

2001



ВІСНИК

АКАДЕМІЇ
ПРАВОВИХ
НАУК
УКРАЇНИ

4

(27)

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

№ 4 (27)

Заснований у 1993 році



Харків
2001

Национальна юридична академія
України імені Ярослава Мудрого

**ФУНДАМЕНТАЛЬНА
БІБЛІОТЕКА**

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

Засновник — Президія Академії правових наук України

Видавець — Академія правових наук України

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

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

© Академія правових наук

України, 2001

© «Право», 2001

ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

М. Цвік, академік АПН України

Про сучасне праворозуміння

В Україні діє конституційний принцип верховенства права, в основу якого покладено пріоритет права перед державою. Це з особливою силою підкреслює неприпустимість спрощеного, ще до кінця не подоланого розуміння права як дарованого державою, її творіння, команди суверенної державної влади. Такий суто позитивістський підхід, який бере початок від Т. Гоббса і аналітичної юриспруденції І. Бенґама та Д. Остіна, досі зберігається в деяких галузевих юридичних науках. Характерним для нього є фактичне зведення права до закону, відсутність аналізу глибинного змісту права. Тим часом передумовою і основою правового регулювання є не воля держави, що втілюється в законодавстві, а характер суспільних відносин, які об'єктивно складаються на базі взаємодії окремих осіб та їх об'єднань і підтримуються та захищаються державою.

Джерелом набуття цими відносинами нормативного характеру є, здебільшого, не зовнішній вплив, не державне втручання, а їх постійна повторюваність. Саме завдяки цьому поступово складаються найбільш загальні нормативні положення в усіх сферах суспільного життя. Більша їх частина у вигляді звичаїв, моралі, релігійних установлень тощо формується, розвивається і втілюється в життя стихійно, на основі саморегулювання. Вони реалізуються завдяки певним переконанням, через звичку, завдяки моральному впливу.

Стосовно великої групи суспільних відносин такі засоби утворення і реалізації норм виявляються недостатніми. Йдеться про ті з них, які потребують оцінки, підтримки та захисту ззовні авторитетом влади. Це необхідно заради забезпечення їх більш жорсткого і ефективного регулятивного впливу. Такі підтримка і захист мають надаватися їм з боку держави. Завдяки своє-

му систематичному повторенню економічні, політичні, сімейні та інші відносини набувають характеру загальних правил, на базі яких формуються основи майбутнього права. Щодо економіки, то, як правильно писав Ф. Енгельс, на певному історичному етапі виникає потреба «охопити загальним правилом акти виробництва, розподілу і обміну продуктів, що повторюються кожного дня»¹. Аналогічні відносини складаються в усіх сферах суспільного життя. Вони набувають свого юридичного вираження у вигляді правовідносин, на базі яких згодом формується судова практика, правосвідомість, договірна практика тощо.

Через правовідносини певним суспільним відносинам надається постійний характер, відбуваються ліквідація перепон на їх шляху, всебічний розвиток або обмеження дії окремих їх груп. Як складова частина основ права правовідносини, як і ті суспільні відносини, на базі яких вони виникли, існують об'єктивно. В результаті їх постійного повторення складаються відповідні юридичні нормативи. Їх виникнення завершує процес формування основ права. Сформувавшись у суспільному середовищі, вони визнаються і захищаються державою.

Завершення цього процесу не виключає, проте, подальшого поглиблення змісту права. З метою охоплення усіх особливостей різних сфер суспільного життя відбувається деталізація його основ. Вона здійснюється шляхом створення більш конкретних за змістом правил поведінки. Не змінюючи основ права, вони складаються за участю держави, а в багатьох випадках безпосередньо формулюються законодавцем. Таким шляхом відбувається поглиблення регулювання тих суспільних відносин, які потребують деталізації та конкретизації. Це не порушує того, що головний тягар правоутворення пов'язаний з утвердженням саме основ правового регулювання суспільних відносин.

