми можуть бути умовно поділені на традиційні й альтернативні. В традиційних нормах кримінального права передбачається повноваження держави покласти на особу, яка вчинила злочин, певний обсяг кримінальної відповідальності. При цьому під останньою розуміються «передбачені КК вид та міра обмеження прав і свобод злочинця, що індивідуалізується судом та здійснюється спеціальними органами держави»³. В альтернативних же нормах кримінального

¹ Див.: *Наумов А. В.* Вказ. праця. — С. 5–9; *Филимонов В. Д.* Охранительная функция уголовного права. — СПб., 2003. — С. 81–82.

² Див.: *Баулін Ю. В.* Методологічне значення поділу права на приватне і публічне для кримінально-правових досліджень // Методологічні проблеми правової науки: Мат. міжнар. наук. конф. Харків, 13–14 грудня 2002 р. / Упорядники М. І. Панов, Ю. П. Грошевий. — Х., 2003.

³ *Баулін Ю. В.* Звільнення від кримінальної відповідальності. — К., 2004. — С. 30.

права, які в сучасних правових системах мають сталу тенденцію до зростання, передбачається повноваження держави повністю або частково звільнити таку особу від кримінальної відповідальності за наявності визначених законом підстав для цього. Що ж стосується кримінально-правового статусу особи, яка вчинила злочин, то вона жодних прав у матеріальних кримінально-правових відносинах не має, а має виключно обов'язок підкоритися рішенням держави, яким би воно не було (чи про покладення кримінальної відповідальності, чи про звільнення від неї). Ті ж права, які окремі дослідники вбачають на боці такої особи, як-то: право на захист, право на правильну кваліфікацію вчиненого і призначення покарання в рамках закону тощо¹, цілком очевидно мають не кримінально-правове, а кримінально-процесуальне походження і реалізуються саме у кримінально-процесуальних, а не кримінально-правових відносинах.

Третє. Має бути переосмисленим погляд на структуру норм кримінального права. Відомо, що традиційно в цій нормі виділяються диспозиція (описання ознак злочину) та санкція (визначення виду і міри покарання за нього). Таке розуміння структури кримінально-правової норми було зумовлено тим, що кримінальне право традиційно досліджувалося саме як охоронна галузь права, яка охороняє суспільні відносини, що регулюються нормами інших галузей. Ось чому в нормі кримінального права спершу зовсім не виділялася гіпотеза (вважалося, що вона відображається в приписах нормативних актів іншої галузевої належності, що регулюють ті відносини, які охороняються кримінальним правом), а згодом на роль гіпотез норм кримінального права почали пропонувати різні положення кримінального закону.

Наприклад, В. Філімонов під гіпотезою тих норм кримінального права, які встановлюють кримінальну відповідальність, розуміє вказівки закону про визначення місця і часу вчинення злочину, про осудність і вік, з якого настає кримінальна відповідальність, а також про відсутність обставин, які виключають злочинність діяння². На думку А. Наумова, «гіпотезою кримінально-правової норми є, в першу чергу, положення про підставу кримінальної відповідальності, сформульоване в ст. 8 КК (ч. 1 ст. 2 КК України. — *О. Н.*)»³. Навіть Конституційний Суд України вдався до пошуків гіпотези в нормі кримінального права поряд з диспо-

¹ Див., напр.: Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін. За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. — К.: Юрінком Інтер; Х.: Право. — С. 27–28.

² Див.: Філімонов В. Д. Норма уголовного права. — СПб., 2004. — С. 22.

³ Курс российского уголовного права. Общая часть / С. В. Бородин, С. Г. Келина, Г. Л. Кригер и др.; Под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. — М., 2001. — С. 118.

зицією і санкцією, визначивши, що «кримінально-правова норма складається з трьох елементів: гіпотези, що визначає умови, за яких застосовується правова норма щодо забороненої поведінки особи; диспозиції, що закріплює таку правову норму; санкції, що встановлює покарання для осіб, які порушили цю правову норму»¹.

Цілком очевидно, що як і будь-яка інша норма права, норма кримінального права також має той структурний елемент, що визначає умови, за яких діє ця норма, тобто гіпотезу. Проте вона не може знаходитися серед норм іншої галузевої належності, що регулюють правомірну поведінку людей. Саме тому норма кримінального права є двоелементною. Перший її елемент — це описання умов, за наявності яких діє дана норма, інакше кажучи, описання злочину як юридичного факту, що породжує кримінально-правове суспільне відношення. Правильна (узгоджена з положеннями загальної теорії права) назва такого структурного елемента — гіпотеза, хоча в кримінально-правовій науці він повсюдно називається диспозицією. Диспозицією ж кримінально-правової норми є вказівка на повноваження держави стосовно особи, яка вчинила злочин, визначений в гіпотезі. Особливістю диспозицій норм кримінального права, зумовленою місцем і призначенням цієї галузі в системі права, є те, що в переважній більшості з них (у традиційних диспозиціях) міститься вказівка на обсяг кримінальної відповідальності особи, яка вчинила злочин. У зв'язку з цим такі диспозиції іменуються санкціями. І лише в окремих диспозиціях (нетрадиційних, або альтернативних, норм) міститься визначення іншого виду повноваження держави, а саме — звільнення від кримінальної відповідальності. Коли ж до структури норми кримінального права включають третій елемент, найчастіше — заборону вчинення злочину (тобто веління про правомірну поведінку), то тим самим до кримінально-правової норми намагаються долучити частину приватноправової або регулятивної публічно-правової норми, які не мають нічого спільного з нормами кримінального права.

Четверте. Викладена вище специфіка норм кримінального права призводить до неможливості їх класифікації за більшістю із запропонованих у радянській юридичній науці критеріїв². Точніше, за більшістю

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень статті 58 Конституції України, статей 6, 81 Кримінального кодексу України (справа про зворотну дію кримінального закону в часі) від 19 квітня 2000 року // Вісник Конституційного Суду України. — 2000. — № 2. — С. 29–34.

² Див., напр.: Нормы советского права. Проблемы теории / В. К. Бабаев, М. И. Байтин, В. М. Баранов и др.; Под ред. М. И. Байтина, В. К. Бабаева. — Саратов, 1987. — С. 156–176.

з цих критеріїв норми кримінального права не розділяються на класи, а всі потрапляють до певного одного з класів. Зокрема, всі вони є «охоронними» (умовно, оскільки здійснюють регулятивну функцію), імперативними, уповноважувачими.

Більше того, розрізнення кримінального права та кримінального закону як двох, хоч і пов'язаних, проте самостійних систем приводить до висновку про відсутність поділу норм кримінального права на норми Загальної та норми Особливої частин, що характерно для статей (приписів) кримінального закону.

Відомо, що до останнього часу поділ норм кримінального права на норми Загальної та норми Особливої частин був у науці кримінального права загальноприйнятним, беззаперечним і став хрестоматійним, увійшовши практично до всіх підручників і навчальних посібників. Разом з тим деякі криміналісти почали піддавати його критиці з різних підстав. Так, Г. Новосолов, проводячи відмежування норм кримінального права від статей кримінального законодавства, звернув увагу на те, що кримінально-правова наука далеко не завжди рахується з відмінностями між ними, результатом чого стало виділення в кримінальному праві Загальної й Особливої частин «у вигляді певної сукупності норм, а не статей Кримінального кодексу», а тому «Загальна і Особлива частини кримінального кодексу становлять собою різні сукупності статей, а не різні комплекси кримінально-правових норм»¹.

Дійсно, поділ норм кримінального права на «норми Загальної частини» та «норми Особливої частини» є методологічно необґрунтованим, оскільки норма кримінального права є цілісним, внутрішньо єдиним правилом поведінки, яке регулює повноваження держави в кримінальному правовідношенні. При цьому окремі складові такої норми дійсно відображаються в статтях Загальної, а окремі — в статті Особливої частини кримінального законодавства. Слід погодитися з Г. Петровою в тому, що «в кримінальних законах описана одна кримінально-правова норма, але деталізовані лише її різні рівні... В Загальній і Особливій частинах знаходять словесне вираження і закріплення... об'єктивно існуючий зміст кримінально-правової норми. При цьому законодавець, описуючи кримінально-правову норму, використовує різні способи розміщення окремих положень... в статтях Загальної й Особливої частин. Тому Загальна й Особлива частини тісно взаємопов'язані та становлять єдину систему кримінально-правової норми»². Наприклад, зміст норми

¹ Новосолов Г. П. Учение об объекте преступления. Методологические аспекты. — М., 2001. — С. 178–179.

² Петрова Г. О. Норма и правоотношение: средства уголовно-правового регулирования. — Н. Новгород, 1999. — С. 99.

кримінального права, яка визначає відповідальність за «просте» умисне вбивство, відображено не тільки в ч. 1 ст. 115, що міститься в Особливій частині КК України, а й в цілій низці статей Загальної частини КК, які визначають: ознаки суб'єкта даного злочину (ст. ст. 18–22), зміст умислу як форми вини (ст. 24), особливості відповідальності за співучасть у цьому злочині (ст. ст. 26–31) та у разі, коли він був незакінчений (ст. ст. 13–17), зміст позбавлення волі як покарання за даний злочин (ст. 63), правила його призначення тощо. Подібне розуміння змісту норми кримінального права приводить до висновку про те, що виділяти Загальну й Особливу частини доцільно лише в кримінальному законі, однак аж ніяк не в кримінальному праві. Галузь кримінального права як сукупність норм кримінального права структурування на Загальну й Особливу частини не має. Дійсно, кожна норма кримінального права має своє відображення в приписах статей кримінального закону, проте суворой відповідності між ними (один припис — одна норма) немає і бути не може. Навпаки, одна кримінально-правова норма «розчиняється» одночасно в змісті багатьох приписів статей Загальної частини КК України і лише в одній статті Особливої частини.

Викладене дозволяє зробити висновок про необхідність системного переосмислення методологічних засад кримінального права під кутом зору його публічно-правового характеру і місця серед інших галузей публічного права. Виробивши в результаті такого переосмислення єдині засади розуміння даної галузі права, можна буде їх в подальшому застосувати для наукових досліджень низки прикладних проблем, у тому числі й пов'язаних з кримінально-правовим регулюванням суспільних відносин.

Надійшла до редколегії 20. 09. 05

Трибуна Докторанта

О. Дашковська, доцент НЮА України

Гендерна рівність в умовах модернізації ісламу: правові аспекти

Правове становище жінки в країнах мусульманської правової сім'ї визначається релігійною догматикою, яку покладено в основу загальних принципів правового регулювання. У четвертій сурі Корану «Жінки» (айат 38; 34) зазначено: «Чоловіки стоять над дружинами тому, що Аллах дав одним переваги перед іншими, і тому, що вони утримують їх із свого майна. І порядні жінки побожні, зберігають таємне в тому, що зберігає Аллах. А тих, непокори яких ви боїтеся, умовляйте і залишайте їх на ложах і вдаряйте їх. І якщо вони покаються вам, то не шукайте шляхів проти них...»¹ Цей вірш, здавалося б, досить зрозуміло говорить про нерівність і залежне від чоловіка становище жінки. Однак коментатори Корана протиставляють цитованому фрагменту інше: «І відповів їм Господь їх: Я не згублю діянь жодного з ваших постатей — ні чоловіка, ні жінки. Єдині ви від інших» (III, 193; 195). Цей вірш та інші пояснення прихильники модернізації ісламу тлумачать як вказівку на рівноправність чоловіків і жінок.

Мусульманська реформація, що почалася на межі XIX—XX ст., була релігійно-політичним рухом, спрямованим на пристосування ісламу та його інститутів до потреб нових суспільних відносин буржуазного характеру². Причому питання про вдосконалення соціально-правового становища жінки висувалося як один з аспектів відродження арабської нації. Національна самосвідомість, вірність традиціям, повага до предків, любов до батьківщини — ці якості закладаються в сім'ї, де жінка відіграє провідну роль, виховуючи зазначені цінності у своїх дітях. Тому впровадження окремих ознак гендерної рівності в мусульманське суспільство сприймається громадськістю як важлива умова прогресивного розвитку суспільства.

¹ Коран / Пер с араб. И. Ю. Крачковского. — М., 1990.

² Див.: *Малюковський М. В.* Начальный этап мусульманской реформации в Египте // Учен. зап. ин-та востоковедения. — М., 1959. — Т. XVII — С. 110.

Найбільш яскравою особистістю мусульманської реформації був Мухаммад Абдо, головний муфтії Єгипту, який неодноразово висловлювався за розкріпачення жінок, заборону багатоженства, надання жінці права на освіту тощо. Інтерпретуючи аят 3 сури 4 Корану, він пояснював, що багатожлибність не відповідає інтересам приватних власників, які не бажають дробити своє майно між численними дітьми від різних дружин. Як приклади Абдо наводив положення закону про спадкування і закликав мусульман до одношлюбності. Він писав, що на зорі ісламу багатоженство було не тільки припустимим, а й корисним, тому що в шлюбному союзі зміцнювалася віра в єдиного Бога і затверджувалася в душах чоловіків і жінок... але що стосується сьогодення, то кожна з дружин зазіхає на права дітей від інших дружин, тим самим зменшуючи любов дружини до чоловіка, що приводить до занепаду сім'ї¹.

Як аргумент на користь моногамії Абдо використовував норми шаріату і мусульманської моралі. Посилаючись на Коран (сура 4, аяти 28–32), він зазначав, що хоча жінка і стає високоморальною особою в шлюбі, тому що попадає під опіку і захист чоловіка², проте багатоженство приводить до руйнування сім'ї та нації, оскільки бідняки, повторюючи багатіїв і не маючи можливості утримувати чотирьох дружин, розлучаються. Від цього страждають діти і занепадає нація в цілому. Абдо розробив і запропонував нові правила утримування дружини і дітей та новий порядок розірвання шлюбу. Важливим моментом у цій фетві є визнання за жінкою права на розірвання шлюбу, що було великим кроком уперед для мусульманського суспільства.

Ідеї Абдо щодо становища жінки були підтримані відомим єгипетським громадським діячем, юристом, радником апеляційного суду Касимом Аміном, який рішуче виступав проти носіння покривала, вважаючи його символом дурості, слабості і приниження жінки³. Він наполягав на прийнятті закону, який би скасував самітництво і носіння покривала. Як юрист Амін переконливо обґрунтовував переваги одношлюбності, вимагаючи надання жінці права на розлучення. Він доводив, що чоловічий егоїзм породив переконання, начебто аллах при створенні людини надав розум і чесноти чоловікові, тому жінка через слабості свого розуму і природні вади повинна жити в підпорядкуванні

¹ Цит. за: *Малюковський М. В.* Вказ. праця. — С. 200.

² Див.: *Мухаммад Абдо.* Пятая часть комментариев к благородному Корану. — Египет, 1328 год Хиджры. — С. 3.

³ Див.: *Касим Амин.* Освобождение женщины. — Каир, 1899. год Хиджры. — С. 25.

чоловіку. Чоловікам важко визнати в жінці рівноправну істоту, оскільки тільки учора вона була їх майном¹.

Подальший прогресивний розвиток арабського суспільства Амін пов'язував зі звільненням жінки від чоловічої залежності шляхом модернізації традицій і методів її виховання. Він був переконаний, що поліпшення виховання жінки буде корисним як для окремої сім'ї, так і для суспільства в цілому.

Нові суспільно-економічні відносини вимагали залучення жінок у громадське життя як освічених фахівців. Тому в 1908 р. у Каїрі було відкрито університет зі спеціальним факультетом для жінок, який відвідувало 200 юнаків і 27 дівчат. Незважаючи на те що навчальну програму жіночого факультету було розраховано на підготовку не фахівців, а зразкових матерів сімейства, сам факт відкриття такого факультету був прогресивним явищем.

Діяльність мусульманських реформаторів XIX — початку XX ст. підготувала сучасну концепцію модернізації ісламу, де жіноче питання знайшло подальше теоретичне обґрунтування. Але боротьба прогресивних сил за його радикальне вирішення зустріла опір з боку клерикальних шарів арабського суспільства, зацікавлених у збереженні традиційних поглядів на місце і роль жінки в суспільстві. Мусульманське духовництво, враховуючи настрої віруючих, переглянуло деякі положення ісламу. На Афро-Азійській ісламській конференції, яка відбулася в 1965 р., вперше в історії міжнародних мусульманських конференцій було прийнято резолюцію про становище і роль мусульманських жінок. Урядам мусульманських країн було запропоновано розглянути питання про поліпшення становища й умов життя мусульманок. У загальних рекомендаціях учасники конференції звернули увагу на необхідність забезпечення участі жінок у всіх напрямках суспільного й економічного життя, надання їм права на освіту, в тому числі вищу, права на розлучення, права на участь у виборчих процесах, а також на захист цих прав у державних органах².

Сучасні мусульманські ідеологи, розглядаючи правове становище жінки на основі окремих глав Корану, стверджують, що Аллах зрівняв жінок і чоловіків в їх правах, починаючи з того моменту, коли вони спільно присягнули пророку в покірності та одержали однакові права для участі в громадських справах. Так, мусульманський ідеолог Афіф Абд аль-Фаттах Таббарах, посилаючись на аят 71 сури 9, писав, що в

ньому виражені взаємозалежність чоловіка і жінки та їх співпраця в суспільних справах, тому що жінці надане право вибирати між праведними і гріховними справами, а це доказ рівноправності в громадському житті¹. Важливим моментом визнання за жінкою рівних з чоловіком прав учений вважав заборону «примушувати жінку до проституції з метою збагачення чоловіків» (аят 33 сури 24).

Саїд Кутб у роботі «Соціальна справедливість в ісламі», погоджуючись з тим, що іслам зрівняв чоловіка і жінку в правах, заперечував, що жінка зазнає в суспільстві дискримінації за ознакою статі. Він вважав, що іслам якщо і встановлює перевагу чоловіка, виходячи з його природних даних, то це не позначається на становищі обох статей у суспільстві². На його думку, «чоловік і жінка рівні в усьому: у виконанні релігійних і суспільних обов'язків, у володінні власністю та економічних правах. А якщо чоловіку належить частка спадщини в два рази більша за жінку, то це зумовлено його обов'язком утримувати дружину і дітей»³. Кутб вважав, що спадщина необхідна тільки незаміжнім жінкам, оскільки їх нікому утримувати, в інших випадках чоловік сам може подбати про жінку. Він звільнений природою від материнських турбот, тому реалізує свої фізичні й розумові здібності на виконання громадських справ, що розвиває в ньому раціоналізм. Проте в жінки, яка займається домашніми справами і материнськими турботами, більше розвинута емоційна сторона характеру, що потребує опори на чоловіка. Слова Корану «чоловікам над вами щабель» належить розуміти як встановлену опікунства чоловіка над жінкою. З огляду на психічні й біологічні особливості жінки Кутб виступав проти права жінок свідчити в суді: «Піддавшись почуттям, жінка може щось забути або приховати»⁴. На його думку, рівність статей визначається умовами життя, вводячи опікунство, іслам турбується не тільки про майнову, а й про моральну сторону, тому по-різному ставиться до обов'язків чоловіка і жінки.

Один із модернізаторів ісламу Мухаммад Ізза Дарузі доводив, що жінка повинна використовувати всі права, надані їй Кораном. «І якщо вона не бере участі в суспільно-політичних справах, то це відбувається

¹ Див.: Афіф Абд аль-Фаттах Таббарах. Дух мусульманської релігії. Цель и анализ корней ислама, его права под углом зрения науки философии. — Дамаск, 1384 год Хиджры. — С. 347.

² Див.: Саїд Кутб. Социальная справедливость в исламе. — Каир, 1958. — С. 53.

³ Там само. — С. 54.

⁴ Там само. — С. 54–58.

¹ Див.: Касим Амин. Вказ. праця. — С. 27.

² Див.: Андреев М. О некоторых новых тенденциях в исламском мире. Ближний и Средний Восток. История. Экономика. — М., 1967. — С. 8.

через певні обставини, а не через дискримінацію її Кораном»¹. Він вважав за необхідне всебічно проаналізувати становище жінки і виробити певні рекомендації арабським країнам для вдосконалення становища особистості залежно від тих або інших установлень Корана.

Один з провідних мусульманських ідеологів Єгипту Махмуд Шальгут, поділяючи ідею рівності чоловіків і жінок у соціальному житті, пояснював аят 189 сури 7 Корану як принцип, що надає і жінці, і чоловіку право на працю і рівну винагороду, як право кожного придбати майно на основі праці без будь-яких привілеїв тієї або іншої статі. Однак його подальші роздуми свідчать про те, що жінка не може претендувати на самовдосконалення та підвищення своїх професійних знань, тому що вона «не має права виконувати роботу, яка вище її природних здібностей»².