Отже, правовідносини складаються об'єктивно і визнаються, конкретизуються та захищаються державою відповідно до усвідомлення необхідності в цьому. Як юридичне вираження різноманітних суспільних відносин вони стають засобом здійснення їх постійного регулювання. Таким чином складається сфера правового регулювання. Вона охоплює два види правових нормативів. Головна їх частина виникає на базі повторення відправних, загальних і найбільш вагомих за своїм змістом суспільних відносин, які держава вважає за необхідне забезпечити своїм за-

¹ Маркс К., Енгельс Ф. Твори. — 2-е вид. — Т. 18. — С. 263.

хистом. У створенні більш детальних конкретизуючих нормативів держава бере пряму участь.

Отже, право існує нібито на двох рівнях. Перший рівень, який становить основу права, складають правовідносини, що виникають безпосередньо на базі фактичних відносин, які склалися у суспільстві. Як юридичне вираження цих відносин і завдяки своїй повторюваності вони набувають ознак нормативності. На другому рівні держава сама формулює правові норми, на базі яких виникають реалізуючі їх правові відносини. За своїм змістом вони збагачують деталями і сприяють втіленню в життя суспільних відносин, що виникли на первинному рівні. При цьому пряме встановлення державою певної кількості норм, що формулюють деталі правового регулювання, не повинно приводити до висновку про існування дуалізму в праворозумінні. Воно є моністичним у тому сенсі, що норми, які закріплюють правові деталі і процедури, за змістом є прямим продовженням основ права, які містять нормативи з найбільш загальних і важливих питань правового регулювання. Єдність тих правових положень, що склалися об'єктивно і лише забезпечуються гарантіями держави, з тими, що нею прямо формулюються, обумовлюється виникненням обох варіантів на спільній моральній основі, відображенням у них вимог справедливості, спільних правових принципів.

Для ілюстрації викладених положень візьмемо за приклад сімейні відносини. З появою парної родини всередині неї поступово стихійно складаються і постійно повторюються певні відносини, на базі яких з'являються нормативні установки. Вони охоплюють певний розподіл обов'язків між чоловіком і дружиною, взаємну підтримку всередині подружжя, діяльність щодо спільного господарства і майна, його перехід за спадщиною, продовження роду, утримання і виховання дітей, дію батьків від їх імені і в їх інтересах та ін. Ті сімейні відносини, які одержують державний захист через суд або компетентні державні органи, набувають свого юридичного вираження у вигляді сімейних правовідносин, незалежно від їх державного закріплення, сприяють упорядкуванню, розвитку і підсиленню стабільності всього обсягу фактичних сімейних відносин, що лежать в їх основі. Основа правового регулювання, що таким чином складається, розширюється за рахунок дрібніших, мінливих і конкретних деталей сімейних відносин. Такі відносини потребують додаткового, безпосередньо державного регулювання. Йдеться про такі

питання, як порядок укладення шлюбу, встановлення батьківства, розлучення, здійснення змін у правовому становищі дітей тощо. Відповідні допоміжні, конкретизуючі правовідносини набувають своєї нормативної обов'язковості за прямою участю держави, на підставі чого теж перетворюються на правовідносини.

Правоутворення бере свій початок від судової діяльності. Недаремно ще в Стародавньому Римі констатували, що право («*ius*») одержало свою назву від правосуддя («*justitia*»). Виносячи свої рішення, суди вже в процесі формування держави виходили з нормативів, що склалися на основі постійно повторюваних суспільних відносин. Серед них поступово фактично склалися як матеріальні, так і процесуальні відносини — практика публічності діяльності судів, присутності обох сторін спору, допит свідків, дослідження речових та інших доказів, оголошення судового рішення і т. ін. Після набуття ознак нормативності, а іноді й наступної деталізації ці відносини набували юридичного вираження у вигляді відповідних процесуальних правовідносин.