Позиція мусульманських ідеологів щодо жіночої освіти як необхідної умови реформування суспільства на всіх рівнях обґрунтовується відомим висловом пророка: «Кожен мусульманин і мусульманка повинні прагнути до освіти». «Освіченість» означає виховання жінок у релігійному дусі, щоб зберегти національний арабський дух. Чоловік і суспільство ім'ям Аллаха «мають право вимагати від неї дотримання релігійної моралі в усьому, бути скромною в поглядах, одязі, прикрасах, а також в усіх діях»³.

За визнання права жінки на освіту висловлювався головний імам Абд аль-Халім Махмуд, який писав: «Ми без сумнівів визнаємо, що освіта жінки — важлива закономірність для майбутнього ісламу»⁴, але звичай самітництва і покривала не заважає освіті. Ті автори, що змішують хадіс про необхідність освіти з хадісом про обов'язок носити покривало і самітництво, на його думку, неправильно пов'язують ці два положення та не розуміють суті ісламу. «Ісламське віровчення, — писав шейх, — не робить ніякої різниці між статями... Наша революція тільки почалася, але ми упевнені в її перемозі, тому що вона не що інше, як повернення до джерел. У своїй щирій сутності ісламське віровчення не розмежовує науки на релігійні й світські. Араби вживають одне й те саме слово «джамаа» для позначення і університету, і мечеті, іслам не робить відмінностей між священиком і вченим»⁵.

Свідченням підвищеного інтересу арабської громадськості до жіночого питання є скликання в рамках однієї країни або всього регіону з'їзду жінок, створення жіночих організацій, вироблення політичних резолюцій

¹ Мухаммад Исса Дарузи. Устав Корана в делах жизни. — Каир, 1960. — С. 82.

² Махмуд Шальгут. Комментарии Корана. — Каир, 1960. — С. 178

³ Мусульманский мир. 950–1150 / Пер. с англ; Отв. редакторы В. В. Наумкин, М. Б. Пиотковский. — М., 1981.

⁴ Абд аль-Халим Махмуд. Европа и ислам. — Каир, 1972. — С. 150.

⁵ Там само.

і рекомендацій з вимогами надання демократичних свобод, визнання за жінкою права на працю, освіту, зміни чинного сімейного законодавства.

Модернізація ісламу на сучасному етапі розвитку суспільних відносин відіграє позитивну роль. Вона сприяє залученню широких мас жінок у суспільно-політичне життя, створює сприятливі передумови для успішної боротьби за рівноправність жінки, пробуджує у народів арабського Сходу прагнення якнайкраще вирішити питання про права й обов'язки мусульманок.

Спостерігається не тільки пристосування ісламу до умов, що змінилися, а й пристосування нових правових інститутів до ісламу. За умов неграмотності пересічних мусульман та їх фанатичної прихильності до релігії виступи мусульманських діячів із закликом переглянути деякі мусульманські догми про становище жінки формують позитивне ставлення більшості населення до проблеми жіночої рівноправності. Важливого значення в арабських країнах здобуває виховання соціальної активності жінок. Однак обрання жінки депутатом парламенту або висування на посаду судді, прокурора чи керівника навчального закладу поширюється лише на окремих особистостей, що посіли ці високі посади завдяки перемозі національно-демократичних сил. Більшість жінок залишається поза громадсько-політичними процесами.

В умовах демократичних перетворень арабського суспільства відбулося чимало змін в поліпшенні соціально-правового становища мусульманки, питання про її емансипацію стало предметом пильної уваги урядових структур. В арабських країнах соціально-демократичної орієнтації створено необхідні умови для залучення жінок в соціально-економічне і суспільно-політичне життя, помітні зусилля по вдосконаленню чинного законодавства. Проте реальне впровадження принципу гендерної рівності в суспільні відносини мусульманських держав є справою майбутніх поколінь.

Надійшла до редколегії 20. 09. 05

П. Любченко, доцент НЮА України

Реформа територіального устрою як чинник розвитку місцевого самоврядування в Україні

Проблематика територіального устрою України останнім часом набула особливої гостроти. Розробленням пропозицій стосовно його реформування займаються правники, економісти, соціологи, історики,

філософи, що свідчить про важливість та актуальність цього питання для подальшого розвитку суспільства. Протягом тривалого часу права наука і відповідно чинне законодавство приділяли недостатню увагу проблемам територіальної організації публічної влади. Однак сьогодні вже зрозуміло, що подальший розвиток держави, місцевого самоврядування значною мірою залежить від розв'язання проблеми інноваційного реформування територіального устрою країни. Реформа не може бути «косметичною» чи спрямованою виключно на зміцнення управлінських систем публічної влади. Вона повинна здійснюватися відповідно до конституційних принципів, мати інноваційний характер й орієнтуватися на потреби людини, територіальних громад і суспільства в цілому.

Вплив територіального устрою на становлення і розвиток місцевого самоврядування аналізували в своїх роботах М. Воронов, М. Корнієнко, М. Орзіх, В. Погорілко, О. Фрицький¹, але складність і багатогранність проблематики вимагає продовження досліджень у цій сфері.

Метою цієї статті є дослідження впливу територіального устрою країни на розвиток місцевого самоврядування, критичний аналіз пропозицій щодо територіального реформування України. Використання системного, структурно-функціонального, формально-логічного та порівняльно-правового методів наукових досліджень дає змогу сформулювати висновки та пропозиції, спрямовані на інноваційне реформування територіального устрою, що має як теоретичне, так і практичне значення для подальшого розвитку місцевого самоврядування в Україні.

Існуюча в Україні система адміністративно-територіального устрою сформувалась ще за радянських часів, значно застаріла і характеризується громіздкістю, неефективністю влади і відсутністю дієвої системи громадського контролю, що призводить до того, що вона не відповідає сучасним завданням державотворення та суспільного розвитку. Крім того, фактичні витрати суспільства на утримання органів управління (бюджетне фінансування і грошові кошти, які службовці одержують крім оплати праці в тій чи іншій формі) значно перевищують дані, що фіксуються офіційною статистикою. Очевидно, що реформування адміністративно-територіального устрою країни покликане не лише спри-

яти вдосконаленню системи органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а й створити передумови соціально-економічного і культурного розвитку відповідних територій, сприяти підвищенню добробуту конкретного мешканця села, селища, міста, забезпеченості прав і свобод людини, захищеності її інтересів.

Слід також враховувати, що зведення територіального устрою до розподілу території є спрощенням і не забезпечує розв'язання ключових проблем реформування територіальної організації країни та територіальної дії державної влади, її структурної організації, співвідношення з недержавними публічними структурами, населенням¹. Поділ країни на адміністративно-територіальні одиниці не приводить до автоматичного виникнення в них самоврядування, а тому реформа територіального устрою може як позитивно, так і негативно вплинути на розвиток місцевого самоврядування. Ефективність самоорганізації може мати тенденцію до зниження у разі, якщо адміністративні межі територіальних одиниць визначатимуться довільно і не збігатимуться з межами реально існуючих на місцевому рівні соціально-економічних спільнот. Негативним чинником є як надмірне розділення систем водо-, тепло-, енергозабезпечення, транспорту, так і надто широкі адміністративні межі, коли відповідний нижній рівень самоорганізаційних одиниць не сформовано (наприклад, надмірна централізація надання послуг у сільській місцевості). Територія — це основа консолідації, інтеграції соціальних суб'єктів із політичними структурами, плацдарм, де переплітаються й пов'язуються в тугий вузол територіальні й загальнодержавні інтереси². Тому необхідний зважений підхід до визначення оптимальної територіальної організації місцевого самоврядування. При визначенні кордонів кожної територіальної одиниці важливо враховувати не лише розміри території та кількість населення, а й можливості ефективного управління суспільними справами, наявність комунальної власності, що забезпечить фінансову автономію місцевого самоврядування, інші чинники об'єктивного й суб'єктивного характеру. Не втрачає актуальності і інший аспект реформи територіального устрою, на який звертав увагу М. Орзіх, — «території тяжіють до автономізації й підвищення свого політичного статусу, що може продукувати небезпечний ефект федералізації країни»³.

¹ Див.: Воронов М. П. Організаційно-правові проблеми становлення місцевого самоврядування в Україні // Проблеми вдосконалення правового регулювання місцевого самоврядування: Мат. наук.-практ. конф. (Харків, 4–5 груд. 2001 р.). – Х., 2002. – С. 59–63; Корнієнко М. Обласна (регіональна) автономія: федералізація чи децентралізація? // Укр. право. – 1996. – № 1(3) – С. 16–23; Орзіх М. Інноваційна реконструкція адміністративно-територіального устрою України // Право України. – 2005. – № 7. – С. 11–15; Муніципальне право України: Підручник / За ред. В. Ф. Погорілка, О. Ф. Фрицького. – К., 2001. – С. 154–159.

¹ Див.: Орзіх М. Інноваційна реконструкція адміністративно-територіального устрою України. – С. 12.

² Див.: Руда Н. І. Територіальна громада – суб'єкт конституційно-правових відносин: теоретичний та історичний аспекти // Правова держава. – 2001. – Вип. 12. – С. 238.

³ Орзіх М. П. Не допустить эффекта «балканизации» // Голос України. – 1993. – 6 июля.

Досить часто в публікаціях, присвячених проблемам місцевого самоврядування, висловлюється думка щодо неможливості його ефективного функціонування без докорінного реформування адміністративно-територіального устрою країни, яке передбачає укрупнення адміністративно-територіальних одиниць¹. Проте аналіз систем інших країн Європи доводить, що відсутня безпосередня залежність рівня розвитку місцевого самоврядування від розміру та кількості адміністративно-територіальних утворень. Досліджуючи адміністративно-територіальний устрій європейських країн — Німеччини, Франції, Англії, Іспанії та Польщі, бачимо, що універсальні, стандартні підходи, які б можна було без змін перенести в Україну, відсутні. Територіальний устрій кожної з країн світу формується під впливом об'єктивних чинників та історичних традицій (таблиця).

Таблиця

Адміністративно-територіальний устрій європейських країн

Країна	Територія, тис. кв.км.	I рівень (субнаціональний)	II рівень	III рівень (базовий)
Німеччина	312,7	16 земель	426 районів	16121 муніципалітет
Франція	544,0	22 регіони	96 департаментів	36559 муніципалітетів
Англія	242,5	-	135 графств	319 районів
Іспанія	505,9	17 автономних областей	50 провінцій	8082 муніципалітети
Польща	312,7	16 воєводств	373 повіти	2489 гмін
Україна	603,7	24 області, АРК, 2 міста із спеціальним статусом	490 районів	29544 сіл, селищ, малих міст

Наведені дані показують, що укрупнення територіальних громад є одним із можливих шляхів реформування територіального устрою України.

¹ Див.: Ковальчук Т., Тулуб С. Від областей до країв. Реформа територіального устрою як необхідний крок демократичного розвитку // Уряд. кур'єр. — 2002. — № 181. — С. 11–12; Худельман В. Вдосконалення адміністративно-територіального устрою України // Регіональна економіка. — 2001 — № 3. — С. 126–130.

ни, але чи сприятиме це розвитку місцевого самоврядування — впевненості немає. Пропозиції щодо імперативного скорочення кількості сільських територіальних громад за рахунок їх об'єднання потребують ґрунтовного аналізу. Історія свідчить про те, що надмірне адміністративне укрупнення адміністративно-територіальних одиниць, як правило, закінчувалося зворотним розукрупненням. За радянських часів територіальна основа сільських рад формувалася значною мірою з урахуванням потреб сільськогосподарського виробництва. Нинішня ситуація, коли в середньому три села обирають одну сільську раду, є результатом «кампаній» щодо укрупнення колгоспів і радгоспів. Примусове укрупнення громад у результаті адміністративно-територіальної реформи дещо нагадує минуле. Переваги такого укрупнення не видаються переконливими, чим і пояснюється відсутність підтримки запропонованих змін територіального устрою серед більшості населення.

Сьогодні в Україні не може йтися про масштабне об'єднання територіальних громад, оскільки їх представницькі й управлінські організації не мають сформованого спільного економічного інтересу — основи для такого об'єднання¹. Укрупнення територіальних громад повинно мати здебільшого господарське підґрунтя — раціоналізація управління комунальною власністю та фінансами територіальної громади, досягнення спільних господарських цілей. М. Кулеша, професор адміністративного права та державного управління Варшавського університету, який брав участь у розробленні й впровадженні адміністративної реформи в Польщі, вважає, що Україні не слід ліквідувати малі громади, але треба так чи інакше їх об'єднати на ґрунті співпраці. Скажімо, вони б могли делегувати певні повноваження найближчій більшій громаді, але при цьому не втратили б свого статусу. Реформи впроваджуються в інтересах людей, місцевих громад, і аж ніяк не на шкоду їм². Необхідно створити механізми, які б стимулювали об'єднання територіальних громад, а не укрупнювати громади адміністративним рішенням.

Невідкладність реформи територіального устрою зумовлюється високим рівнем конфліктності в цій сфері. Відсутність чіткого правового регулювання питань територіального устрою веде до ускладнення взаємовідносин у системі органів місцевого самоврядування. Зокрема,

¹ Федоренко В. Л., Захаров О. В., Пунь С. Т. Самодостатність територіальної громади // Теорія та практика державного управління. Вип. 2: Державне управління та місцеве самоврядування: Тези III Міжнар. наук. конгресу, 26 лют. 2003 р. — Х., 2003. — С. 61.

² Див.: Кулеша М. Реформа: страхи в Україні і погляд із Польщі // Партнери: Муніципальний бюлетень. — 2005. — Червень. — С. 4.

відомо, що в межах 83 міст загальнодержавного, обласного та республіканського значення (Автономна Республіка Крим) перебувають 36 міст, 218 селищ міського типу, 91 селище та 157 сіл, а в межах адміністративних кордонів міст районного значення — 249 селищ міського типу, близько 1150 селищ та сіл. Тобто в рамках однієї територіальної громади існують інші громади, які мають власні органи місцевого самоврядування. Населення одночасно входить до складу одразу декількох територіальних громад, чим порушується принцип територіальності, який в національному законодавстві не закріплений, але вважається пріоритетним для розвитку місцевого самоврядування в інших країнах.

Зазначена проблема може бути вирішена шляхом прийняття таких рішень: 1) про позбавлення сіл, селищ, міст, які перебувають у межах адміністративних кордонів, інших населених пунктів статусу самостійних адміністративно-територіальних одиниць; 2) або про розмежування територій відповідних адміністративно-територіальних одиниць. У першому випадку населення відповідних сіл, селищ, міст входить до складу територіальної громади іншого населеного пункту, а органи місцевого самоврядування ліквіднуються, у другому — чітко визначаються адміністративні кордони для кожного населеного пункту, в межах яких функціонують відповідні територіальні громади, їх органи і посадові особи. Прийняття таких рішень сприятиме скороченню кількості територіальних громад та їх органів.

Потребують наукового дослідження і практичної апробації пропозиції щодо створення міських та сільських округів — певної території, в межах якої має здійснюватися місцеве самоврядування. До міського округу можуть входити територія міста і прилеглі території, економічний, соціальний та інший розвиток яких залежить від міста; в сільські округи можуть бути об'єднані території декількох сіл.

Необхідність реформування територіального устрою України зумовлена також тим, що переважна більшість територіальних громад, особливо сіл і селищ, не мають належної матеріально-фінансової основи, яка б могла забезпечити належний рівень соціальних послуг, що надаються в системі місцевого самоврядування. Разом з тим слід зауважити, що проблема належного матеріально-фінансового забезпечення місцевого самоврядування не може бути вирішена лише внаслідок реформування територіального устрою. Укрупнення районів і громад автоматично не приведе до поліпшення фінансового стану місцевого самоврядування, збільшення бюджетного забезпечення на душу населення. Надходження до місцевих бюджетів збільшаться, але збільшаться й видатки. Тому розв'язання цієї проблеми, на наш погляд, неможливе лише шляхом

зміни адміністративно-територіального устрою, необхідно кількісно й якісно збільшувати перелік власних джерел місцевих бюджетів.

У рамках чинного Земельного кодексу України можна вирішити питання реалізації принципу повсюдності місцевого самоврядування шляхом закріплення в ньому положень про те, що землі територіальних громад повинні межувати між собою. Доцільно провести такий експеримент у межах однієї області, проаналізувати результати і лише потім запроваджувати ту чи іншу модель на загальнодержавному рівні.

Протягом останнього десятиріччя висловлювалися різні пропозиції¹ щодо шляхів реформування адміністративно-територіального устрою України, в яких передбачалися різного ступеню зміни. Пропонувалось залишити район, місто, селище, ліквідувавши при цьому села; переглянути, де це об'єктивно необхідно та можливо, території та кордони районів і селищ з метою їх укрупнення і зменшення кількості². С. Телешун вважає, що сучасний адміністративно-територіальний поділ України має передбачати поділ України не на області, а на регіони. В подальшому регіони мають поділятися на менші адміністративно-територіальні одиниці — губернії, губернії — на департаменти, департаменти у свою чергу — на громади, а в основу поділу регіонів і губерній слід покласти територіальну ознаку, в основу поділу департаменту на громади можна покласти пропорційну кількість населення на одну громаду³.

Інноваційний характер має підхід М. Орзіха, який пропонує поділяти адміністративно-територіальні одиниці на основні та факультативні. До основних він відносить: а) регіон (край); б) територіальні округи (національні, виборчі, освітні, судові, митні, поштові, податкові, транспортні, військові, округи електрозв'язку, електричних мереж та газового господарства); в) самоврядні адміністративно-територіальні одиниці (міста, селища, райони (сільські), села). До факультативних він пропонує віднести: а) екологічні зони (природно-заповідні, курортні, екологічно небезпечні, зони санітарної охорони джерел водопостачання і курортів, екологічного лиха, спеціального екологічного захисту); б) прикордонну

¹ Див.: Муніципальне право України: Підручник. – С. 154–159; *Лухтинський М.* Територіальна організація влади в Україні // *Укр. право.* – 1996. – № 1(3) – С. 24–39; *Кравченко В. В., Пітцик М. В.* Муніципальне право України: Навч. посіб. – К., 2003. – С. 175–180.

² Див.: *Наврузов Ю.* Роль регіональної політики в удосконаленні територіальної організації влади в Україні / За заг. ред. В. І. Лугового, В. М. Князева. – К., 2001. – С. 125–126.

³ Див.: *Телешун С.* Структурні елементи вертикалі політичної влади і державного управління та органи місцевого самоврядування // *Право України.* – 2001. – № 6. – С. 31.

зону; в) зону територіальної оборони; г) режимні територіальні одиниці; д) факультативні самоврядні адміністративно-територіальні одиниці (область — частина регіону, місто-курорт, гірські населені пункти, селище (дачне), зони зі спеціальним економічним режимом¹.

Названі територіальні утворення (одиниці) сьогодні уже фактично сформувалися, а тому пропозиції щодо їх правового закріплення заслуговують на увагу та підтримку.

Узагальнюючі існуючі в науковій літературі позиції, слід відзначити, що концепція реформи територіального устрою України формується під впливом двох основних, значною мірою взаємно суперечливих моделей територіальної організації місцевого самоврядування. Характерною ознакою першої є створення великої кількості територіальних громад (в кожному місті, селищі, селі незалежно від кількості населення, яке там проживає), що послаблює фінансову базу місцевого самоврядування (існує проблема «розпорошення» бюджетних коштів між великою кількістю органів, які часто неспроможні вирішувати питання місцевого значення), не забезпечує комплексний територіальний розвиток, віддаляє органи місцевого самоврядування від органів державної влади, ускладнює контроль за їх функціонуванням з боку держави.

Друга модель позбавлена наведених недоліків. Для неї характерним є створення відносно великих муніципальних утворень (3–4 в існуючих сьогодні районах), що віддаляє місцеву владу від населення і наближає її до органів державної влади, обмежує можливості ефективного впливу громадян на органи місцевого самоврядування і полегшує контроль за їх діяльністю з боку держави, ускладнює самостійне вирішення питань місцевого значення мешканцями окремих населених пунктів.

Характерною ознакою другої моделі є більш висока ефективність управлінської діяльності, раціональне використання матеріальних і фінансових ресурсів, однак віддаленість органів місцевого самоврядування від населення і відносно висока їх залежність від державної влади значною мірою нівелюють її переваги. Запровадження першої моделі, незважаючи її на громіздкість та нижчий рівень ефективності, значно більше сприятиме формуванню і розвитку місцевого самоврядування як потужного інституту громадянського суспільства.