Перетворення фактичних відносин на правові спостерігається і в умовах сьогодення. Про це, наприклад, свідчить наявність практики подолання судами прогалин у праві шляхом застосування аналогії закону і аналогії права. В таких випадках ми маємо справу з офіційним визнанням правовими, тобто такими, що захищаються державою, суспільних відносин, які фактично склалися.

Поява судової практики у вигляді низки однотипних судових рішень, які відповідають існуючим правовим нормативам, була свого часу першим ступенем надання певним правовідносинам формально обов'язкового характеру, тобто не тільки формування, а й формулювання окремих правил поведінки. Це здійснюється шляхом закріплення нормативів у тексті рішень судів або державних органів, виникнення писаного права і, зокрема, законодавства. Останнє має адресатом необмежене коло суб'єктів суспільних відносин, підлягає багаторазовому застосуванню протягом, як правило, необмеженого часу. В ньому втілюються ознаки класичної нормативності — загальний характер і повторюваність застосування правової норми, первісний характер права. Саме в зв'язку з відсутністю цих ознак — вторинним характером, персоніфіційністю — не можна погодитися зі спробами вважати правозастосування складовою частиною права. Нормативними явищами, що становлять зміст права, слід вважати усі прояви (складові частини) права, якими, на наш погляд, крім вже згада-

них — правовідносин, законодавства, судової практики — можуть бути природне право, прецедентне право, звичаєве право, договірне право і правосвідомість.

Викладене розуміння права аж ніяк не повинно сприйматися як протиставлення його законодавству та іншим формам права. Навпаки, йдеться про їх тісну єдність, про те, що абсолютна більшість нормативів хоча і виникає безпосередньо на базі повторюваних суспільних відносин і правовідносин, але закріплюється через законодавство або інші формально визначені прояви права. Існування певної форми у правових норм має суттєве значення, бо саме воно є зовнішнім свідченням їх загальнообов'язковості.

Урахування цього набуває особливо великого значення в умовах України, де все ще не подолано правовий нігілізм, а також практика прийняття рішень поза, а іноді і всупереч закону, видання нормативних актів, що є науково необґрунтованими і суперечать потребам суспільного розвитку. Ці негативні явища, що заважають реформуванню суспільства, абсолютно неприпустимі в умовах проголошення України правовою державою.

Водночас право не треба змішувати з формами його існування — законодавством, судовим прецедентом, санкціонованим звичаєм, договором. Воно може виникати до їх появи, існувати в єдності з ними і незалежно від них. Право може діяти до появи законодавства (дозаконодавче право) у вигляді правовідносин на основі багаторазового повторення і захисту державою певних дій або відносин. З появою держави право частіше за все закріплюється нею в нормативних актах або інших джерелах і діє через них (законодавче право). Природні права, судова практика, прецедентне і звичаєве право, що мають нормативну природу, можуть діяти або діють і поза законодавством (позазаконодавче право).

Всупереч поширеним твердженням формальна означеність не є загальною конститутивною ознакою права, властива не всім її проявам. Поза формами права можуть існувати такі важливі формально не визначені його складові частини, як правовідносини, природні права, правосвідомість. Така можливість є достатньою підставою для незгоди з суто формальним розумінням права тими науковцями, які вважають, що право це «система загальнообов'язкових норм, що знаходять прояв у законах та інших джерелах, які визнаються державою»¹.

¹ Алексеев С. С. Право. Опыт комплексного исследования. — М., 1999. — С. 58.

Наукове обґрунтування праворозуміння неможливе без урахування наукової спадщини, як позитивного, так і негативного досвіду правової науки, потреби подолання однобічності та надмірної заідеологізованості, характерних для минулих часів. Необхідно відкинути бачення права як продукту виключно державної діяльності, ототожнення його з законом, недооцінку природного характеру прав людини, погляд на державний примус як основний засіб забезпечення виконання норм права і т. ін. Слід також відмовитись від поділу численних течій і шкіл в юридичній науці на позитивні та негативні, прогресивні та реакційні, використати їх наукові досягнення.