Однак те, що жодна концепція не одержала загального визнання, ще раз підтверджує, що будь-які зміни адміністративно-територіального устрою країни повинні мати всебічне, наукове обґрунтування і проводитися лише на основі ретельного врахування історичних, економічних,

екологічних, географічних та демографічних особливостей, етнічних і культурних традицій та інших чинників об'єктивного характеру, перевірених і підтверджених практикою. Прорахунки в процесі реформування можуть дуже дорого коштувати населенню України, тому особливе значення має застосування методу моделювання, який дозволяє визначити ступінь впливу кожного окремого чинника, його вагомість у тих чи інших умовах.

Слід приймати виважені рішення щодо територіальної організації місцевого самоврядування, намагаючись поєднати переваги різних моделей і уникнути недоліків. При цьому необхідно дотримуватися вимог конституційних норм, якими в Україні визнається і гарантується місцеве самоврядування. Це вимагає забезпечення реалізації права населення кожного населеного пункту самостійно вирішувати питання місцевого значення. Не менш важливим є забезпечення максимального наближення влади до населення. З іншого боку, в умовах жорстких ресурсних обмежень необхідно забезпечити збереження й розвиток районної інфраструктури, а також встановити відповідальність за вирішення найбільш важливих завдань місцевого самоврядування за рівнями, забезпеченими відповідними ресурсами.

При вирішенні питань територіальної основи місцевого самоврядування важливим є використання досвіду центральноєвропейських країн — сусідів України, які досягли значних успіхів на шляху розвитку місцевого самоврядування. Згідно з ст. 5 Європейської хартії місцевого самоврядування зміни територіальних кордонів органів місцевого самоврядування не можуть здійснюватися без попереднього з'ясування думки відповідних місцевих громад, можливо, шляхом проведення референдуму, якщо це дозволяється законом. При визначенні територіальної основи місцевого самоврядування, на нашу думку, слід враховувати економічні, соціальні, демографічні, географічні та інші показники (загальна кількість населення з урахуванням вікової диференціації, перелік основних промислових підприємств, будівельних, транспортних та інших організацій із зазначенням їх виробничих показників, кількості працюючих на кожному з них; відомості про комунальне господарство, житловий фонд із зазначенням його належності, соціально-культурні заклади, підприємства торгівлі і сфери обслуговування; річний бюджет; відомості про наявні й очікувані показники соціально-економічного і культурного розвитку адміністративно-територіальних одиниць, розмір території населеного пункту із зазначенням основних землекористувачів; відстань до найближчих транспортних шляхів тощо). Недостатке врахування цих чинників, намагання досягти формальної стрункості схеми

¹ Див.: Орзіх М. Інноваційна реконструкція адміністративно-територіального устрою України. – С. 14.

приводять до зниження ефективності управління, а іноді й до серйозних конфліктів¹.

З метою розвитку місцевого самоврядування вважаємо, що реформа територіального устрою України має включати такі напрямки:

— визначення основних засад реформування територіального устрою;

— розроблення механізмів формування самодостатніх територіальних громад сіл, селищ, міст, які б мали необхідні фінансові і матеріальні можливості для надання населенню повноцінних державних та громадських послуг;

— відмова від адміністративного втручання в процес укрупнення територіальних громад, розроблення економічних та інших механізмів, які б стимулювали їх об'єднання;

— вивчення переваг і недоліків моделі, де територіальні громади визначаються як низова ланка адміністративно-територіального устрою країни;

— позбавлення статусу самостійних адміністративно-територіальних одиниць таких сіл, селищ, міст, які розміщуються на території інших населених пунктів;

— урахування принципу територіальної доступності громадських послуг, що надаються в системі місцевого самоврядування, при визначенні адміністративних меж територіальної громади;

— проведення робіт з визначення меж усіх адміністративно-територіальних одиниць та підготовка відповідної документації;

— створення належних умов, спрямованих на організацію і розвиток міжрегіонального, прикордонного та прибережного співробітництва;

— вивчення зарубіжного досвіду формування територіальної основи місцевого самоврядування та розв'язання проблем у цій сфері.

Реформа територіального устрою України повинна сприяти формуванню ефективного механізму суспільного управління, встановленню належного балансу загальнодержавних інтересів з регіональними та місцевими інтересами, підвищенню ролі місцевого самоврядування як головного суб'єкта процесу децентралізації, створенню надійного матеріального, фінансового, кадрового, інформаційного та іншого ресурсного забезпечення завдань і функцій публічної влади на регіональному та місцевому рівнях.

Отже, на підставі проведеного аналізу можна зробити такі висновки: 1) подальший розвиток місцевого самоврядування і формування його як

¹ Див.: Григорьев В. А. Эволюция местного самоуправления. Отечественная и зарубежная практика. – К., 2005. – С. 325.

інституту громадянського суспільства залежить від реформи територіального устрою України; 2) територія країни має бути закріплена за територіальними громадами, що сприятиме реалізації принципів повсюдності й територіальності місцевого самоврядування; 3) реформування системи адміністративно-територіального устрою України має здійснюватися з урахуванням інтересів територіальних громад, на основі попередньо одержаних результатів волевиявлення громадян, що проживають на відповідній території; 4) чітке нормативне визначення територіальних одиниць (основних, факультативних), відмова від лінійних та перехід до більш складних моделей територіального устрою дозволять на загальнонаціональному рівні сформулювати параметри державної політики у відповідних сферах, а спільнотам на місцевому рівні — стати реальними суб'єктами самоврядування; 5) основою об'єднання територіальних громад має бути не адміністративний примус, а спільний інтерес (економічний, соціальний, національно-етнічний, культурний тощо).

Перспективою подальших наукових досліджень у цьому напрямку є, зокрема, з'ясування питання щодо системно-структурного реформування місцевого самоврядування, визначення рівня, на якому повинні утворюватися органи місцевого самоврядування для наближення їх до населення, і вирішення всього комплексу питань місцевого значення.

Надійшла до редколегії 09. 09. 05

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

О. Рогова, здобувачка НЮА України

Про час виникнення права людини на життя: загальнотеоретичний аналіз

Сучасний стан опрацювання проблеми прав людини в теорії держави і права відзначається необхідністю визначення меж прав людини, їх обсягу та змісту. Межі прав людини — це сукупність усіх явищ, які окреслюють їх зміст та обсяг. У широкому значенні — це усі чинники, як правового, так і не правового характеру, котрі впливають на реалізацію права, у вузькому ж — це власне правові межі¹.

Право людини на життя у цьому сенсі не є винятком. Незважаючи на визнання фундаментального характеру цього суб'єктивного права, ще й досі у теорії держави і права нечітко визначено його межі. Різні дослідники поєднують з ідеями щодо змісту права на життя такі суспільно-правові феномени, як необхідна оборона, евтаназія, самогубство, аборт та ін. Висловлюються пропозиції щодо необхідності опрацювання змісту права на життя у контексті так званих «соматичних прав» (тобто прав, пов'язаних з людським тілом) або його поєднання з репродуктивними правами людини. Тому визначення меж права на життя має важливе значення і як самостійна теоретико-правова проблема, і як чинник, що зумовлює розробку цілого комплексу інших правових проблем. Метою цієї статті є спроба визначити початкову межу права людини на життя, тобто момент виникнення права на життя.

У розумінні меж права людини на життя у правовій науці немає однастайності. Життя людини як біологічний процес обмежене у часі й просторі. Ми живемо лише один раз (зокрема, інше не доведено), і життя має свій початок і кінець у часі. Загальний висновок щодо часу виникнення права на життя зводиться до того, що це право виникає у людини з виникненням самого життя. Але немає порозуміння щодо того,

¹ Див.: Рабінович П. М., Панкевич І. М. Здійснення прав людини: проблеми обмежування (загальнотеоретичні аспекти): Праці Львів. лаб. прав людини і громад. / Ред. П. М. Рабінович (гол. ред.) та ін. — Сер. І. Дослідження та реферати. Вип. 3. — Львів, 2001. — С. 42, 39.

який момент вважати таким початком: момент запліднення, момент народження або момент відокремлення тіла дитини від тіла матері.

В теорії держави і права розглядуване питання самостійно не досліджувалося. Найбільшої гостроти ця дискусійна проблема здобула у теорії кримінального права.

Ще у дореволюційний період Н. Таганцев, досліджуючи злочини проти життя, відзначав, що вірогідним доказом існування життя немовляти має бути визнано дихання, але відсутність дихання не виключає можливості визнати дитину живою¹. М. Шаргородський вважав, що початком самостійного життя немовляти є поява дихання, а замах на життя ненародженої дитини слід розглядати не як вбивство, а саме як аборт². А. Піонтковський висловлював думку, згідно з якою вбивством слід вважати не тільки вбивство новонародженого після відокремлення від утробы матері та початку самостійного життя дитини, а й вбивство, вчинене під час пологів, коли дитина, що народжується, ще не почала самостійного позаутробного життя³. А. Красіков писав, що початковим моментом життя людини слід вважати момент, коли плід відокремився від організму породіллі за винятком пуповини, яка ще не перерізана, та у плоді є дихання або серцебиття, пульсація пуповини чи довільні рухи мускулатури⁴.

Автори сучасного російського курсу кримінального права вважають початком життя людини момент початку фізіологічних пологів. Життя дитини охороняється кримінальним законом вже у процесі народження⁵.

О. Попов підкреслює, що оскільки сьогодні строк, який розмежує аборт та штучні пологи, встановлено у 22 тижні вагітності, спричинення смерті живій дитині, яка з'явилася у результаті природних (або штучних) передчасних пологів при вагітності строком більше 22 тижнів, має визнаватися вбивством⁶. Цей дослідник відзначає, що «...місцезнаходження дитини в момент посягання на її життя (в утробі матері чи поза нею) строком вагітності більше 22 тижнів значення не має. Йдеться про спричинення смерті живій людській істоті»⁷. З цього можна зробити

¹ Цит. за: Попов А. Н. Преступления против личности при смягчающих обстоятельствах. — СПб., 2001. — С. 23.

² Див.: Шаргородский М. Д. Ответственность за преступления против личности. — Л., 1953.

³ Див.: Курс советского уголовного права: В 6 т. / Под ред. А. А. Пионтковского. — М., 1971. — Т. V. — С. 22.

⁴ Цит. за: Попов А. Н. Вказ.праця. — С. 25.

⁵ Див.: Курс уголовного права. Особенная часть: / Под ред. Г. Н. Борзенкова и В. С. Комиссарова. — М., 2002. — Т. 3. — С. 94.

⁶ Див.: Попов А. Н. Вказ.праця. — С. 30.

⁷ Там само. — С. 69.

висновок про те, що саме досягнення межі 22 тижні вагітності О. Попов розглядає як точку відліку початку життя людини і як момент, з якого життя має охоронятися правом.

На думку В. Сташиса та М. Бажанова, початковим моментом життя як безпосереднього об'єкта вбивства слід вважати початок фізіологічних пологів. Тому ці автори вважають, що посягання на плід після початку пологового процесу є замахом на життя людини, незважаючи на те що дитина, яка народжується, ще не почала самостійного життя і навіть не відокремилася від утроби матері. «Посягання на плід, який відокремився від утроби матері в результаті пологового процесу (*незалежно від його життєздатності*), тим більше є посяганням на життя»¹ (курсив мій. — О. Р.). У той же час вони не розглядають як посягання на життя замах на людський плід до початку пологового процесу, незалежно від віку плода. Умертвіння ж дитини, яка народилася внаслідок передчасних пологів (у тому числі штучних), може бути кваліфіковане як вбивство. Тому цитовані автори вважають моментом початку життя людини саме момент початку фізіологічних пологів.

Зрозуміло, що проблема визначення моменту початку життя в теорії права ускладнюється багатьма чинниками, серед яких слід виділити такі найважливіші міркування.

З огляду на консервативність нашого мислення та мовлення багато хто вважає, що не потрібно зайве ускладнення шляхом створення сумнівних правових конструкцій, коли загальноживаним і звичним є уявлення про початок життя саме з моменту народження. Залишки успадкованого від радянської марксистсько-ленінської філософії «вульгарного матеріалізму» зумовлюють сприйняття правових явищ лише за наявними або проявленими у матеріальному світі ознаками, тому в межах такої методології життя людини до народження не варто помічати, незручно захищати правом. Зміни в правовій теорії щодо моменту початку життя матимуть наслідками гостру дискусію правознавців, бо визнання права на життя ненародженої дитини наштовхнеться на цілком захищену позицію прихильників ліберального розв'язання проблеми абортів та захисників прав жінок. Будь-яка позиція щодо права на життя ненародженої людської істоти вважається вразливою з погляду як природничих наук, котрі й досі не визначилися з приводу того, які саме критерії характеризують життя як таке, так і власне права — чи буде право на життя ненародженого відрізнятися за своїм обсягом від права на життя народженого або народженого *in vitro* (у пробірці). Крім того,

¹ Сташис В. В., Бажанов М. И. Преступления против личности в Уголовном кодексе УССР и судебной практике. — Изд. 2-е, исп. и доп. — Х., 1987. — С. 7.

оскільки суб'єктивне право на життя не є абсолютним, тобто необмеженим, тому в контексті визнання права на життя ненародженої дитини треба визнати, що воно може обмежуватися іншим суб'єктивним правом (в різних випадках може йтися про право жінки на життя, здоров'я, репродуктивний вибір або недоторканність приватного життя). Складність полягає в тому, як визначити, де закінчується право жінки на репродуктивний вибір і де починається право ненародженої дитини на життя.

На практиці визначення моменту початку життя зумовлюється існуванням певної позиції законодавця щодо абортів — заборона абортів може свідчити (але не обов'язково) про визнання права людини на життя з моменту запліднення. Будь-яке розширення меж права на життя, у тому числі визнання права на життя людського ембріона, приведе до необхідності змінити законодавчі норми, іноді навіть радикально, та криміналізувати аборти, що матиме наслідком зворотний ефект — «тінізацію» практики переривання вагітності та зростання відсотків убивств новонароджених.

Зазначені чинники ускладнюють однозначне вирішення питання про момент початку життя. Тому загальновизнаною і загальноживаною точкою відліку початку життя людини та виникнення її прав сьогодні залишається момент її народження.

Наприклад, Конституція Російської Федерації передбачає, що основні права та свободи людини невідчужувані та належать кожному від народження. Саме таке ж тлумачення є і у конституціях Республіки Казахстан (ст. 12.2 — «Права і свободи людини належать кожному від народження, визнаються абсолютними та невідчужуваними...»¹), та Азербайджанської Республіки (ст. 24.1 — «Кожен з моменту народження володіє недоторканими, непорушними та невідчужуваними правами та свободами»²).

Але існують й інші норми. Так, у Декларації прав дитини зазначено, що «дитина внаслідок її фізичної та розумової незрілості потребує спеціальної охорони та турботи, включаючи належний правовий захист як до, так і після народження»³. В статті 8 Конституції Князівства Андорра передбачено, що «Конституція визнає право на життя та всіляко захищає його на різних стадіях»⁴. У статті 40.3 чинної Конституції Ірландії 1937 р. закріплено, що «державна визнає право на життя ненародженого та, маючи на

¹ Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Л. А. Окунькова. — М., 2001. — Т. 2. — С. 169.

² Там само. — Т. 1. — С. 135.

³ Международные документы по правам человека. — Х., 2000. — С. 103.

⁴ Конституции государств Европы. — Т. 1. — С. 229.

увазі рівне право на життя матері, гарантує у своїх законах повагу та, наскільки це можливо, захищає й підтримує своїми законами це право»¹. Американський акт «Право на життя» 2003 р. (Right to Life Act) гарантує «рівний захист права на життя кожної народженої та ненародженої (preborn) людської особистості». У цьому ж акті пояснюється, що під терміном «людська особистість» мається на увазі кожен член виду *Homo sapiens* на всіх стадіях життя від запліднення [http:// thomas. loc. gov].

Рішенням Верховного суду США у справі «Роу проти Уейда» (Roe v. Wade), яким було визнано закон штату Техас про обмеження права на аборт таким, що суперечить Конституції США та обмежує особисту свободу жінки, було встановлено строки вагітності, які обмежують право жінки вирішувати питання материнства самостійно: перша третина вагітності — жінка має безумовне, не обмежене законом право вирішувати; друга третина вагітності — втручання закону може зводитися до захисту життя матері; остання третина вагітності — вирішальним чинником стає захист життя ненародженої дитини, за винятком тих обставин, коли аборт є необхідним для рятування життя і здоров'я матері².

В Європі офіційно штучне переривання вагітності вперше було легалізовано у нашій країні (у 1920 р.), потім — у Швеції (1938 р.), Данії (1939 р.), Швейцарії — (1942 р.). Велика Британія легалізувала такі дії у 1967 р.³

У національних законодавствах по-різному розв'язується проблема строків вагітності, до досягнення яких здійснення абортів не буде кримінальним. Так, у Франції передбачено строк у 10 тижнів після запліднення, у Данії, Австрії, Німеччині та Бельгії цей строк не перевищує 12 тижнів, а у Швеції та Великій Британії — 24 тижні. Проте такий критерій не є остаточним: практично в усіх країнах існує пріоритет життя матері над життям ембріона, тобто за обставин загрози життю та здоров'ю матері передбачена можливість здійснення абортів і на більш пізніх строках вагітності (терапевтичний аборт)⁴.

У сучасному законодавстві України проблема абортів розв'язується ліберально. Так, у ст. 50 «Основ законодавства України про охорону здоров'я» передбачено можливість добровільного штучного перериван-

ня вагітності (аборт) в акредитованих закладах охорони здоров'я при вагітності строком не більше 12 тижнів. Аборт при вагітності від 12 до 28 тижнів за соціальними і медичними показниками може бути зроблено в окремих випадках і в порядку, що встановлюється Кабінетом Міністрів України¹. Таким чином, ступінь правової захищеності життя ненародженої дитини за українським законодавством залежить від строку вагітності. Це означає, що український законодавець не розглядає ненароджену істоту як власне людину, хоча і може визнавати у випадках, встановлених законом, інтереси «зачатої, але ще не народженої дитини» (ч. 2 ст. 25 ЦК України). Приклади визнання умовної правоздатності (на відміну від безумовної правоздатності людини) людського ембріона містяться й у нормах цивільного та сімейного права інших країн.

Але більшість дослідників підкреслюють суттєву рису особистих немайнових прав на життя, здоров'я, свободу і особисту недоторканність, яка полягає в тому, що вони належать людині внаслідок народження². М. Малєїна вважає, що навряд чи слід розглядати ще ненароджену дитину як носія правоздатності та інших суб'єктивних прав ще до народження, тому що суб'єктивні права можуть виникнути лише у суб'єкта, який реально існує³.

Сьогодні є доведеним той факт, що людський ембріон має всі ознаки людини вже на 14-й день після запліднення. Про це йшлося на сесії Ради Європи з біоетики у грудні 1996 р. Ще раніше, у 1986 р., 38-а сесія Парламентської Асамблеї Ради Європи прийняла Рекомендацію 1046 щодо використання ембріонів та плодів людини з метою діагностики, терапії, наукових досліджень, промислового використання та торгівлі, в якій відзначається, що «з моменту запліднення яйцеклітини життя людини розвивається безперервним чином, і ... неможливо чітко розмежувати перші (ембріональні) фази його розвитку...» В цьому ж документі зазначено, що «...за будь-яких обставин людські ембріони та плоди потребують ставлення, гідного людини...»⁴.

Сучасні дослідження показують, що вже через 18 днів вагітності у дитини б'ється серце, на 21-й день починає діяти її власна система кровообігу, не змішуючи кров дитини з кров'ю матері, до того ж кров ди-

¹ Конституции государств Европы: В 3-х т. / Под общ. ред. Л. А. Окунькова. — Т. 1. — С. 810.

² Див.: Романовский Г. Б. Гносеология права на жизнь. — СПб., 2003. — С. 173.

³ Див.: Мирошниченко О. А. Международно-правовые и национально-правовые проблемы легализации права на искусственное прерывание беременности // Проблемы законности: Респ. міжвід. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. — Х., 2001. — Вип. 69. — С. 202.

⁴ Див.: Там само. — С. 203.

¹ Див.: Законодательство Украины: Инфодиск (Электронные справочники Украины) // Компьютерная библиотека, 2002.

² Див.: Красицька Л. В. Право громадян України на життя, здоров'я, свободу і особисту недоторканність: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 1999. — С. 4.

³ Див.: Малєїна М. Н. О праве на жизнь // Государство и право. — 1992. — № 2. — С. 51.