Так, наукову цінність повністю зберігає гуманістичне вчення школи природного права про існування (в тому числі, можливо, і поза законом) природних прав людини, які мають невід'ємний характер, не можуть бути анульованими або звуженими. Ці фундаментальні права закріплено в конституціях більшості країн світу. Не можна заперечувати значення вчення про історичну обумовленість і унікальний характер права кожної країни, яке було висунуто історичною школою права. Помітний вплив на теорію праворозуміння спричинило вчення реалістичної школи права Р. Ієрінга, що сконцентрувало увагу на цілях правового регулювання і захисті правом різноманітних інтересів. Особливо значне місце в науковій спадщині належить вченню І. Канта, який бачив головний зміст права в поєднанні свободи окремої людини зі свободою усіх, встановленні певної міри цієї свободи. Зберегли своє значення в сучасних умовах і деякі положення нормативізму Г. Кельзена, який наголошував на необхідності дослідження права перш за все як нормативного явища, заклав основи вчення про ієрархічну супідрядність різних форм існування права, примат міжнародного права над внутрішньодержавним. Заслугою психологічної школи права Петражицького є детальне обґрунтування нормативної природи правосвідомості. З учення соціологічної школи права впливає невідривність нормативних положень права від практики його реалізації, яка може, наприклад у вигляді судової практики, набувати самостійного характеру. Слід віддати належне і марксистському вченню про право. Незважаючи на всі його добре відомі недоліки і обмеженість воно сприяло підвищенню уваги до дослідження матеріальної обумовленості змісту права, співвідношення правової та фактичної рівності і т. ін.

Отже, слід констатувати, що сучасне праворозуміння має базуватися на використанні досягнень світової науки, як сучасної, так і минулих часів. За таких умов розуміння права складається з добре забутого старого у поєднанні з новими інтерпретаціями окремих проявів правової матерії.

Разом з тим, починаючи з Сократа, Платона і Аристотеля, всі напрями в теорії сходяться на тому, що право має бути концентрованим вираженням ідеалів справедливості, втіленням моральних принципів, що панують у суспільстві. Таких поглядів додержуються і сучасні філософи і юристи далекого зарубіжжя. Не зважаючи на значне різноманіття підходів до проблеми співвідношення права і справедливості, всі вони пов'язують зміст права з реалізацією справедливості¹. Цей висновок відповідає етимологічному значенню терміна «право». Саме в справедливості права, зміст якої по-різному тлумачиться дослідниками, вбачається його загальнолюдська цінність. Йдеться, безумовно, не про абстрактну, а про конкретно-історичну справедливість, уявлення про яку в різні епохи істотно змінювалося. В сучасних умовах справедливість права слід вбачати в його прогресивній спрямованості, легітимності, відповідності ідеалам демократії та гуманізму.

Найвища цінність права полягає в його характеристиці як знаряддя соціального прогресу, гарантованості ним всезагальної свободи та рівності. Останні теж не мають абсолютного характеру і підлягають нормуванню заради задоволення інтересів кожної особи і суспільства в цілому. Права всіх суб'єктів не можуть не бути певною мірою обмежені заради забезпечення свободи всіх і кожного. За допомогою відповідних дозволів і заборон визначається міра свободи поведінки громадян, держави та її органів, службових осіб, інших суб'єктів господарської та політичної діяльності.

Зміст права і водночас його мету становить поєднання свободи кожного зі свободою всіх. Характер цього поєднання залежить від особливостей економічних, політичних, соціальних та інших відносин, притаманних тому чи тому суспільству. Право виступає як відповідна характеру цих відносин міра свободи. Ця міра має бути легітимована, тобто відображати інтереси і волю суб'єктів суспільних відносин.