⁴ Див.: Права человека и профессиональная ответственность врача в документах международных организаций. — К., 1996. — С. 100.

тини може відрізнятись за групою від материнської. У 6 тижнів вагітності дитина може здійснювати перші рухи, у 8 тижнів вміє смоктати палець та тримає на долоні предмет, якщо його туди покласти. Вона відчуває біль та відсмикує руку, якщо її вколоти. У 10–11 тижнів у дитини вже можна зняти відбитки пальців, вона ворухить очима та язиком, у 11–12 тижнів дихає, реагує на світло, тепло, шум. Усі системи її органів повністю сформовано, а у наступний строк вже сформована людина тільки росте та розвивається¹.

В сучасних виданнях з акушерства та гінекології зазначається, що «наприкінці 6 місяця (вагітності) плід... може народитися живим, але ще не є життєздатним»².

З 1972 р. згідно з рекомендаціями Всесвітньої організації охорони здоров'я (ВООЗ) недоношеною слід вважати будь-яку дитину, народжену раніше 38 тижнів вагітності, незалежно від маси тіла. Раніше (з 1948 р.) недоношеними вважалися всі діти, народжені з масою тіла менше 2500 г. Цінність цього критерію визначалася його простотою.

Але досягнення медичної науки зробили можливим рятувати навіть недоношених немовлят з низькою масою тіла при народженні. Сьогодні строк життєздатності в різних країнах вираховується по-різному. В Україні він визначається від 22 тижнів вагітності³. Це означає можливість та необхідність для медичних працівників рятувати життя дитини, народженої після 22 тижнів вагітності. З цього можна зробити висновок про те, що з погляду права цінність життя ненародженої дитини збільшується із зростанням самої дитини. Видається, що це пов'язано насамперед із життєздатністю ненародженої дитини, тобто з її потенційною цінністю для суспільства.

У зв'язку з переходом на критерії живонародженості і мертвнонародженості, прийняті ВООЗ, на всій території України діють такі визначення і поняття живонародженості і мертвнонародженості: «Живонародження є повне вигнання або витягнення продукту зачаття з організму матері *незалежно від тривалості вагітності*, який після такого відокремлення дихає або виявляє інші ознаки життя, такі як: серцебиття, пульсація пуповини або відповідні рухи довільної мускулатури незалежно від того, перерізна пуповина чи ні, чи відшарувалась плацента. *Кожен продукт такого народження вважається живонародженим*» (курсив мій. — О. Р.) (Наказ Міністерства охорони здоров'я (МОЗ) України № 31 від 19.02.1996 р.

¹ Див.: Попов А. Н. Вказ.праця. – С. 12.

² Акушерство / За ред. С. В. Хміля. – Тернопіль, 1998. – С. 66.

³ Див.: Дуда І. В., Дуда В. І. Клиническое акушерство. – Мн., 1997. – С. 108,

«Про затвердження Інструкції про визначення критеріїв живонародженості, мертвнонародженості та перинатального періоду», зареєстрований в Міністерстві юстиції України 5 квітня 1996 р. за № 160/ 1185)¹.

Прогрес медичної науки та практики робить можливим ефективне проведення реанімаційних заходів та рятування новонароджених, навіть незважаючи на тривалість вагітності. Так, Наказ МОЗ України № 4 від 5 січня 1996 р. «Про організацію та забезпечення медичної допомоги новонародженим в Україні» передбачає можливість проведення первинної реанімації новонароджених з масою тіла до 1 кг з гестаційним віком до 28 тижнів².

Аналіз наведених нормативних актів України свідчить про спроби з'ясувати підстави визнання правосуб'єктності ненародженої дитини, серед яких називають «життєздатність», «живонародженість», певний гестаційний вік або досягнення дитиною певної ваги.

Міжнародні інституції щодо захисту прав людини делікатно й обережно розглядають питання переривання вагітності за різних обставин, тлумачачи їх у контексті захисту права на життя ненародженої дитини або захисту права жінки на репродуктивний вибір. Але вихідним принципом вирішення таких питань Європейським судом з прав людини є повага до певної свободи вибору для національних законодавств, які по-різному розглядають ці питання.

Гадаємо, що при вирішенні цього складного питання немає і не може бути догматичних і спрощених рішень. Без перебільшення можна сказати, що внутрішньоутробний період існування та розвитку людської істоти є передумовою її існування після народження, необхідним та невід'ємним етапом розвитку людини. А тому внутрішньоутробний період життя людини має бути захищений правом так само, як і життя людини після народження на будь-якій його стадії. Саме етап соціалізації (тобто період після народження) життя людини є предметом зацікавленості права, бо воно існує саме для регуляції соціальної поведінки людини. У нашому випадку, досліджуючи право на життя, слід зауважити, що унікальність людського життя полягає саме в його належності водночас до біологічного й соціального світів.

У той же час у контексті визначення меж права людини на життя не можна задовольнитися войовничо-матеріалістичним розумінням світу і обмежувати сферу дії права людини на життя явищами тільки соціального характеру. Бо існуюча точка зору щодо реальності життя людини

¹ Див.: Законодавство України: Інфодиск (Електронні справочники України).

² Див.: Там само.

виключно після народження є хибною: життя до народження приховане від суспільства та права, але воно так само є реальним і необхідним етапом людського життя. Тому, якщо говорити про право на життя у його широкому розумінні, тобто право на вітальне, соціальне та духовне існування, межі права на життя біосоціодуховної істоти — людини варто було б розширити до моменту запліднення. Але треба мати на увазі, що таке тлумачення моменту виникнення права на життя мало б логічним наслідком обов'язок держави криміналізувати штучне переривання вагітності на будь-якому строку та нашкоджувалося б на значний опір прихильників ліберального розв'язання проблеми абортів.

Гадаємо, що на практиці визначати засади правового захисту фундаментального права людини на життя мають такі правові принципи:

- право людини на життя гідне поваги та правового захисту з моменту запліднення на будь-якій стадії життя;
- право на життя ненародженої дитини не є абсолютним, воно може бути обмежене лише зваженим та самостійним рішенням її матері перервати вагітність, якщо її строк не перевищує 22 тижнів;
- пріоритетним правовим захистом користується право на життя суб'єкта, який уже народився;
- за обставин, які роблять неможливим рівний правовий захист права на життя вагітної жінки та права на життя її ненародженої дитини, пріоритетом користується право на життя жінки, тобто вже народженого суб'єкта правового захисту, за винятком свідомо висловленого бажання жінки, щоб було врятоване життя її ненародженої дитини;
- рішення жінки про переривання вагітності не може бути зумовлено подальшим використанням фетальних тканин або самого плоду з терапевтичною метою або метою трансплантації таких тканин; у випадку використання плоду чи фетальних тканин з медичною метою рішення жінки про переривання вагітності має бути прийнято до початку обговорення питання про можливість використання фетальних тканин.

Зазначене мало на меті обґрунтувати право на життя ненародженої людської істоти, тобто розширити межі права на життя у часі. З урахуванням цього вважаємо за доцільне прийняти в Україні «Акт про право людини на життя», де мають бути закріплені наведені принципи, визначені юридичний статус людського ембріона, правові гарантії його захисту, строки та ступінь втручання у внутрішньоутробне життя людини, правові підстави медичного використання фетальних тканин та інші правові питання, пов'язані з періодом життя людини до народження.

Надійшла до редколегії 05. 07. 05

О. Уварова, студентка НЮА України

Про зміст і форму правозастосовних актів

Юридична наука традиційно приділяє велику увагу визначенню природи правозастосовного акта. Це пояснюється насамперед важливою роллю, яку відіграє цей акт у правовій системі будь-якої держави. Ця загальнотеоретична проблема зазвичай розглядається або в контексті дослідження правових актів (С. Алексєєв, Р. Васильєв, І. Котелевська, А. Міцкевич, П. Рабінович, В. Стефанюк, Ю. Тихомиров, М. Цвік, Л. Явич та ін.), або в контексті характеристики правозастосовування (Ф. Григор'єв, І. Дюрягін, В. Лазарєв, Ю. Соколов, В. Юсупов та ін.). Проте деякі дискусійні питання щодо природи правозастосовних актів залишаються не вирішеними й донині. До їх числа належать питання змісту і форми правозастосовних актів.

Досліджуючи цю проблему, на нашу думку, слід проаналізувати існуючі погляди на юридичну природу правозастосовних актів як різновиду правових актів, встановити співвідношення таких понять, як правозастосовний акт, рішення з конкретної юридичної справи, результат правозастосовної діяльності, індивідуальне веління, розглянути питання про форму правозастосовних актів.

Відомо, що питання про зміст і форму правозастосовних актів є складовою проблеми змісту і форми правових актів¹, яка в свою чергу впродовж багатьох років знаходиться у центрі наукових досліджень. Такий інтерес пояснюється, зокрема, тим, що від вирішення цього питання залежить можливість оптимальних визначень правових актів різноманітних видів, ефективного застосування найбільш поширеного прийому визначення понять через поняття найближчого роду та видові відмінності².

Слід зазначити, що сьогодні в юридичній літературі немає загальноновизнаного поняття правових актів. Правовий акт визначається як дія-волевиявлення, вольова дія, документ, письмовий документ, зовнішній вираз волі, засіб вираження рішення³, форма діяльності, припис, офіційне рішення, результат волевиявлення⁴, дія (поведінка),

¹ Див.: Лазарєв В. В. Эффективность правоприменительных актов (Вопросы теории). – Казань, 1975. – С. 28.

² Див.: Васильєв Р. Ф. Акты управления (Значение, проблема исследований, понятие). – М., 1987. – С. 90; *його ж.* О понятии правового акта // Вестник Московского университета. – Сер. 11. Право. – 1998. – № 5. – С. 3.

³ Див.: Васильєв Р. Ф. О понятии правового акта. С. 3.

⁴ Див.: Васильєв Р. Ф. Акты управления (Значение, проблема исследований, понятие). – С. 88.

результат правомірної дії, юридичний документ¹, засіб формальної визначеності права², акт, що вносить зміни в юридичну ситуацію³, тощо. Природно, що різноманітність поглядів на природу правових актів обумовлює значні розбіжності і при характеристиці правозастосовних актів.

Розглянемо два погляди, найбільш підтримані в юридичній літературі: погляд, прибічники якого визначають правозастосовний акт як акт, зміст якого становить індивідуальне веління, та погляд, відповідно до якого правозастосовні акти розглядаються як акти-документи. Їх аналіз, на нашу думку, дозволить наблизитись до розуміння змісту і форми правозастосовного акта.

Точка зору, згідно з якою змістом правозастосовного акта є індивідуальне веління (веління з приводу певного казусу)⁴, призводить до того, що зміст правозастосовних актів ототожнюється зі змістом індивідуальних актів. Так, автори наукової праці «Правозастосування в Радянській державі» (1985 р.) зазначали, що саме у виданні на основі норми права індивідуального акта проявляється застосування права у власному розумінні слова⁵. Правозастосовні акти внаслідок такого ототожнення втрачають характер самостійного правового явища, що має притаманні тільки йому властивості. Одним з проявів такого підходу є порівняння нормативних та правозастосовних актів⁶, тобто правових явищ, які належать до різних груп класифікації.

Вважаємо, що ототожнення правозастосовних та індивідуальних актів викликано відсутністю чіткої класифікації правових актів, що і спонукає нас звернутися до цієї проблеми.

Найбільш поширеним в юридичній науці є поділ правових актів на нормативні й індивідуальні⁷. Перші охоплюють акти, які містять поло-

¹ Див.: *Алексеев С. С.* Общая теория права: В 2 т. – М., 1982. – Т. II. – С. 192.

² Див.: *Матвеева Л. Г.* Интерпретационные акты как разновидности правовых актов // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 7. – С. 114.

³ Див.: *Бержель Ж.-Л.* Общая теория права. – М., 2000. – С. 433.

⁴ Див.: *Лазарев В. В.* Эффективность правоприменительных актов (Вопросы теории). – С. 35.

⁵ Див.: *Правоприменение в Советском государстве.* – М., 1985. – С. 38.

⁶ Див.: *Лазарев В. В.* Применение советского права. – Казань, 1972. – С. 59; *Соколов Ю. А.* О специфических признаках актов применения правовых норм // Сов. государство и право. – 1979. – № 8. – С. 80.

⁷ Див.: *Алексеев С. С.* Вказ. праця. – С. 199; *Керимов Д. А.* Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). – М., 2000. – С. 366; *Цвік М. В.* Про систему юридичних актів // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 4. – С. 15.

ження нормативного характеру, другі — акти, що містять індивідуальні приписи, інші разові веління, рішення окремих осіб.

С. Алексеев, крім зазначеної класифікації, пропонує ділити правові акти залежно від того, які основні елементи правової системи вони виражають. У цьому випадку він виділяє: а) нормативні акти правотворчості; б) інтерпретаційні акти; в) акти застосування права; г) акти реалізації прав і обов'язків. Порівнюючи ці дві класифікації, С. Алексеев зазначає, що нормативні акти правотворчості належать до нормативних, акти правозастосування й акти реалізації прав і обов'язків — до індивідуальних. Інтерпретаційні акти можуть бути як нормативними, так і індивідуальними¹.

Проте, на нашу думку, проведення співвідношення між правовими явищами, які належать до різних класифікаційних рядів, з установленням суворої закономірності між їх природою не є доцільним. Такий підхід призводить до ототожнення правотворчих актів з нормативними, а правозастосовних — з індивідуальними. Так, А. Міцкевич, поділяючи правові акти на нормативні й ненормативні (індивідуальні), відмічає, що *нормативні* акти є вираженням *правотворчої* діяльності держави, її органів, а *ненормативні* — втілюють форми діяльності, не пов'язані з правотворчістю, встановленням правових норм². З цим погоджуються й інші вчені³. На наш погляд, такий підхід не тільки ставить під сумнів доцільність виділення правотворчих і правозастосовних актів, а й має в своїй основі два критерії класифікації — форму діяльності, результат якої закріплює правовий акт, і характер положень, що в ньому містяться. Однак, як відомо, цінність будь-якої класифікації полягає, зокрема, в тому, що всі класифіковані явища систематизуються за однією ознакою. У протилежному разі класифікація може втратити науковий характер і практичне значення; вона стає випадковим нагромадженням явищ і фактів, речей і обставин⁴.

На нашу думку, поділ правових актів слід проводити за двома основними критеріями:

1) за характером припису, що закріплюється даним правовим актом. Це дозволяє виділити акти нормативні й індивідуальні;

¹ Див.: *Алексеев С. С.* Вказ. праця. – С. 199; *Явич Л. С.* Сущность права. – Л., 1985. – С. 128.

² Див.: *Мицкевич А. В.* Акты высших органов советского государства. Юридическая природа нормативных актов высших органов государственной власти и управления СССР. – М., 1967. – С. 14–15.

³ Див., напр.: *Теоретические вопросы систематизации советского законодательства* / Под ред. С. Н. Братуся и И. С. Самошенко. – М., 1962. – С. 81.

⁴ Див.: *Красавчиков О. А.* Юридические факты в советском гражданском праве. – М., 1958. – С. 86.

2) залежно від того, результат якої правової форми діяльності становить зміст даного правового акта. У цьому випадку акти поділяються на правотворчі, правозастосовні й інтерпретаційні.

Це дає змогу наблизитись до вирішення низки дискусійних питань, що мають і теоретичне, і практичне значення. До них, зокрема, належить питання щодо природи окремих різновидів судових рішень. Так, можна більш впевнено доводити, що судові рішення, яке є правозастосовним актом, може одночасно мати нормативний характер. Наприклад, нормативним можна вважати судові рішення про визнання нормативно-правового акта незаконним відповідно до ст. 171 Кодексу адміністративного судочинства України. Крім того, запропонована класифікація дозволяє усунути суперечності, що виникають при характеристиці правозастосовних актів, у яких містяться положення нормативного характеру (так звані правоположення), а також давати загальну характеристику актам застосування права, що приймаються в країнах континентальної й англосаксонської правової сім'ї. Визначальним для характеристики правозастосовних актів має бути те, що їх зміст становить рішення у конкретній юридичній справі, а не веління індивідуального чи нормативного характеру. Останнє має значення при визначенні рис відповідно індивідуального чи нормативного актів.

Отже, наша пропозиція виключає ситуацію, коли акт правозастосування автоматично визнається індивідуально-правовим актом, що призводить до заперечення можливості вироблення положень нормативного характеру під час правозастосовної діяльності.

Звичайно, ми не виключаємо ситуації, коли правовий акт об'єднує характеристики індивідуально-правового й правозастосовного актів. Більш того, ми визнаємо, що така ситуація є досить поширеною. Проте це не є підставою для ототожнення зазначених різновидів правового акта, оскільки кожен з них передбачає певний набір притаманних лише йому рис. Дійсно, рішення конкретної справи як результат правозастосовної діяльності передбачає встановлення веління індивідуально-владного характеру. Однак, його індивідуальний характер не є конститутивною ознакою правозастосовного акта. Тому визначення юридичної природи акта правозастосування не може зводитись до характеристики веління, що в ньому міститься. Ознаки, пов'язані з природою індивідуального веління, становлять характеристику індивідуальних актів. Тому правовий акт, який є результатом правозастосування і містить в собі індивідуальне веління, включає в себе ознаки правозастосовного й індивідуального актів, що мають самостійне значення.

Значній поширення в юридичній літературі набула також позиція, відповідно до якої правові акти в цілому, а відтак, і їх окремі різновиди

розглядаються як акти-документи¹. Так, М. Цвік, звертаючись до питання про природу та види юридичних актів, характеризує їх як акти-державні документи, вважаючи акти-дії різновидом правомірної поведінки².

Цей підхід має певні недоліки: визначення правових, у тому числі правозастосовних, актів як документів призводить до ототожнення їх змісту з документальною формою³. Іменування актом лише його письмової форми не сприяє повноті дослідження даного правового явища та не відображає його природу. Це поступово призводить до того, що починають досліджувати лише документ⁴. Такий підхід певною мірою залишає поза увагою вчених питання про зміст правозастосовного акта.

С. Алексєєв, характеризуючи акти застосування права, визначає їх як акти-документи, в яких формально закріплюється рішення компетентного органу в юридичній справі⁵. За такого підходу документ розглядається як форма правозастосовного акта, зміст якого становить рішення компетентного органу за юридичною справою.

Вважаємо, що дискусію про те, чи є правозастосовні акти виключно актами-документами, слід розглядати як дискусію про їх зовнішню форму, тобто про «засіб закріплення й об'єктивованого вираження рішення, яке приймається в результаті застосування права»⁶.

З приводу форми правозастосовних актів в юридичній літературі існує велика кількість підходів, які можуть бути об'єднані у дві основні групи.

До першої групи можна віднести ті, відповідно до яких правозастосовні акти можуть мати документальну, усну форму або форму дії⁷. Відмінності форм обумовлюються різноманітністю способів вираження

¹ Див.: Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. – М., 1960. – С. 477; Тихомиров Ю. А., Котелевская И. В. Правовые акты: Уч.-практ. пособ. – М., 1995. – С. 12; Сорокина Ю. В. Государство и право: философские проблемы. – М., 2004. – С. 98.

² Див.: Цвік М. В. Вказ. праця. – С. 15.

³ Див.: Никитушиев Г. И. Форма и структура административных актов // Сборник ученых трудов Свердловского юридического института. – 1972. – Вып. 20. – С. 92.

⁴ Див.: Там само. – С. 125.

⁵ Див.: Алексєєв С. С. Вказ. праця. – С. 347.

⁶ Лазарев В. В. Эффективность правоприменительных актов (Вопросы теории). – С. 33.

⁷ Див.: Бабаев В. К. Советское право как логическая система. – М., 1978. – С. 197; Дюрягин И. Я. Применение норм советского права. Теоретические вопросы. – Свердловск, 1973. – С. 164; Лазарев В. В. Эффективность правоприменительных актов (Вопросы теории). – С. 36; Юсупов В. А. Определение понятия акта правоприменительной деятельности органа государственного управления // Вестник Московского университета. – Сер. 11. Право. – 1978. – № 3. – С. 13.

і закріплення волі органів держави і посадових осіб, що міститься в актах застосування норм права¹. Додержуючись в цілому цього підходу, А. Коренев класифікує акти застосування права дещо по-іншому, виділяючи словесні та конклюдентні акти, словесні в свою чергу поділяючи на письмові й усні².

Аналіз наведеного підходу дозволяє зробити висновок про те, що правовий акт може мати форму документа (письмового чи електронного), усну форму чи форму дії. Обрання тієї чи іншої форми обумовлено характером суспільних відносин, що регулюються, обставинами, за яких правовий акт приймається, тощо. Зміст правового акта в цьому випадку залишається незмінним, змінюється лише форма його зовнішнього вираження. Одним з найбільш поширених прикладів правозастосовного акта, що має форму дії, є діяльність регулювальника дорожнього руху. Уявімо собі, що регулювальник вказує водію напрямом його руху не за допомогою жезла, а шляхом усного наказу або шляхом складання офіційного документа, в якому міститься рішення щодо конкретної ситуації і веління щодо наступних дій водія. На наш погляд, зміст правозастосовного акта при цьому залишається незмінним, змінюється лише зовнішня форма його вираження як результату правозастосовної діяльності регулювальника.

До другої групи належать вчені, які відстоюють думку, згідно з якою і правовим, і правозастосовним актом слід називати лише письмовий документ як зовнішню форму вираження результату діяльності. Прибічники цієї точки зору погоджуються з тим, що результат правової форми діяльності може мати й інші зовнішні форми вираження (у тому числі усну форму чи форму дії). Проте, на їх думку, тільки той акт, що втілений у форму документа, може мати статус правового акта.

На наш погляд, цей підхід має певні недоліки. Так, ми зіштовхуємося з необхідністю вводити у юридичну термінологію нові терміни, які б позначали ті правові явища, що закріплюють результат правової форми діяльності і мають усну форму або форму дії, а також загальний для них термін.

У той же час ми не можемо ігнорувати той факт, що з огляду на важливість суспільних відносин, що регулюються правотворчими актами, та юридичну природу останніх вони повинні мати виключно форму документа (письмового чи електронного). Однак сам правотворчий акт не повинен отожднюватися з документом, оскільки це призводить до його ототожнення з формою, внаслідок чого характеристика правотвор-

¹ Див.: Правоприменение в Советском государстве. – С. 31.

² Див.: Там само. – С. 73.

чого акта зводиться до характеристики його зовнішньої форми. Крім того, вимога щодо документальної зовнішньої форми правотворчих актів не може поширюватися на правозастосовні акти, необхідність прийняття яких може бути нагальною, зумовленою потребою невідкладного реагування на ситуацію, що склалася. Іншими словами, ми виступаємо проти того, щоб документальна форма правового акта розглядалася як його конститутивна ознака, втрачаючи котру правовий акт позбавляється своєї юридичної природи.

У межах цього дослідження залишається невирішеним питання, до якого звертаються лише деякі автори¹: чи можна вважати актами правозастосування дорожні знаки, функціонування світлофору тощо? Одним з основних аргументів, що використовують вчені, які заперечують можливість подання правових актів в усній формі або в формі дії, є те, що оскільки регулювання дорожнього руху за допомогою дорожніх знаків або світлофору суттєво не відрізняється від діяльності регулювальника, їх теж слід визнати актами правозастосування. Ми не можемо погодитись з таким висновком, оскільки при врегулюванні дорожнього руху за допомогою дорожніх знаків або світлофору відсутній сам процес правозастосування, який являє собою вольову оціночну діяльність, що полягає у підведенні конкретної ситуації під дію певної юридичної норми.

Отже, правозастосовний акт, маючи власну зовнішню форму (документальну, усну або форму дії), сам в свою чергу виступає формою закріплення та зовнішнього вираження такого безпосереднього результату правозастосування, як рішення у конкретній юридичній справі.

Надійшла до редколегії 14. 11. 05

А. Шабуніна, здобувачка КНУ

Приватноправові та публічно-правові тенденції у розвитку трудового права в країнах Західної Європи

Поділ права на публічне і приватне у сучасній юриспруденції є класичною та беззаперечною характеристикою правових систем. Як відомо, коріння такого поділу закладено ще у римському праві, зокрема у вис-

¹ Див.: Стефанюк В. Правові акти управління // Право України. – 2003. – № 7. – С. 6.

ловленнях Ульпіана: «...вивчення права розпадається на дві частини: публічне і приватне (право). Публічне право, яке (належить) до становища римської держави, приватне, яке (належить) до користі приватних осіб...» (§ 2 Книга перша. Титул I «Про правосуддя і право» (*De iustitia et iure*)¹. Незважаючи на те що характерні ознаки такого поділу сформувався ще у Стародавньому Римі, європейські правознавці неодноразово звергалися і ще звертатимуться до цієї проблематики.

У сучасній правовій науці постійно точаться дискусії щодо як типових характерних рис, за якими відбувається зазначений поділ, так і теоретико-правових методологічних наслідків визначення за тією чи іншою галуззю права її належності до приватної чи публічної групи. Не буде перебільшенням стверджувати, що визначення галузей як приватних чи публічних і відповідні подальші наслідки такого визначення у правовому регулюванні є одним з найпопулярніших і найважливіших напрямків у світовій правовій науці.

Для української юридичної науки ця тема також актуалізувалася у зв'язку з подіями останніх десятиліть: розпад СРСР, вихід вітчизняних досліджень з-під диктату нормативізму, сучасні євро-інтеграційні тенденції нашої держави.

Теорії поділу права на публічне і приватне присвячували свої роботи та окремі тези такі відомі вітчизняні й зарубіжні науковці та мислителі, як Е. Анерс, Г. Берман, Гроцій, Р. Давід, Х. Кйоту, О. Підопригора, П. Рабінович, Ж. Ж. Руссо, Ульпіан, К. Цвайгерт та ін. Однак, не зважаючи на таку широку й різнобарвну дослідженість, зазначена тема ще залишає багато невизначеностей та прогалин.

Однією з найцікавіших тем у проблематиці поділу права на публічне і приватне є визначення еволюції та належності до тієї чи іншої групи певних конкретних галузей права. З часів ульпіанівського зародження концепції поділу права на публічне і приватне деякі галузі чи інститути були беззастережно визначені щодо їх належності. Наприклад, цивільне право та його інститути договорів купівлі-продажу, послуг тощо завжди вважалися класичними приватноправовими, а взаємостосунки держав, право війни та миру, поділи територій, правовідносини щодо формування вищих органів державної влади — публічно-правовими.

Разом з тим з давніх часів і до сьогодні існують галузі й окремі інститути, визначення місця яких у цьому поділі є суперечливим, які

¹ Див.: Дигести Юстиніана: Избранные фрагменты / Пер. и прим. М. С. Петерского; Отв. ред. Е. А. Скрипилев. – М., 1986. – С. 157.

переходять з приватного права в публічне та навпаки — залежно від суспільно-правових, історичних та інших обставин.

Після формування у світових правових системах нових галузей права питання їх належності набувало величезної гостроти і не завжди вирішувалося однаково. Зокрема, однією з таких галузей стало трудове право.

На сьогоднішній день характерними ознаками, за якими визначається належність галузі права до приватного чи публічного, вважаються такі:

1. Метод правового регулювання правовідносин, притаманний певній галузі. Імперативний метод, або метод владних приписів, за якого сторони не можуть вільно обирати можливі моделі правомірної поведінки та знаходяться в залежності або підпорядкуванні одна від одної, вважається характерним для публічного права. Диспозитивний метод, за якого сторони є рівними та рівноправними між собою і можуть вільно обирати моделі правомірної поведінки, традиційно вважається ознакою належності галузі до приватного права.

2. Предмет галузі. Для галузей публічного права предметом є правовідносини загальносуспільного рівня й інтересу: міждержавні відносини, формування та діяльність органів державної влади та органів місцевого самоврядування тощо. Для приватного права предметом галузі є правовідносини, що стосуються інтересів приватних осіб та не несуть високого суспільного навантаження: договірне право, шлюбно-сімейні відносини та ін.

3. Сторони правовідносин галузі та їх взаємостосунки. В публічному праві однією із сторін, як правило, є держава в особі державних органів чи органів місцевого самоврядування, яка виступає в ролі особливого апарату влади для захисту інтересів всього свого населення. У такому разі держава диктуватиме іншій стороні, як правило, фізичній чи юридичній особі, моделі поведінки. У приватному праві держава та її органи не є обов'язковою стороною правовідносин, і, навіть якщо вона бере в них участь, то тільки на рівних засадах з іншою стороною.

4. Правові норми, які врегульовують правовідносини галузі. Для галузей публічного права більш характерними є заборонні, охоронні та регулюючі норми, для приватного — дозвольні, схвальні, заохочувальні, регулюючі. Хоча, зрозуміло, цей поділ не вичерпний і є умовним.

Отже, основні ознаки поділу права на публічне і приватне є визначеними, але не слід зневажати природний процес розвитку кожної галузі й її еволюцію, яка може викликати сумніви щодо беззастережного визначення місця певної галузі в системі приватного і публічного права. Яскравим прикладом такої суперечності є трудове право.

Як відомо, трудове право остаточно сформувалося та виділилося як окрема галузь тільки на початку ХХ ст. Формування правового регулювання трудових відносин почалося наприкінці ХVІІІ — на початку ХІХ ст. в країнах Західної Європи та одержало назву «фабричного законодавства».

Цей складний процес був пов'язаний з переходом від цехового, гільдійського виробництва, притаманного феодальному суспільству, до нового, буржуазного, яке виражалося в поширенні мануфактур, фабрик та заводів. У цеховій системі в межах однієї цехової корпорації працювала вичерпана й незначна кількість осіб, котрі за декілька років проходили кар'єрний шлях від учня до майстра, в якого вже є свої учні. Загальна система праці поєднувалася з сумісним, фактично родинним, проживанням, веденням спільного господарства та нагадувала римську фамілію з патроном та клієнтою. Всі правовідносини усередині цеху врегульовувалися без втручання державної влади внутрішнім цеховим правом, яке захищало всіх членів цеху чи гільдії на диспозитивних засадах. За зовнішніми ознаками цехове й гільдійське право, на нашу думку, слід включати до приватного права.

Перехід до буржуазного ладу з науково-технічною революцією та появою мануфактур і фабрик докорінно змінив зазначену цехову систему. Поняття учнівства, яке в цеху було необхідною вимогою для подальшої роботи та забиравало близько семи років, стало нежиттєздатним: по-перше, для того щоб навчитися обслуговувати будь-який станок, не потрібно багато років навчання, ці навички працівник одержував протягом тижня; по-друге, перенаселення Західної Європи призвело до появи значної кількості дешевих робочих рук і зростання безробіття, і, як наслідок цього — диктат з боку роботодавців щодо умов та оплати праці; по-третє, через полегшення процедури праці та зменшення затрачених фізичних зусиль поширилася практика прийому на роботу жінок і дітей, які могли на рівних з дорослими чоловіками обслуговувати станки, а плату одержували набагато меншу. Значне збільшення у розмірах виробництв, поява мануфактур і заводів супроводжувалися збільшенням кількості працюючих на одному підприємстві та знищенням системи патронату між власником-майстром і працівником.

Одним з найважливіших чинників знищення цехового виробництва стало фактичне знищення можливості кар'єрного зростання: учень цехового майстра був згодний декілька років терпіти невисокі умови свого життя, розуміючи, що у майбутньому він сам стане майстром й у нього самого будуть учні, які працюватимуть на нього¹. Один із сотні

¹ Див.: *Кувшинская Е.* Борьба рабочих за политические свободы в Англии. — СПб., 1907. — С. 157.

працівників великого заводу не мав реальної можливості стати в майбутньому його власником, адже в умовах нового часу власник виробництва та майстер були абсолютно різними й несумісними особами.

Внаслідок зазначених чинників, умови праці робітників, охорона праці, тривалість робочого часу, заробітна плата почали швидко погіршуватися, а в суспільстві загострилося напруження й поширилася ймовірність соціальних вибухів. Французька революція кінця ХVІІІ ст. з усіма її кривавими жахами, повстання лудитів¹ та «хлібні бунти» в Англії початку ХІХ ст. стали прикладами таких вибухів.

Уряди розвинутих країн Західної Європи на початку ХІХ ст. занепокоїлися поточним становищем та стали шукати шляхи подолання кризи й зменшення суспільної напруженості. Вперше постав сумнів щодо збереження у стосунках працівників і роботодавців одного з найсвятіших понять і принципів європейської правової системи — принципу свободи договору.

Оскільки самі власники підприємств, прагнучи одержати максимальні прибутки при мінімальних затратах, зневажали поширенням незадоволення серед населення та не були готові свідомо йти на поліпшення умов праці. З'явилася теза, що держава своїм вольовим рішенням і заради забезпечення суспільного спокою має право диктувати роботодавцям умови, на яких повинні працювати їхні працівники. У 30-х роках ХІХ ст. законодавчі представницькі органи Англії та Німеччини ухвалили створити численні комісії, які повинні були стежити за станом та умовами праці і підготовлювати доцільні в поточних умовах нормативно-правові акти із зазначеної проблеми². Серед таких актів в Англії можна виділити закон Піля про обмеження праці жінок і дітей в промисловості 1802 р., Акт 1833 р. про заборону нічної праці для осіб віком до 18 років та ін.³; в Німеччині — закон Саксонії 1861 р. про заборону праці дітей віком до 12 років, закон 1869 р. про промислові та фабричні заняття, де працівникам надавалася гарантія від незаконного звільнення⁴.

Розроблені державними органами правові норми сформували початкове трудове право — «фабричне законодавство», яке на той момент ще не вважалося окремою галуззю, але вже поступово відокремлювалося

¹ Див.: Там само; *Життлер А. Б.* Організація соціального забезпечення у Франції. — К., 1993. — С. 7–15.

² Див.: *Тернер Ф.* Фабричне законодавство в Німеччині. — СПб., 1874. — С. 2, 25, 34.

³ Див.: Там само. — С. 135.

⁴ Див.: Там само. — С. 116.

від цивільного права через сам факт втручання в його регулювання держави. З погляду доктрини цивільного права таке втручання було абсолютно недопустимим, адже воно обмежувало свободу договору та диктувало сторонам істотні умови при його укладенні й розірванні.

За більшістю зовнішніх ознак фабричне законодавство наприкінці XVIII та у XIX ст. ст. розглядали на протиположності цивільному праву як публічне право, адже таке законодавство в значному обсязі врегульовувало не тільки правовідносини між працівником і власником виробництва, а й правовідносини власника виробництва з державою.

Основною метою впровадження такого законодавства за результатами робіт, проведених численними комісіями, було не захист інтересів працівника, як в сучасному трудовому праві, а захист інтересів усього суспільства. Наприклад, закон Німеччини про заборону застосування білого та жовтого фосфору на виробництві мав на меті не захист інтересів приватних осіб — працівників, а збереження нації¹. Комісія лорда Ешлі в 1840 р. наполягала на забороні праці дітей і жінок в копальнях, обґрунтовуючи це падінням суспільної моралі, адже при підземних роботах працівники роздягаються².

При застосуванні фабричного законодавства працівники, як правило, взагалі не були стороною у правовідносинах: держава, з одного боку, імперативно встановлювала нормативи, обмеження застосування тих чи інших засобів, матеріалів на виробництві, а власник виробництва, з другого боку, впроваджував їх в життя. За додержанням вимог законодавця стежили спеціальні комісії чи просто відповідальні особи, призначені державними органами у складі впливових чи довірених людей. У випадках виявлення порушення норм фабричного законодавства, наприклад, застосування праці на шахтах дітей і жінок, збільшення дозволеної тривалості робочого часу власник сплачував штраф до державної скарбниці та був змушений усунути порушення. Працівник не одержував відшкодування за свої порушені права ні від власника, ні від держави. Таким чином, значна кількість правових норм фабричного законодавства містила положення щодо умов праці робітника, не визнаючи його особисто постраждалою стороною у разі їх порушення. В окремих випадках стороною у фабричному законодавстві могли виступати тред-юніони та профспілки як колективний представницький орган, але навіть і в цьому разі, вони відстоювали інтереси усієї спільноти робітників, а не окремих конкретних осіб.

¹ Див.: *Зидов Г.* Рабочее законодательство и рабочие реформы в Германии. — Одесса, 1905. — С. 7.

² Див.: *Кувшинская Е.* Вказ. праця. — С. 190.

Правовідносини між власником виробництва та державою регламентувалися імперативним, а не диспозитивним методом.

Отже, з наведеного випливає, що фабричне законодавство кінця XVIII–XIX ст. ст. у своєму значному обсязі врегульовувало правовідносини держави та власника виробництва імперативним методом і з метою задоволення загальнодержавних (попередження повстань робітників і народних хвилювань) та суспільних (запобігання падінню моралі, охорона здоров'я нації) потреб, а відтак, має розглядатися скоріше як публічне, а не приватне право.

На початку XX ст. ситуація в регулюванні трудових правовідносин почала змінюватися. По-перше, поширилася практика відшкодування працівнику шкоди при незаконному звільненні; по-друге, з'явилася процедура обов'язкового страхування на випадки тимчасової чи повної непрацездатності, каліцтва чи смерті, одержаних на робочому місці. В Німеччині вже існувало обов'язкове страхування усіх працівників на випадки тимчасової хвороби, старості, інвалідності, в Австрії — на випадки тимчасової хвороби¹, у Франції — на випадки каліцтва на виробництві, старості².

Поступово роль держави в регулюванні цих відносин відходить на другий план і зводиться до встановлення граничних меж та нормативів. Працівники особисто стають повноцінною стороною в нових правовідносинах, а профспілки — справжньою рушійною силою. Одним з основних та найбільш поширених інститутів трудового права стає колективний договір, в якому сторонами виступають працівники та власники, а держава відіграє роль верховного арбітра, даючи можливість застосувати свою судову владу в разі наявності спору. Тепер за порушення умов колективного договору власник виробництва несе відповідальність перед другою стороною в договорі — колективом своїх працівників.

Остаточного завершення знає інститут трудового договору. Угода між працівником та власником виробництва чи уповноваженим ним органом визначає взаємні права й обов'язки працівника та власника і не може суперечити нормам законодавства та колективного договору.

У першій половині XX ст. спостерігається формування трудового права як окремої повноцінної галузі зі своїми предметом, методом правового регулювання, сторонами та інститутами. Причому сторонами в цих правовідносинах виступають найманий працівник і роботодавець на засадах рівності на момент укладення трудових та колективних до-

¹ Див.: *Зидов Г.* Вказ. праця. — С. 3–5.

² Див.: *Життлер А. Б.* Вказ. праця.

говорів. У процесі свого остаточного формування трудове право набуває ознак приватного права, яким воно традиційно є і нині.

Отже, ми бачимо, що існують галузі права, які в процесі свого формування та розвитку змінюють власну класифікацію як публічного чи приватного, а деякі стійко належать до публічного чи приватного з самого початку свого формування та залишаються такими й донині.

Надійшла до редколегії 15. 06. 05

РЕЦЕНЗІЇ

Нове актуальне дослідження у сфері системної інформатизації виборчих і референдумних процесів в Україні

У колективній монографії* на підставі фундаментальних та прикладних досліджень, проведених авторами в Науково-дослідному центрі правової інформатики Академії правових наук України та Центральній виборчій комісії України, подано результати, що стосуються сфери системної інформатизації виборчих і референдумних процесів в Україні.

Автори, використовуючи системні принципи, «замкнули» увесь ланцюг вирішення проблемних питань системної інформатизації процесів організації, підготовки й проведення виборів і референдумів в Україні — в політологічному, правовому, організаційно-методологічному, інженерно-технічному та інших аспектах. Їх вирішення формує сучасний нормативно-правовий та програмно-технічний інструментарій, застосування якого наближає Україну до виборчих стандартів європейських країн. Насамперед це забезпечення шляхом упровадження сучасних інформаційних технологій у виборчий і референдумний процеси дотримання принципів демократичності, прозорості, відкритості й об'єктивності під час організації підготовки і проведення виборів і референдумів, що сприяє формуванню в Україні громадянського суспільства.

Головна мета рецензованого дослідження — системне осмислення й визначення основних напрямів удосконалення нормативно-правової бази, методологічного та програмно-технічного забезпечення, подальшого вдосконалення та розвитку автоматизованих систем інформаційно-аналітичного забезпечення виборів і референдумів в Україні, вдосконалення законодавства про вибори і референдуми в Україні в контексті системного запровадження в роботу виборчих комісій України сучасних засобів інформатизації.

Актуальність теми дослідження визначається тим, що сучасний стан законодавства, котрий регулює правовідносини, які виникають у процесі організації підготовки та проведення виборів і референдумів в Україні,

* Системна інформатизація виборчих і референдумних процесів в Україні / В. М. Фурашев, М. І. Коваль, С. А. Маглюй // НДЦПН АПРН України. – К.: Парлам. вид-во, 2004. – 608 с.