¹ Див., напр.: Джон Роулс. Теорія справедливості. – Новосибірськ, 1995 (особливо розділ 6); Харт Х. А. Концепція права. – К., 1998. – С. 156–180; Хаек Ф. А. Право, законодавство та свобода. – К., 1999. – Т. 2; Лан Л. Фуллер. Мораль права. – К., 1999 (розділ 2–3); Ренальд Дворкін. Серйозний погляд на право. – К., 2000. – С. 220–263.

Суспільно необхідні взаємні обмеження свободи є однією з передумов досягнення всезагальної юридичної рівності. На відміну від фактичної рівності вона полягає у закріпленні рівності всіх перед законом. В її рамках передбачаються різні права і обов'язки у різних за правовим статусом груп суб'єктів права, тобто встановлення певної міри рівності. Міра рівності встановлюється і заради уникнення зловживання цим принципом. Так, наприклад, рівні економічні можливості і рівне право утворення друкованих органів обмежується заборонаю економічної та інформаційної монополізації.

Погляди про відображення у праві міри свободи і рівності, витоки яких ми бачимо ще у І. Канта, сприйнято юридичною наукою і активно нею використовуються. На теренах колишнього СРСР такий підхід до з'ясування природи права започаткували В. Нерсесянц¹ в Росії та М. Козюбра² в Україні. Поряд з цим помилковим слід визнати погляд на право як міру також і справедливості, бо справедливість як правовий принцип не підлягає нормуванню (вигляду) і не може бути, хоча б частково, відчуженою.

Досліджені фундаментальні властивості права впритул підводять нас до питання про його визначення. Слід виходити з того, що визначення права має, хоча і важливе, але відносне значення. Зміст праворозуміння охоплює значно більше, ніж позначення права. Воно, як і будь-які інші визначення, має обмежене значення і здатне дати лише загальне уявлення про право. Багатогранність права обумовлює можливість його всебічної характеристики лише через декілька визначень, кожне з яких відображало б певну грань (аспект) його існування. Щодо формально логічного загального визначення права в його повному обсязі, то, якби спробувати його сформулювати, воно буде настільки громіздким, що втратить наукову цінність. І все ж бажано, щоб визначення права мало інтегративний характер, тобто з загальних позицій враховувало найголовніші його ознаки і відображало загальнофілософський підхід до цього явища.

З позицій погляду на право як на один з найважливіших факторів сприяння соціальному прогресу, його слід розглядати як **міру свободи і рівності, що відображає панівні уявлення про справедливість і потреби суспільного розвитку, основи яких складаються**

¹ Див.: Нерсесянц В. С. Право и закон: их различие и соотношение. — М., 1983.

² Козюбра Н. И. Социальное право и общественное сознание. — К., 1979.

в процесі повторюваних суспільних відносин, що визнаються, схвалюються і охороняються державою.

Ознаки права, що містяться в цьому визначенні, дозволяють відокремити його як від інших соціальних норм, так і від інших юридичних приписів.

При закріпленні міри свободи і рівності суб'єктів суспільних відносин в нормативних актах та інших формах права не виключаються відхилення від потреб суспільного розвитку і вимог справедливості. Зберігаючи юридичну форму, відповідні приписи можуть стати в результаті цього неправовими за змістом. В юридичній літературі існування неправових приписів, які узагальнено іменують законами, частіше за все пов'язують з проведенням окремими державами антинародного політичного курсу. Перш за все йдеться про прикриті правовою оболонкою крайні прояви авторитаризму і тоталітаризму, спрямовані на руйнування прав людини, принципів її свободи і рівності, елементарної справедливості, тобто на узаконення відкритого свавілля.