як і в сфері інформатизації правової діяльності взагалі, зумовлює необхідність його критичного осмислення та розроблення відповідних правових механізмів, спрямованих на розбудову громадянського й інформаційного суспільства в Україні. Це також пов'язано із необхідністю адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу у зазначених сферах права, що впливає із міжнародних угод, укладених Україною з ЄС.

Наукова новизна роботи полягає в тому, що її автори вперше в Україні визначили основні напрями вдосконалення нормативно-правової бази для побудови й розвитку автоматизованих систем інформаційно-аналітичного забезпечення процесів підготовки і проведення виборів і референдумів в Україні, основні напрями програмно-технічного забезпечення розвитку таких систем, сформулювали базові принципи їх побудови, вдосконалення та розвитку. Автори вносять належно опрацьовані пропозиції щодо законодавчого забезпечення розвитку автоматизованих систем супроводження виборів і референдумів в Україні у вигляді проектів законів України «Про Єдину державну автоматизовану інформаційно-аналітичну систему «Вибори», «Про Державний реєстр виборців, учасників референдумів» та низки проектів інших законів України, норми яких упорядковують та гармонізують правовідносини у сфері впровадження засобів інформатизації для виконання виборчих і референдумних процедур, надають Системі «Вибори» загальнодержавного статусу.

Заслужують на особливу увагу надані у дослідженні та проектах законів визначення понять «Єдина державна автоматизована система (ЄДАІАС) «Вибори», «виборча чи референдумна кампанія», «виборчий чи референдумний процес», «виборчі чи референдумні процедури», «інформаційні процеси в ЄДАІАС «Вибори», «інформаційно-аналітична система», «інформаційно-аналітична система конкретного типу виборів», «персонал автоматизованої системи», «правова інформатика», «реєстр виборців, учасників референдуму», «розвиток ЄДАІАС «Вибори», «системний адміністратор в ЄДАІАС «Вибори», «тип представника (для цілей ЄДАІАС «Вибори)», «тип виборів чи референдумів (виборчої чи референдумної кампанії)», «види виборів», «юридична чинність документа (в ЄДАІАС «Вибори)», «вид протоколу (для цілей ЄДАІАС «Вибори)», «вид території (для цілей ЄДАІАС «Вибори)», «вид офіційних спостерігачів (для цілей ЄДАІАС «Вибори)», «вид висування (для цілей ЄДАІАС «Вибори)», «вид комісії (для цілей ЄДАІАС «Вибори)» та ін., що складають певний глосарій термінів і визначень, на базі яких побудовано логічні зв'язки та алгоритми автоматизованого здійснення відповідних юридично значущих процедур.

Практична значущість розкритих у дослідженні та запропонованих в законопроектах положень полягає в їх як фундаментальному, так і прикладному характері. Так, важливе теоретичне й практичне значення має подана авторами характеристика об'єктів дослідження — виборчої системи України, виборчих і референдумних процесів, виборчих і референдумних процедур та їх співвідношення, а також концептуальне визначення ЄДАІАС «Вибори» як автоматизованої системи, що «обслуговує виборчі і референдумні процеси», а не «орган», що відповідає в державі за підготовку і проведення виборів.

У цілому дослідження переконливо обґрунтовує можливість побудови і розвитку в Україні сучасної державної автоматизованої системи інформаційно-аналітичного забезпечення всіх типів і видів виборів і референдумів, що проводяться в державі, системи, яка буде більш досконалою та всеохоплюючою, ніж побудована у 1998–2004 рр. за участю авторів нині діючої системи «Вибори», яка внаслідок об'єктивних і суб'єктивних причин має відомчий характер, на жаль, не використовується для обслуговування місцевих виборів і референдумів.

Особливо важливим є те, що в дослідженні пропозиції авторів викладено у вигляді конкретних документів — проектів законів, концепцій, технічних вимог і технічних завдань, спрямованих на розв'язання конкретних проблем, що впливають із змісту рецензованої роботи. Ці документи мають практичне значення для безпосереднього впровадження засобів системної інформатизації у виборчі і референдумні процеси в Україні.

Рецензована робота є актуальною і цінною для теоретичного й практичного розв'язання проблем правового регулювання суспільних відносин, пов'язаних із системною інформатизацією виборчих і референдумних процесів, з метою утвердження в Україні європейських стандартів щодо додержання принципів демократичності, прозорості, відкритості й об'єктивності під час проведення виборів і референдумів, а також спрямована на демократичне становлення в Україні виборних державно-владних інститутів. Робота може бути рекомендована для теоретичного й практичного використання фахівцями у галузі права, державного управління, інформаційних технологій, а також у сфері законотвірчої діяльності з виборчої проблематики, організаторами виборів і референдумів.

В. Тухий, академік АПРН України,
доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Міжнародна наукова конференція «Трансформація політики в право: різні традиції та досвіди»

11–12 листопада 2005 р. у м. Харкові в приміщенні Академії правових наук України працювала міжнародна наукова конференція «Трансформація політики в право: різні традиції та досвіди».

Конференція відбулася за ініціативи Академії правових наук України та Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого у партнерстві з Лундським (м. Лунд, Швеція) та Ягелонським (м. Краків, Польща) університетами в межах спільного українсько-польсько-шведського проекту «Теорія законодавства і альтернативи правового регулювання» за фінансової підтримки Шведського Інституту та офісу Координатора проектів ОБСЄ в Україні.

Із вступним словом до учасників конференції звернувся голова оргкомітету, президент Академії правових наук України, ректор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, академік НАН України **В. Тацій**, який наголосив на важливості подібного заходу для реалізації європейських прагнень України, ролі Академії правових наук України та Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого у практичній реалізації цих ініціатив.

Із вітальним словом виступив Голова Харківської обласної ради **О. Шаповалов**, який високо оцінив співпрацю Харківської обласної ради з Академією правових наук України та Національною юридичною академією України імені Ярослава Мудрого в утвердженні місцевого самоврядування на Харківщині, практичній допомозі при розв'язанні правових проблем, здійсненні ними своїх повноважень. З початком роботи учасників конференції привітав радник Координатора програм ОБСЄ в Україні **С. Шевчук**, який зупинився на важливості врахування досвіду європейських країн у розбудові в Україні соціальної, правової держави, формуванні громадянського суспільства. Керівник спільного українсько-польсько-шведського проекту «Теорія законодавства і альтернативи правового регулювання» **Хіден Хакан** — професор соціології права, директор Інституту соціології права Лундського університету (Швеція)

висловив глибокі співчуття з приводу передчасної смерті професора Олександра Печеника — керівника цього проекту. Також було оголошено привітання виконуючого обов'язки Голови Конституційного Суду України **П. Євграфова**, в якому акцентувалося на підпорядкованості політики праву, необхідності чіткого додержання в державотворчих процесах принципу верховенства права, важливій ролі політичних партій як інституцій, що сприяють формуванню і вираженню політичної волі громадян.

З доповідями на конференції виступили:

Постійний представник Верховної Ради України у Конституційному Суді України, д. ю. н., професор, член-кореспондент АПрН України **А. Селіванов** (Київ) розкрив роль парламенту — Верховної Ради України як виразника інтересів громадян України у формуванні правової системи і політики в суспільстві за посередництвом законів на сучасному етапі; наголосив на зростаючій його ролі в світлі набрання чинності конституційних змін з 1 січня 2006 р., як центра формування суспільних інтересів; акцентував на важливості права як інструмента управління державою і суспільством, на взаємній залежності і взаємообумовленості політики і права.

Брьостл Александр — д. ю. н., професор права Університету в Кошице, суддя Конституційного Суду Словаччини (Словаччина) — розповів про діяльність Конституційного Суду Словаччини, зокрема про правове регулювання діяльності Суду, його компетенцію, практику розгляду справ; здійснив порівняльно-правовий аналіз повноважень конституційних судів Словаччини та України.

Д. ю. н., професор, академік АПрН України **Ю. Тодика** (Харків) акцентував увагу присутніх на взаємопов'язаності трьох категорій — глобалізації, правової політики і прав людини на сучасному етапі; розкрив роль Конституції України як бази правової політики в Україні; наголосив на важливості експертизи нормативно-правових актів на предмет їх відповідності правам і свободам людини і громадянина; показав роль юридичного прогнозування для стратегії і тактики державотворення.

Хіден Хакан — професор соціології права, директор Інституту соціології права Лундського університету (Швеція) — висвітлив проблему поєднання індукції й дедукції як мистецтва творення права, підкресливши, що правове регулювання фокусується на комбінуванні практичної мети у межах нормативної основи. Право- і законотворення на практиці знаходяться під, так би мовити, перехресним вогнем, який має бути зрозумілим при аналізі феномена двох вимірів права — зовнішнього й внутрішнього. Вчений висловив думку, згідно з якою зовнішній вимір права є необхідним для внутрішнього розуміння його розвитку.

Д. ю. н., професора, академік АПрН України **М. Цвік** (Харків) наголосив на провідному характері права як одного з ключових засобів реалізації державної політики, його пріоритетності перед останньою, що має стати основою методологічного підходу до співвідношення права і політики; відзначив важливість прецедентного права завдяки гнучкості суддівської діяльності, яка проявляється у можливості творити право при розгляді конкретних судових справ.

Вінтгенс Люк — професор факультету права Брюссельського університету, професор Європейської академії теорії права (Бельгія) — виступив з приводу пошуку сенсу такого поняття, як когерентність (узгодженість), окресливши при цьому відмінність формалістського і неформалістського підходів; виклав теорію рівнів когерентності, визнавши чотири її рівні (внутрішня, позачасова, системна і когерентність оточуючого середовища).

Д. ю. н., професор **С. Максимов** (Харків) вважає, що проблема взаємодії права і політики в посттоталітарних країнах, які стали на шлях демократичної трансформації, одержує новий вимір результативним показником якого стає поняття «правова політика». На його переконання, політика повинна бути правовою, а права людини слід розглядати як визначаючий легітимуючий і одночасно обмежувальний її чинник.

Цирул Войцех — доктор права, професор Ягелонського університету (Польща) — висловив власну думку з приводу монологічної та діалогічної природи права як двох шляхів трансформації політики в право, зазначивши, що так званий «дискурсний зворот» у праві та політиці фактично призводить до зміни монологічної основи традиційної концепції права на діалогічну. На цій основі вчений критично порівнює епістемологічні та структурні відмінності монолога й діалога та їх впровадження в трансформацію політичних проектів в право.

Д. с. н., професор **Л. Герасіна** (Харків) зупинилася на формуванні понять «політико-правовий інститут» і «політико-правовий консенсус» у міжгалузевій зоні політичної доктрини. На її думку, інтерпретувати поняття «політико-правовий інститут» в контексті міжгалузевих підходів слід таким чином: відносно виокремлені організаційно-функціональні структури держави й стабільні форми публічної політики, які виконують власні специфічні функції в цілісній системі державно-політичного регулювання суспільних відносин засобами правового й політичного впливу. Серед функцій політико-правових інститутів доповідачка виділила: політичну й правову соціалізацію громадян; відтворення та підтримання певного політичного структурування суспільства, контролю за глобальними і локальними політичними процесами в соціумі та ін.; запропонувала консенсуальну модель розв'язання конфлікту цивілізацій і культур.

Астром Карстен — професор соціології права, Лундський університет, факультет соціології права, Стокгольмський університет, факультет кримінології (Швеція) — наголосив на комплексності процесу трансформації політики в право, на тому, що політичні цілі знаходять вираз у правових нормах, проте треба позбавлятися політичного або іншого неправового впливу; розглянув проблему конфлікту інтересів у законотворчому процесі й шляхи його подолання.

Лейтмотивом доповіді д. ю. н., професора, академіка АПрН України **О. Скрипнюка** (Київ) була ідея сучасної правової парадигми суспільного розвитку України, втіленої в правовій політиці, яка постає однією з форм державної політики і посідає в ній специфічне місце. Завдяки їй відбуваються юридична легітимація, закріплення й здійснення владної діяльності держави та її органів у всіх сферах регулювання суспільних відносин. Виважена правова політика є основним засобом реформування державної влади. При цьому держава постає суб'єктом, відповідальним за реалізацію правової політики, юридично встановлює права людини і створює належні умови, гарантії й механізми їх реалізації. Правова політика сучасної України має розвиватись та здійснюватись на основі принципів, закладених в Конституції: поєднання інтересів громадянина і держави, демократизму, пріоритету прав людини і громадянина, соціальної обумовленості, передбачуваності, гуманності, справедливості, наукової обґрунтованості, гласності, відповідності сучасним міжнародним стандартам.

Д. ю. н., професор **О. Данильян** (Харків) здійснив філософсько-правовий аналіз проблеми співвідношення політичної влади і права в транзитивних суспільствах, наголосивши на певному парадоксі: з одного боку, право не може існувати без влади, тому що тільки державна влада за своєю природою здатна забезпечити реалізацію правових норм і принципів, а з другого — влада є антиподом права, що може перетворювати його на «служницю» влади, наділяти його якостями так званого телефонного права тощо; розглянув проблеми, негативні чинники, які заважають гармонізації політичної влади і права, та шляхи їх подолання.

Ключовими категоріями, які стали предметом аналізу д. ф. н., професора **В. І. Кузнєцова** (Київ), були методологія науки, філософія права, правова теорія та її структура. Розвиток методології науки є передумовою для одержання нових знань, їх збагачення. Наголошувалося на важливості врахування філософських підходів при розв'язанні багатьох правових проблем. Використання філософських методів дозволить встановити більш універсальні закономірності розвитку держави і права.

Вальгрен Пітер — професор права й інформатики та загальної теорії права, Інститут досліджень права і інформатики, директор Курсів

Магістрів права й інформаційних технологій (*Швеція*) — порушив питання щодо існування методів (підходів), які можуть підтримувати законодавчий процес, у зв'язку з швидкоплинним технічним розвитком; запропонував три альтернативи, або підходи: 1) традиційний, згідно з яким законодавство адаптується і розробляється конвенційними засобами, 2) підхід-упровадження, відповідно до якого закони фізично імплементуються в технічні механізми, 3) утопічний підхід (метод), за яким проблеми попереджуються (ліквідуються) до того, як вони виникають, і тому зникає сама потреба в правоположеннях як таких.

Д. ю. н., професор, академік АПрН України **В. Тихий** (*Київ*), акцентував увагу присутніх на вельми актуальній проблемі сьогодення — відповідальності держави, її агентів, керівників держави за порушення виборчих прав громадян у світлі минулорічних президентських та наступних парламентських виборів; висловився за необхідність прийняття Закону України «Про основні гарантії виборчих прав громадян та прав на участь у референдумах»; наголосив на важливості судового тлумачення, особливо здійснюваного Конституційним Судом України, яке має бути виключно юридичним, аполітичним.

Д. ю. н., професор, академік АПрН України **Ю. Грошевий** (*Харків*) запропонував систему нормативних пріоритетів у розвитку кримінально-процесуального законодавства, які покликані забезпечити імплементацію європейських стандартів у законодавство і практику розслідування та судового розгляду кримінальних справ.

Д. ю. н., професор **А. Козловський** (*Чернівці*) порушив низку проблем, пов'язаних із співвідношенням політики і права; головну увагу зосередив на аналізі механізму трансформації політики в право, до якого включив верховенство права, пріоритет прав людини, поділ влади і особливо наголосив на ключовому елементі — громадянському суспільстві.

Д. ю. н., професор, академік АПрН України **О. Петришин** (*Харків*) вважає, що головним орієнтиром оновлення поглядів вітчизняного правознавства на співвідношення політики і права має стати запровадження принципу верховенства права, пов'язаного з такими: 1) поглибленням усталеного принципу законності шляхом адаптації власне правових чинників — конституційних положень як норм основного закону, міжнародних стандартів прав і свобод людини; 2) визнанням поряд із законом як основної форми права множинності джерел права, що свідчить про ускладнення правової реальності; 3) особливим статусом судової влади як арбітра з питань права, зокрема у відносинах між державою і громадянином, прерогативою якої є прийняття остаточних рішень.

Професор **М. Патеї-Братасюк** (*Київ*) присвятила свій виступ характеристиці інтелектуальної реформи як необхідної передумови сучасного українського правового розвитку; наголосила на необхідності проведення суттєвих перетворень у сфері юридичної освіти, без яких неможливий розвиток нашої держави в європейському напрямку.

Д. ю. н., професор **В. Колісник** (*Харків*) звернув увагу присутніх на той факт, що прийняття важливих державних рішень передують політичний діалог серед політичної еліти країни, а правове рішення стає результатом політичного компромісу, як приклад навівши новітній конституційний процес від прийняття Конституції України 1996 р. до ухвалення змін до неї у грудні 2004 р.

К. ю. н. **В. Бігун** (*Київ*) дещо розширив межі запропонованої тематики конференції, акцентувавши на людині, котра є центром творення як політики, так і права; позначив і розкрив п'ять головних питань: гуманізація права і політики; права й обов'язки людини; ціннісні колізії виміру права і політики; антропологічне перехрестя рішення у політиці і праві; образи людини в праві.

У виступі д. ф. н., професора **Н. Осипової** (*Харків*) йшлося про соціальний механізм правової легітимізації державної політики як процедури суспільного визнання правомірності будь-якої дії, рішення, повноважень діючої особи, події чи факту. При цьому, на її думку, реальний процес правової легітимізації засвідчує, що в ньому дуже відчутна соціальна складова, оскільки правова легітимізація має своєю метою не тільки додержання правової процедури, а й сприйняття суспільством її результату.

Д. ю. н., професор **Б. Кормич** (*Одеса*) висвітлив особливості формування законодавства щодо інформаційної безпеки у транзитивному суспільстві; зупинився на характеристиці інституційної системи, покликаної забезпечити національну безпеку України, та проблемах, пов'язаних з цим.

В обговоренні порушених на конференції проблем також взяли участь: к. ю. н., доцент **Ю. Барабаш** (*Харків*); к. ю. н., доцент **І. Биля** (*Харків*); к. ю. н., доцент **О. Дашковська**; к. ю. н., доцент **Л. Летнянчин** (*Харків*); к. ю. н., доцент **Д. Лук'янов** (*Харків*); к. ю. н., доцент **С. Погребняк** (*Харків*); к. ф. н., доцент **О. Ставицька** (*Харків*); магістр права **Н. Семенова** (*Київ*), здобувач **В. Алямкін**.

Матеріал підготували:

О. Петришин, головний вчений секретар АПрН України,
Д. Лук'янов, начальник Управління планування та координації
правових досліджень АПрН України

Обговорення проекту концепції реформування публічної адміністрації в Україні (огляд науково-практичного семінару)

11 жовтня 2005 р. Інститут державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України спільно з Центром політико-правових реформ та за фінансової підтримки Фонду «Євразія» (коштів, наданих Агентством США з міжнародного розвитку (USAID)) провели в м. Харкові науково-практичний семінар «Обговорення проекту концепції реформування публічної адміністрації в Україні», в роботі якого взяли участь понад 150 вчених — юристів, політологів, фахівців у галузі державного управління, співробітників органів місцевого самоврядування різного рівня.

При відкритті семінару до учасників звернулись з привітаннями **М. Воронов** (секретар Харківської міської ради), **Ю. Грошевий** (віце-президент Академії правових наук України), **І. Коліушко** (голова Центру політико-правових реформ).

Семінар проходив у формі єдиного пленарного засідання.

Секретар Харківської міської ради, **М. Воронов**, привітавши усіх учасників семінару, відзначив важливість удосконалення діючої системи влади в Україні, зокрема місцевого самоврядування, що, на його думку, в цілому має сприяти досягненню високого рівня життя громадян, соціальної стабільності й демократії, та побажав учасникам семінару плідної співпраці в цьому напрямку.

У вступній промові доктор юридичних наук, професор, академік АПрН України, віце-президент АПрН України **Ю. Грошевий**, характеризуючи діючу систему публічної влади, відзначив її недостатню ефективність. Він відмітив, що соціально-економічні зміни, які відбулись останнім часом, потребують адекватних публічно-владних механізмів, здатних забезпечити суспільству динамічний розвиток. Зазначене актуалізує наукові розробки у відповідній сфері, що стосується, зокрема, формування нових інституцій, організаційних структур й інструментів здійснення публічного управління, кадрового забезпечення нової системи публічної адміністрації, запровадження нових фінансово-економічних основ функціонування публічної адміністрації, правового й інформаційно-аналітичного забезпечення системи публічного управління.

Голова Центру політико-правових реформ **І. Коліушко** у своєму виступі розкрив основні положення запропонованого проекту Концепції реформування публічної адміністрації в Україні, акцентуючи увагу на

необхідності проведення відповідної реформи. Доповідач відзначив, що для досягнення мети реформи в ході її реалізації повинна впроваджуватись ідеологія «служіння суспільству» як принципу функціонування органів влади та має бути вирішена низка завдань: формування стабільної й ефективної організації виконавчої влади; створення системи спроможного місцевого самоврядування, організація професійної, політично нейтральної та відкритої публічної цивільної служби; зміцнення становища громадян у відносинах з органами публічної адміністрації; гарантування підконтрольності публічної адміністрації політичній владі та суспільству. Публічний сектор не повинен конкурувати з приватним, адже держава має робити тільки те, що не може, не хоче або не повинен робити приватний сектор.

Член-кореспондент АПрН України, директор Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України **Ю. Битяк** дав наукову оцінку проекту Концепції, зосередившись на деяких її недоліках. Так, відзначено недостатність опрацювання використаного авторами понятійного апарату — «публічна адміністрація», «публічні послуги», «адміністративна процедура», «втручальні провадження» тощо. Більшість термінів потребують уточнення. Концепція не враховує змін до Конституції України, що мають набрати чинності з 1 січня 2006 р. Рационалізація структури міністерств та їх апарату, про яку йдеться в проекті, має забезпечуватися не докорінним скороченням їх структурних підрозділів, а шляхом приведення структури у відповідність з цілями, завданнями, функціями міністерств, досягнення оптимального співвідношення між галузевими і функціональними підрозділами апарату. Зазначено на легковажність авторів у визначенні категорії адміністративної відповідальності, адже виокремлення цього виду юридичної відповідальності базується на принципово інших критеріях. Не відповідає кримінально-правовій політиці держави і пропозиція переведення адміністративних правопорушень, підвідомчих судовим органам, до категорії злочинів. Вказано на необхідність розв'язання зазначених суперечностей як важливої передумови подальшого акцептування самої Концепції.

Голова Інституту громадянського суспільства **А. Ткачук** виступив з доповіддю, присвяченою дискусійним питанням реформи адміністративно-територіального устрою та місцевого самоврядування. Головною метою реформи місцевого самоврядування та територіального устрою є створення умов для надання якісних публічних послуг на найближчому до громадянина рівні. При модернізації адміністративно-територіального устрою слід виходити з історично сформованої в Україні трирівне-

вої системи адміністративно-територіальних одиниць: громада (базовий-третій рівень), район (другий рівень), регіон (Автономна Республіка Крим, області, міста із спеціальним статусом). Звідси, на думку доповідача, перший рівень має бути вилучений із положень Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» і оформлений окремим законом, тобто необхідне чітке законодавче розмежування двох рівнів територіального самоврядування — регіонального та місцевого.

Заступник голови Центру політико-правових реформ **В. Тимощук**, акцентував увагу присутніх на необхідності інформаційно-просвітницького забезпечення реформи публічної адміністрації. Він підкреслив, що підготовка заходів у сфері реформи публічної адміністрації вимагає насамперед ґрунтовного науково-методичного забезпечення. При цьому особливої уваги потребують питання, що протягом усього процесу реформування української державності не втрачають актуальності, зокрема, доктрина публічної адміністрації, засади публічної цивільної служби, функціонування регуляторних органів, проблеми децентралізації, деконцентрації, делегування, регіонального самоврядування, професійного самоврядування, адміністративної процедури.

Доктор юридичних наук, професор, академік АПрН України, завідувач кафедри конституційного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **Ю. Тодика** звернув увагу присутніх на деякі дискусійні моменти. На його думку, як модельний документ на сьогодні Концепція хоча й може бути основою для розгляду актуальних проблем державотворення, але слід урахувати, що до Конституції досі не внесено змін. Після їх внесення Концепцію прийдеться кардинально й системно доопрацювати. Не узгоджуються з нормами чинної Конституції України положення про надання Кабінету Міністрів установчих повноважень щодо органів виконавчої влади нижчих рівнів. Не відповідає колегіальному характеру Уряду визнання одноособового виконання повноважень Прем'єр-міністра України. Але в цілому розроблення зазначеної Концепції — об'єктивна вимога часу.

Доктор юридичних наук, професор, академік АПрН України, головний вчений секретар АПрН України **О. Петришин** відзначив, що в основу будь-якого реформування сьогодні, безумовно, має бути закладено загальнодемократичні принципи: верховенства права, законності, відкритості інформації про діяльність і рішення органів публічної влади, відповідальності влади за прийняті рішення тощо. Все це є цілком актуальним, зокрема в контексті перспектив інтеграції України до європейських і світових структур, але слід урахувати об'єктивні передумови відповідних системних перетворень. Фактично ті самі позитивні

зміни передбачала й Концепція адміністративно-правової реформи. Водночас головною проблемою будь-яких реальних змін у цій сфері є відсутність сприйняття переважною більшістю політичних сил необхідності проведення зазначених реформ. Адже так чи інакше в Україні досі відсутня «критична маса», здатна, незважаючи на власні корпоративні або суто індивідуальні інтереси, підтримати відповідні перетворення.

Кандидат юридичних наук, доцент, завідувачка кафедри державного будівництва та місцевого самоврядування Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **С. Серьогіна** наголосила на необхідності комплексного реформування організації публічної влади в Україні: поєднання інституційних змін зі змінами в адміністративно-територіальному устрої, запровадженні концептуально нових підходів до здійснення державного і муніципального управління, що дозволяє позитивно оцінити обговорювану Концепцію. Водночас висвітлено певні недоліки Концепції, зокрема: нечіткість положень і понять, які пропонуються розробниками; недостатню обґрунтованість перетворень у системно-структурній організації центральних органів виконавчої влади; відсутність розділу щодо реформування організації влади в Автономній Республіці Крим; приділення недостатньої уваги питанням взаємодії місцевих державних адміністрацій з органами місцевого самоврядування.

Директор Харківського міського Фонду Місцевої Демократії **О. Мірошник** зазначила, що сучасний стан державотворення в Україні вимагає якісних і виважених структурно-функціональних змін в організації та діяльності органів публічної влади. З прийняттям Конституції України 1996 р. в країні було сформовано систему органів державної влади та органів місцевого самоврядування. І хоча окремі публічно-владні інститути стали наступниками радянської системи організації влади й управління з відповідними формами та методами роботи, прийняття Основного Закону дало можливість провести низку суттєвих політико-правових реформ, спрямованих на формування більш ефективної системи публічної влади. Тому поданий на обговорення документ має методологічно забезпечити проведення відповідних реформ.

Науковий співробітник Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України **Т. Шахматова** як один із суттєвих недоліків запропонованого проекту відзначила відсутність у ньому глибокого аналізу сильних та слабких сторін адміністративної реформи, що провадилась протягом 1998–2004 р.р., адже без аналізу причин неефективності адміністративної реформи та визначення механізмів подолання прорахунків не вдасться запобігти повторенню суттєвих помилок і при

реалізації Концепції реформування публічної адміністрації. Доповідачка охарактеризувала як дискусійні положення щодо необхідності передачі найближчим часом значної частини державних справ місцевому самоврядуванню. Більш виваженим і менш ризиковим на початковому етапі кроком могло б бути повернення органам місцевого самоврядування на рівні районів та областей усіх тих повноважень, які вони змушені були делегувати адміністраціям через відсутність власних виконавчих органів.

Кандидат юридичних наук, доцент, завідувач відділу правових проблем місцевого самоврядування Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України **П. Любченко** також погодився з тим, що система публічної влади України потребує вдосконалення та демократизації. Найбільш вдалим, на його погляд, є ті підрозділи проекту, в яких визначається організація стратегічного планування, нормопроєктування, моніторингу й контролю. Заслуговують на підтримку заходи, передбачені в проекті, щодо організації зовнішнього контролю за публічною адміністрацією. Поряд із цим було відзначено й певні суперечності, зокрема: відсутність належного узгодження з нормами Конституції України, не досить чіткий розподіл повноважень між рівнями місцевого самоврядування. Підкреслено необхідність визначення співвідношення термінів «регіон» і «область», доопрацювання питань формування й функціонування виконавчих комітетів.

Доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АПрН України, завідувач кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **В. Гончаренко** зосередив увагу присутніх на проблемах місцевого самоврядування й адміністративно-територіального устрою. Він, зокрема, запропонував доповнити проект Концепції положеннями, які б передбачали за наявності відповідних умов можливість утворення національних адміністративно-територіальних одиниць на рівні громади чи району. Це, на думку доповідача, сприятиме забезпеченню подальшого розвитку етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності національних меншин України, як це передбачено ст. 11 Конституції України.

Доктор соціологічних наук, професор, завідувач сектором проблем державно-правової конфліктології Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України **Л. Герасіна** відзначила значну актуальність обговорення проекту Концепції реформування публічної адміністрації в Україні, водночас виклавши низку зауважень. Зокрема, доповідачка не погодилася з пропозицією виконання міністерствами політичних функцій, тим більше за умов, коли країна матиме Уряд,

котрий діятиме як центральний орган політичного керівництва, спираючись на загальнонаціональну політичну програму, що чітко визначатиме стратегію й тактику дій галузевих міністерств. У контексті подолання негативних рис діючої системи влади, зокрема фактичної відсутності зворотного зв'язку між органами публічної адміністрації та громадянами, важливим має стати налагодження механізмів постійно діючого моніторингу громадської думки: «пілотних» соціологічних опитувань, соціальних спостережень, публічних і референдумів. Відзначено, що серед принципів засад реформи публічної адміністрації слід інакше розуміти принцип пропорційності — це насамперед баланс між планами і ресурсами влади, між гаслами і реальними діями, пропорційність соціального представництва в органах публічної адміністрації.

Завідувач кафедри кадрової політики Харківського регіонального Інституту державного управління при Національній академії державного управління при Президенті України **В. Мартиненко** зосередив увагу присутніх на питаннях реформування вищого та центрального рівнів органів виконавчої влади. На думку доповідача, концептуальною основою реформування Уряду має стати утвердження основоположного напрямку його діяльності — формування державної політики, тобто визначення курсу реалізації внутрішньої та зовнішньої політики держави. Для ефективної реалізації Кабінетом Міністрів України функцій, пов'язаних з керівництвом органами виконавчої влади, за ним мають бути закріплені повноваження щодо призначення на посади та звільнення з посад заступників міністрів, керівників органів виконавчої влади нижчих рівнів, скасування актів органів виконавчої влади нижчих рівнів. Необхідне подальше розмежування політичного й адміністративного керівництва у міністерствах. Крім формального визнання посад міністрів політичними, слід забезпечити політичну підтримку міністра в особі його заступників, посади яких також має бути віднесено до державних політичних посад.

Кандидат юридичних наук, доцент, заступник директора Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України з наукової роботи **І. Яковюк** підкреслив, що реорганізація у сфері публічного управління в сучасній Україні може дати позитивний ефект лише за умови одночасного реформування органів усіх гілок та форм публічної влади, що супроводжуватиметься процесами якісного перетворення вітчизняної державної служби та служби в органах місцевого самоврядування, впровадженням раціонального адміністративно-територіального устрою, ліквідацією умов, що породжують бюрократизм і корупцію в органах державної влади та органах місцевого самовряду-

вання. Успіх цієї реформи значною мірою залежатиме від якості науково-методичної бази, теоретичного обґрунтування, практичної апробації, організаційного та матеріально-фінансового забезпечення. Зазначено, що реформа системи публічної влади набуває пріоритетного значення на шляху євроінтеграції України, для зміцнення правових засад громадянського суспільства, поглиблення демократизації публічного управління.

Кандидат юридичних наук, вчений секретар Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України **Г. Чапала** позитивно оцінив широкий підхід розробників проекту Концепції, завдяки чому в епіцентрі їх уваги, крім власне структурно-функціональної розбудови владних інституцій, опинився вагомий сектор похідної проблематики. Так, розробники виходять із запропонованої ними «доктрини адміністративних послуг», відповідно до якої сучасна держава не управляє суспільством, а насамперед надає йому послуги. Заслугує на увагу і визначення концептуальних засад співвідношення публічного й приватного секторів соціуму, які, на думку розробників проекту, не повинні конкурувати між собою — держава робить тільки те, що не може, не хоче або не повинен робити приватний сектор. Водночас деякі положення проекту є дискусійними, зокрема, викликає сумніви доцільність закріплення мінімального розміру громади — 5 тис. жителів та й загалом визначення громади як адміністративно-територіальної одиниці, адже йдеться передусім про колектив — місцевих жителів.

Кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України **Н. Писаренко** виклала зауваження та заперечення щодо положень розділу 3.6. проекту, присвячених питанням адміністративної процедури й відповідальності. Так, на її думку, розробники проекту Концепції виходять з помилкового і такого, що суперечить теорії юридичної відповідальності, розуміння адміністративної відповідальності як відповідальності, заходи якої застосовуються виключно уповноваженими органами публічної влади. Адміністративна відповідальність — це особливий вид юридичної відповідальності громадян та посадових осіб за вчинені ними адміністративні правопорушення, які посягають на встановлений порядок управління, державний або громадський порядок, власність, права і свободи громадян, та характеризуються незначним ступенем суспільної небезпечності діяння. Відповідно судовий розгляд справ про адміністративні правопорушення не порушує адміністративного характеру відповідальності та відповідає конституційним засадам захисту прав, свобод і законних інтересів громадян.

Депутат Кременчуцької міської ради **В. Чурсін**, аналізуючи перспективи реформування публічної адміністрації в Україні, зупинився на

недоліках існуючої політичної системи. Зокрема, він відзначив непрозорість партійних структур, недостатній професійний рівень їх керівництва, відсутність ефективних механізмів реалізації представницьких повноважень. Наслідком цього є існування партій, які відрізняються одна від одної лише прізвищами своїх господарів і водночас керівників. За таких умов, на думку доповідача, відсутні політичні сили, які були б здатні провести реформи, що є предметом обговорення. Вихід із цієї ситуації вбачається у формуванні активної маси населення, яке б могло скласти необхідну конкуренцію нинішнім партійним активістам для того, щоб через короткий проміжок часу політичні партії стали справжніми ланками політичної системи країни і були, по-перше, носіями певних ідей та ідеології, а по-друге, були здатними у разі своєї перемоги на виборах у відкритому змаганні програм, а не особистостей, сформувати уряд і взяти повну політичну відповідальність за реформування як економіки, так і системи влади.

Матеріал підготували:

І. Яковюк, заступник директора Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України,

Г. Чапала, вчений секретар Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України

Перший всеукраїнський «круглий стіл» з антропології права

16–17 вересня 2005 р. у Львові працював «круглий стіл» з філософії права «Антропология права: філософський і юридичний виміри», організований спільно Інститутом держави і права ім. В. М. Корецького Національної академії наук України (далі — Інститут держави і права НАН України), юридичним факультетом Львівського національного університету ім. І. Франка (далі — ЛНУ ім. І. Франка) та Львівською лабораторією прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України (далі — Лабораторія АПрН). Такий захід, в якому взяло участь близько 20 вчених-фахівців у галузі філософії права — як правознавців, так і філософів, — а також юристів-практиків з різних куточків нашої держави, проводився в Україні вперше.

Робота «круглого столу» відбувалася за трьома тематичними напрямками: «Антропология права: об'єкти і предмети дослідження; фі-

лософський та юридичний виміри», «Методологія антропології права: підходи, методи та засоби досліджень. Праворозуміння як визначальна детермінанта антропологічно-правових досліджень», «Антропологічні аспекти права у позитивістських й альтернативних ім доктринах. Антропологічні дослідження у XX–XXI ст. і їх значення для становлення та розвитку антропології права». Протягом двох днів виступи доповідачів викликали жваві дискусії учасників і присутніх гостей.

Питання наукознавчого статусу антропології права, її зв'язків з іншими галузевими антропологіями та філософією права, а також проблеми визначення предмета й об'єктів дослідження цієї науки висвітлювалися у виступах юрисконсульта ТзОВ „Фокстрот” (м. Львів) **Ю. Анохіна**, наукового співробітника Лабораторії АПРН **Д. Гудими**, головного спеціаліста відділу міжнародно-правового співробітництва Вищого адміністративного суду України **Р. Корнути**, аспірантки Інституту держави і права НАН України **Г. Лозової**, кандидата філософських наук, професора Запорізького національного університету **Л. Удовики**, юрисконсульта Юридичного агентства «Слово і діло» (м. Сімферополь) **Ю. Штурцева**. Особливу увагу було приділено обговоренню питання про місце антропології права у вітчизняній юриспруденції. В дискусіях, зокрема, наголошувалося на можливості виділення антропології права у самостійну юридичну науку та перспективах дослідження окремих аспектів її предмета в рамках філософії права.

Методологічні аспекти проблематики «круглого столу» були розкриті у виступах кандидата юридичних наук, наукового співробітника Інституту держави і права НАН України **В. Бігуна**, аспіранта того ж Інституту **Д. Дороша**, співробітника Лабораторії досліджень теоретичних проблем прав людини юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка (далі — Лабораторія ЛНУ ім. І. Франка) **Т. Дудаш**, доктора юридичних наук, завідувача кафедри Чернівецького національного університету ім. Ю. Федьковича **А. Козловського**, кандидата юридичних наук, доцента Львівського юридичного інституту Національного університету внутрішніх справ **Ю. Лободи**, члена-кореспондента АПРН України, доктора юридичних наук, професора ЛНУ ім. І. Франка, завідувача Лабораторії АПРН **П. Рабіновича**. Учасники прагнули з'ясувати зміст окремих дослідницьких підходів і продемонструвати їхні можливості в антропології права, робили спробу визначити гносеологічні підвалини цієї науки, звертали увагу на суб'єктивні детермінанти праворозуміння, а також висвітлювали окремі аспекти визначення деяких категорій, які входять до поняттєвого апарату людннорозуміння у праводержавознавстві.

У виступах кандидата філософських наук, доцента ЛНУ ім. І. Франка **М. Альчук**, адвоката **С. Верланова**, кандидата юридичних наук, доцента

ЛНУ ім. І. Франка **О. Грищук**, кандидата філософських наук, декана факультету права і психології Макіївського економіко-гуманітарного інституту **О. Губар**, кандидата юридичних наук, завідувача Лабораторії ЛНУ ім. І. Франка **С. Добрянського**, аспіранта Інституту держави і права НАН України **В. Копотя**, члена-кореспондента АПРН України, доктора юридичних наук, завідувача відділу Інституту держави і права НАН України **О. Костенка**, старшого юриста Приватного підприємства «Адвокатське бюро. Юридичний центр» (м. Львів) **Н. Петлевич**, кандидата юридичних наук, старшого наукового співробітника Лабораторії АПРН **С. Рабіновича** знайшли відображення деякі філософські та загальнотеоретичні проблеми прав людини, окремі аспекти правового реалізму та персоналізму, універсалізму й релятивізму, особливості методології Б. Кістяківського. Розглядалися природно-правові засади організації соціальної влади, проблеми антропогенності права з позиції соціального натуралізму, особливості співвідношення права та моралі.

Під час проведення заходу відбулася презентація навчального посібника „Філософія права: проблеми та підходи” (Львів, 2005), підготовленою співробітниками Лабораторії ЛНУ ім. І. Франка під керівництвом професора П. Рабіновича.

Учасники «круглого столу» домовилися про подальшу співпрацю (зокрема про видання текстів їхніх виступів у спецвипуску «Вісника Львівського національного університету» та проведення у Львові щорічних аналогічних заходів), а також схвалили Рекомендації з відповідної проблематики, повний текст яких наводиться нижче.

РЕКОМЕНДАЦІЇ

Всеукраїнського «круглого столу» з філософії права «Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)»

Учасники Всеукраїнського «круглого столу» з філософії права «Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)», обговоривши сучасні актуальні проблеми антропології права, особливості її становлення й розвитку в Україні,

КОНСТАТУЮТЬ:

Однією із загальноновизнаних сучасних тенденцій розвитку суспільних наук є їх антропологізація. У системі правничих наук це знаходить прояв у тому, що у них все рельєфніше виокремлюється антропологія права як галузева юридична наука, а у структурі філософії права формується окремий розділ, присвячений антропологічній проблематиці.

Антропологізація відбувається й у сучасній українській філософії та загальній теорії права. Свідченням цього є: розгортання саме антропологічно-правових досліджень (у тому числі дисертаційних) як у філософії, так і в юриспруденції; інтенсивний розвиток вітчизняної загальної теорії прав людини (здійснюваний, зокрема, дослідженнями Львівської лабораторії прав людини Академії правових наук України); наявність окремої рубрики з антропології права у новоствореному журналі «Проблеми філософії права»; висвітлення у деяких вітчизняних підручниках і навчальних посібниках з філософії права питань з антропно-правової проблематики.

Особливо слід відзначити, що згадана тенденція реалізується у філософії права на засадах багатодисциплінарності й методологічного плюралізму. Остання обставина, безперечно, демократизує та збагачує шляхи пошуків істини, дозволяє більш повно й всебічно досягнути предмет дослідження — як людиномірні характеристики права (яке б явище не відображалось цим терміно-поняттям), так і правові властивості людини (яким би чином не інтерпретувати її природу та сутність).

Поряд з цим процесу інтенсифікації антропологічно-правових досліджень в Україні властиві певні вади. До них можна віднести: недостатню координацію таких досліджень, виконуваних представниками, з одного боку, філософської науки, а з другого, — юридичної; перетворення у деяких дослідженнях методологічного плюралізму на методологічний анархізм, методологічну нерозбірливість; відсутність фахового видання, в якому би комплексно висвітлювалися різноаспектні проблеми людинознавства; недостатнє врахування позитивних здобутків попередньої української наукової спадщини з цих проблем; неповне та повільне засвоєння й творче застосування досягнень сучасної зарубіжної антропологічної науки; відсутність самостійних навчальних курсів, а також навчальної літератури з антропології права; несформованість спеціальних наукових підрозділів з антропології права.

З огляду на викладене учасники «круглого столу»

РЕКОМЕНДУЮТЬ:

— орієнтувати юристів-дослідників на вивчення саме антропних властивостей права та держави;

— розширювати подальші антропологічно-правові дослідження, зокрема збільшуючи їх питому вагу в дисертаційних та інших наукових роботах з філософії права;

— підвищити ефективність координації згаданих досліджень, що проводяться у різних закладах України;

— більш повно враховувати сучасні здобутки філософської, релігійної, соціокультурної (соціальної та/чи культурної), етнічної, психологіч-

ної, лінгвістичної й інших антропологій і суміжних з ними галузей наукового знання при виконанні антропологічно-правових досліджень;

— налагоджувати контакти із зарубіжними представниками антропологічно-правової науки;

— ретельніше відроджувати та використовувати наукову спадщину тих українських вчених минулого, які займалися антропологічно-правовою проблематикою;

— перекладати, публікувати та вивчати зарубіжні наукові праці з цієї проблематики;

— враховувати те, що антропологічно-правові дослідження — як і будь-які дослідження у суспільних науках — мають відповідати таким гносеологічним принципам: об'єктивна обумовленість обраних методів дослідження специфікою його предмета; необхідність встановлення єдиної істини, яку можна довести й перевірити за посередництвом певного об'єктивного критерію; спроможність застосовуваного концептуального підходу та відповідних йому дослідницьких методів наближувати, призводити до розкриття сутності антропно-правових явищ;

— поступово запроваджувати викладання спеціальних курсів з антропології права студентам вищих юридичних і філософських навчальних закладів;

— створити авторський колектив для підготовки вітчизняного навчального посібника (підручника) з антропології права;

— регулярно проводити всеукраїнські та міжнародні конференції, семінари, «круглі столи» й інші наукові, а також інформаційні заходи з антропно-правової проблематики;

— Оргкомітету «круглого столу» організувати видання матеріалів цього заходу та забезпечити висвітлення останнього в юридичній пресі.

Дані Рекомендації надіслати в Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Інститут філософії ім. Г. Сковороди НАН України, Президію Академії правових наук України, Українську асоціацію філософії права та соціальної філософії, на юридичні та філософські факультети провідних вищих навчальних закладів нашої держави.

Схвалено у Львові 17 вересня 2005 року учасниками Всеукраїнського «круглого столу» з філософії права «Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)».

Матеріал підготував

Д. Гудима, науковий співробітник Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПРН України

УКАЗ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ

Про присудження Державних премій України в галузі науки і техніки 2004 року

На підставі подання Комітету з Державних премій України в галузі науки і техніки **постановляю:**

1. Присудити Державні премії України в галузі науки і техніки 2004 року:

(витяг)

за багатомну наукову працю «Юридична енциклопедія»:

ТАЦІЮ Василю Яковичу — академікові Національної академії наук України, ректорові Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

ШЕМИШУЧЕНКУ Юрію Сергійовичу — академікові Національної академії наук України, директорові Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України

ПОГОРІЛКУ Віктору Федоровичу — члену-кореспондентові Національної академії наук України, заступникові директора Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України

СЕМЧИКУ Віталію Івановичу — члену-кореспондентові Національної академії наук України, головному науковому співробітникові Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України

НАГРЕБЕЛЬНОМУ Володимирі Петровичу — кандидатові юридичних наук, заступникові директора Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України

ДЕНИСОВУ Володимирі Наумовичу — докторові юридичних наук, завідувачу відділу Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України

УСЕНКУ Ігорю Борисовичу — кандидатові юридичних наук, завідувачу відділу Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України

МИРОНЕНКУ Олександрі Миколайовичі — докторові філософських наук, головному науковому співробітникові Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України

ГОРБАТЕНКУ Володимирі Павловичу — докторові політичних наук, завідувачу Центру енциклопедичних юридичних видань Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України

ЗЯБЛЮКУ Михайлу Павловичу — кандидатові юридичних наук, головному редакторові Центру енциклопедичних юридичних видань Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України



Лауреати Державної премії України в галузі науки і техніки 2004 року за наукову багатомну працю «Юридична енциклопедія». Сидять (зліва направо): В. І. Семчик, В. Ф. Погорілко, міністр освіти і науки України С. М. Ніколаєнко, президент НАН України Б. Є. Патон, В. Г. Кремінь, В. Я. Тацій, Ю. С. Шемшученко; стоять (зліва направо): В. П. Нагребельний, В. Н. Денісов, М. П. Зяблюк, І. Б. Усенко, В. П. Горбатенко (1 листопада 2005 р., м. Київ).



Нагородження лауреатів Державної премії України в галузі науки і техніки 2004 року за наукову багатотомну працю «Юридична енциклопедія» (1 листопада 2005 р., м. Київ).

НАШІ ЮВІЛЯРИ

70

Виповнилося 70 років від дня народження фахівця у галузі конституційного права, державного управління, екологічного права, директора Інституту держави і права ім. В. М. Корецького і ректора Київського університету права, академіка Національної академії наук України і Академії правових наук України, іноземного члена Російської академії наук, заслуженого діяча науки і техніки України, лауреата Державної премії України в галузі науки і техніки 2004 року **Юрія Сергійовича Шемшученка**.

Ю. С. Шемшученко народився 14 грудня 1935 р. у місті Глухові Чернігівської (тепер — Сумської) області у робітничій родині. У 1962 р. закінчив юридичний факультет Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка (нині — Київський національний університет ім. Тараса Шевченка). У 1962—1966 рр. працював помічником прокурора, прокурором району в Сумській області. Протягом 1966—1969 рр. навчався в аспірантурі Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, після закінчення якої працює в цьому ж інституті: з 1972 р. — старший науковий співробітник, з 1979 р. — завідувач відділу, а з 1988 р. — директор інституту.

У 1970 р. Ю. С. Шемшученко захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Прокурорський нагляд за законністю в діяльності виконкомів місцевих Рад», у 1979 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Організаційно-правові проблеми державного управління охороною навколишнього середовища в СРСР». Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1979 р. Вчене звання професора присвоєно у 1985 р.

Перу Ю. С. Шемшученка належить понад 800 наукових праць, у тому числі близько 30 індивідуальних і колективних монографій з актуальних проблем конституційного, адміністративного, екологічного та аграрного права, історії держави і права України. Він є загально визнаним лідером української наукової школи права навколишнього середовища (екологічного права). Серія його праць у цій галузі отримала ви-

соку оцінку наукової громадськості («Державне управління в галузі охорони навколишнього середовища», «Юридична відповідальність в галузі охорони навколишнього середовища», «Місцеві Ради і охорона навколишнього середовища», «Правові проблеми екології» та ін.). У 2005 р. побачив світ фундаментальний підручник «Екологічне право України. Академічний курс», підготовлений колективом авторів за редакцією Ю.С. Шемшученка та з його участю як провідного автора.

Ю. С. Шемшученко є ініціатором ідеї, організатором видання, автором понад 400 статей і відповідальним редактором першої в Україні фундаментальної шеститомної «Юридичної енциклопедії» (1998–2004 рр.). Енциклопедія видана накладом 30 тис. примірників і зараз широко використовується у науці і практиці. У 2004 р. авторський колектив на чолі з Ю.С. Шемшученком отримав Державну премію України в галузі науки і техніки за підготовку цієї Енциклопедії.

Ю. С. Шемшученку належить ініціатива у виданні 10-томної фундаментальної праці «Антологія української юридичної думки» (2002–2005 рр.). Він є співавтором цього видання і керівником редакційної колегії. В Антології вперше зібрано і систематизовано кращі наукові праці українських правознавців за два з половиною століття, подано сучасні наукові розробки провідних правознавців України. Це видання зараз є теоретичною основою для подальшого розвитку української юридичної науки.

Ю. С. Шемшученко був членом Конституційної комісії і членом робочої групи з підготовки чинної Конституції України, брав участь у підготовці багатьох проектів законів та кодексів («Про охорону навколишнього природного середовища», Земельного кодексу України, «Про науку і наукову діяльність», «Про столицю України — місто-герой Київ», «Про мисливство і мисливське господарство», Екологічного кодексу України та ін.). Протягом 10 років (1994–2004 рр.) він очолював Комісію з питань громадянства при Президентові України. Зараз є членом президентської Комісії по реформуванню правоохоронних органів, інших комісій і груп, науковим радником Голови Верховної Ради України.

Ю. С. Шемшученко вже протягом 17 років успішно очолює Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Під його керівництвом підготовлено близько 20 докторів і кандидатів юридичних наук, а сам Інститут став провідною юридичною науковою установою України, яка забезпечує розроблення наукових засад державотворення і правотворення в країні у сучасний період.

Ю. С. Шемшученко — талановитий організатор не тільки юридичної науки, а й освіти. Він був ініціатором утворення у 1996 р. Київського університету права і є його ректором. За 10 років Університет став авторитетним в Україні навчальним закладом європейського типу, унікальним у поєднанні з Інститутом держави і права ім. В. М. Корецького НАН України навчально-науковим комплексом, який готує висококваліфікованих юристів на засадах Болонського процесу і національних традицій.

Ю. С. Шемшученко багато зробив для підвищення ролі юристів у розбудові правової держави. Він був організатором і першим головою найбільшої громадської юридичної організації — Спілки юристів України (1991—1993 рр.), сприяв діяльності Світового конгресу українських юристів. Був одним з організаторів Академії правових наук України, є членом її президії і академіком-секретарем відділення екологічного, господарського та аграрного права.

Заслуги Ю. С. Шемшученка у науковій і практичній юридичній діяльності отримали високу оцінку як в Україні, так і поза її межами. Він є академіком НАН України, академіком Академії правових наук України, єдиним в Україні правознавцем — іноземним членом Російської академії наук, дійсним членом Міжнародної академії екологічного права (США), експертом Ради Європи з екологічного права, членом міжнародного Постійного арбітражного суду (м. Гаага), інших наукових установ і організацій.

Ю. С. Шемшученку присвоєно почесне звання «Заслужений діяч науки і техніки України». Він нагороджений орденом князя Ярослава Мудрого V ступеня (1999 р.), почесними грамотами Верховної Ради України і Кабінету Міністрів України, іншими державними нагородами, є лауреатом Державної премії України в галузі науки і техніки 2004 року.

Високий професіоналізм, талант науковця й організатора, глибока порядність, людяність, чуйність та доброзичливість — це риси, які характеризують академіка Ю. С. Шемшученка.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Юрія Сергійовича Шемшученка** зі славним ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, щастя, творчого натхнення, плідної праці на благо людства, в ім'я злагоди в суспільстві і процвітання демократичної, правової держави — України.



Виповнилося 60 років від дня народження відомого правознавця, фахівця з теорії приватного права, правових проблем підприємництва, теорії державного управління, доктора юридичних наук, члена-кореспондента Академії правових наук України, заслуженого юриста України Володимира Миколайовича Селіванова.

В. М. Селіванов народився 5 листопада 1945 р. в м. Іжевську (Російська Федерація). У 1971 р. закінчив юридичний факультет Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка (нині — Київський національний університет ім. Тараса Шевченка). З 1971 до 1974 р. навчався в аспірантурі цього ж університету. З 1974 до 1976 р. і з 1984 до 1992 р. працював в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, де пройшов шлях від молодшого наукового співробітника до головного наукового співробітника і завідувача науковим відділом правових проблем підприємства, який був створений в Інституті за його ініціативою.

З 1976 до 1984 р. В. М. Селіванов працював на професорсько-викладацьких посадах вищих навчальних закладів МВС СРСР. Завідував кафедрою теорії і практики управління.

Працюючи в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, В. М. Селіванов не тільки серйозно займався теоретичними дослідженнями у галузі держави і права, зокрема правових проблем ринкової економіки, державного управління, а й брав безпосередню участь у розробленні проектів нормативних документів державної ваги. Можна назвати такі, як Концепція і проект Закону України «Про економічну самостійність Української СРСР», «Декларація про державний суверенітет України», проект «Концепції про національну безпеку України». Це і стало підставою присвоєння йому у 1996 р. Указом Президента України почесного звання «Заслужений юрист України».

У 1974 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Институт менеджеров и его толкование в доктрине менеджмента», у 1987 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Критичний аналіз сучасного розвитку державного управління в США». Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1989 р.

В. М. Селіванов опублікував три індивідуальні монографії, близько 130 наукових статей, брав участь у підготовці 12 колектив-

них книг. За багаторічну плідну наукову роботу та вагомих особистий внесок у розвиток вітчизняної юридичної науки в листопаді 1995 р. В. М. Селіванов був нагороджений Почесною грамотою Президії Національної академії наук України і ЦК профспілки працівників НАН України. У 1996 р. йому присвоєно почесне звання «Заслужений юрист України».

З липня 1992 до травня 1993 р. В. М. Селіванов працював у державному апараті. Він обіймав посади Державного радника України з питань національної безпеки, Радника Президента України з питань національної безпеки і Секретаря Ради національної безпеки при Президентові України. І в цей час продовжує активно займатися розробкою наукових проблем.

З травня 1993 до квітня 1996 р. В. М. Селіванов очолював створений за його ініціативою Центр досліджень проблем підприємства і менеджменту НАН України. Наукова діяльність ученого присвячена вивченню нових для України підприємницьких відносин та їх юридичних форм. З квітня 1996 р. Центр перетворюється у Науково-дослідний інститут приватного права і підприємства і переходить в адміністративне й науково-методичне підпорядкування Академії правових наук України. Об'єктом пильної наукової уваги В. М. Селіванова стають не тільки теоретичні проблеми підприємства, а й теоретико-методологічні проблеми реформування вітчизняного державного управління, формування вітчизняної системи права. Особливу увагу вченого привертає новий для України напрям розвитку вітчизняного правознавства — теорія приватного права. Саме розроблення фундаментальних проблем вітчизняної теорії приватного права як юридичної основи державної політики демократичної трансформації українського суспільства стає одним з основних завдань Інституту приватного права і підприємства АПрН України.

Працюючи директором Інституту, В. М. Селіванов бере участь у підготовці і виданні двох монографій: «Народ и власть» (1996), «Реформування державного управління в Україні: проблеми і перспективи» (1998). Крім цих наукових досліджень він бере безпосередню участь у написанні наукових статей і редагує збірники наукових праць Інституту, публікує наукові статті з проблем приватного права. В зв'язку з бажанням зосередитися на розробленні фундаментальних проблем методології і теорії вітчизняної юридичної науки В. М. Селіванов звернувся до керівництва АПрН України з проханням звільнити його з посади директора. З серпня 1999 р. працює в Інституті приватного права і підприємства АПрН України на посаді головного наукового

співробітника. За цей час він опублікував книгу «Право і влада суверенної України».

В. М. Селіванов є членом Експертної ради ВАК України за спеціальністю державне управління і місцеве самоврядування; членом наукової ради журналу «Адвокат». У 1991 р. його обрано академіком Академії підприємництва і менеджменту України, у 1993 р. — академіком Української академії політичних наук.

Принциповість і порядність, широка ерудованість і професіоналізм, сумлінне ставлення до своїх обов'язків, високі людські якості здобули В. М. Селіванову авторитет і повагу юридичної громадськості та колег по роботі.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Володимира Миколайовича Селіванова** з його ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, творчої наснаги, благополуччя і подальших успіхів у багатогранній діяльності.

ЗМІСТ

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

Селіванов В. Поняття і категорії в процесі історичного розвитку юридичної науки	3
Спасибо-Фатєєва І. Правовий аспект інновацій в українських реаліях	15
Рабінович С. Антропосоціальні основи цивільно-правової рівності	23
Погребняк С. Додержання принципу пропорційності як умова правомірності нормативно-правових актів	33

ПИТАННЯ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА

Максимов С. Філософсько-правова концепція вічного миру Канта і сучасність	44
--	----

ПРОБЛЕМИ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Гончаренко В. Законодавчі органи Австро-Угорської монархії під час перебування в її складі західноукраїнських земель	52
Ніконова Л. Мажоритарна та пропорційна системи народного представництва: з історії політико-правової дискусії	60

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

Скрипнюк О. Соціальні функції конституції та їх забезпечення в Україні	68
Лук'янов Д., Пономарьова Г. Загороджувальний бар'єр: політичний вплив та правова оцінка	79
Тодика О. Політична корупція у сфері здійснення народовладдя	86

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Мамутов В., Зверєва О. Актуалізація предмета досліджень і викладання цивільного права	94
Яркіна Н. Правові проблеми захисту авторських і суміжних прав	99
Томчишен С. Консенсуальна природа договору майнового найму	107

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

Битяк Ю. Проблеми нормативно-правового регулювання оцінки діяльності державних службовців та посадових осіб органів місцевого самоврядування	116
---	-----

ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

- Шевчук С.** Принцип рівності у європейському та порівняльному конституційному праві (до рішення Конституційного Суду України у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу) 124
- Щокін Ю.** Формування міжнародно-правових звичаїв: розмежування понять «практика» і *opinio juris* 135
- Степанюк А.** Зовнішня форма правового регулювання в міжнародному приватному праві 145

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

- Коновалова В.** Методика розслідування злочинів: оптимальні системи слідчих дій 155
- Юрченко О.** Можливості застосування новітніх технологій в інформаційно-аналітичному забезпеченні державної системи захисту промислової власності 160
- Наден О.** Щодо методологічних засад розуміння кримінального права (у зв'язку з дослідженнями проблем кримінально-правового регулювання) 172

ТРИБУНА ДОКТОРАНТА

- Дашковська О.** Гендерна рівність в умовах модернізації ісламу: правові аспекти 182
- Любченко П.** Реформа територіального устрою як чинник розвитку місцевого самоврядування в Україні 187

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

- Рогова О.** Про час виникнення права людини на життя: загальнотеоретичний аналіз 198
- Уварова О.** Про зміст і форму правозастосовних актів 207
- Шабуніна А.** Приватноправові та публічно-правові тенденції у розвитку трудового права в країнах Західної Європи 213

РЕЦЕНЗІЇ

- Нове актуальне дослідження у сфері системної інформатизації виборчих і референдумних процесів в Україні (**В. Тихий**) 221

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

- Міжнародна наукова конференція «Трансформація політики в право: різні традиції та досвіди» (**О. Петришин, Д. Лук'янов**) 224

- Обговорення проекту концепції реформування публічної адміністрації в Україні (огляд науково-практичного семінару) (**І. Яковюк, Г. Чапала**) 230
- Перший всеукраїнський «круглий стіл» з антропології права (**Д. Гудима**) 237

НАУКОВА ХРОНІКА**УКАЗ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ**

- Про присудження Державних премій України в галузі науки і техніки 2004 року (витяг) 242

НАШІ ЮВІЛЯРИ

- Юрій Сергійович Шемшученко 245
- Володимир Миколайович Селіванов 248

Збірник наукових праць

Вісник
Академії правових наук
України

№ 4 (43)

Редактор *К. Гулий*
Коректор *Т. Зуб*
Комп'ютерна верстка
і дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 18.12.05.
Формат 60×84 ¹/₁₆. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 15. Обл.-вид. арк. 15. Вид. № 220.
Тираж 500 прим. Зам.

Видавництво «Право» Академії правових наук України
Україна 61002 Харків, вул. Чернишевська, 80

(Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001 р.)

Друкарня СПД фо Костинський А. В.
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 інтервала, написані 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 думкою редакційної колегії.