Існують і такі, неправові по суті приписи, які прямо не пов'язані зі свавіллям, але істотно відхиляються від принципів справедливості та потреб суспільного розвитку, внаслідок чого вони є не тільки вкрай неефективними, а й шкідливими. Це відбувається в результаті недостатньої компетентності відповідних органів і осіб в тих питаннях, що вони законодавчо регулюють, або відсутності у них необхідних юридичних та інших спеціальних знань. Трапляються не такі вже рідкі помилки законодавця при обранні суспільних відносин, які заслуговують на їх визнання і перетворення на правовідносини і охорону з боку держави. Внаслідок цього з'являються нормативні акти, неправові за змістом, незважаючи на надання їм правової форми. Вони не тільки не є суспільно необхідними, але в зв'язку з гальмуванням ними суспільного розвитку абсолютно не ефективними і тому шкідливими. Наявність таких явищ свідчить про недостатню наукову обґрунтованість законодавства. Це потребує пошуку нових і посилення старих форм залучення до законотворення, як юристів, так і інших спеціалістів.

Неправові закони з'являються і в результаті перевищення органом, що їх видає, своєї компетенції, що призводить до порушення правил щодо ієрархічної супідрядності нормативних актів. Унаслідок такого порушення виникають суперечності (колізії) між нормами з одного і того ж предмета регулювання.

В такому випадку причиною появи неправових приписів є порушення законності. Неправовими є і так звані «мертві норми» (*jus nudum*), тобто такі, які формально не скасовано, хоча вони втратили роль регулятора суспільних відносин.

Дія неправових законів породжує деформацію демократії, порушення прав і законних інтересів громадян, веде до неефективності дії державного апарату. Усвідомлення цього негативного впливу громадянами і службовими особами залежить від рівня їх загальних і правових знань, перш за все правосвідомості. Відмінність правового закону від неправового має неабияке значення в юридичній практиці. Звичайно правозастосувач не має права і не повинен ставити себе на місце законодавця. Він повинен беззастережно застосовувати чинні приписи незалежно від своєї оцінки їх змісту. В той же час особа, що впевнена у неправовому характері тих чи інших приписів, морально зобов'язана вжити всіх законних заходів, щоб домогтися їх скасування.

В системі правових актів України існує тільки один беззастережно правовий закон — її Конституція. Як акт найвищої юридичної сили, вона втілює принцип верховенства права, що прямо впливає з її ст. 8. Саме тому Конституція стає критерієм визначення правового характеру приписів усіх інших нормативних актів. Право виносити рішення про неконституційність цих актів є одночасно правом на визнання їх неправового характеру. Така діяльність здійснюється перш за все Конституційним Судом, який анулює дію всіх приписів, що суперечать Конституції. Разом з тим існує необхідність не тільки в констатації антиконституційності, а й в аналізі витоків та причин виникаючих невідповідностей. Слід враховувати і можливість, спираючись на пряму дію норм Конституції, приймати рішення про недійсність неправових приписів, перш за все, щодо прав громадян, іншими ланками судової системи.

Невиконання рішень Конституційного Суду рівнозначне невиконанню Конституції. Тим часом у державно-правовій практиці є чимало випадків, коли ці рішення не виконуються, що веде до неправомірного продовження дії антиправових неконституційних приписів. В умовах відсутності будь-яких офіційних засобів контролю, заради запобігання таким правопорушенням, доцільно періодично офіційно повідомляти через засоби масової інформації про хід виконання згаданих рішень. З метою сприяння збиранню і публікації відповідної інформації

доцільно створити в складі апарату Конституційного Суду спеціальну невелику структуру. За дії або бездіяльність осіб, що не виконують обов'язки з реалізації рішень Конституційного Суду, доцільно встановити спеціальні адміністративні, в тому числі грошові, санкції, що не виключає залежно від конкретних обставин також інших видів відповідальності.

Метою публікації відомостей про хід виконання рішень Конституційного Суду є здійснення превентивного психологічного впливу на виконавців, усунення відповідних правопорушень, тиск з боку громадської думки на порушників, якнайшвидше усунення відповідних правопорушень.

Добре поставлена система контролю за виконанням рішень Конституційного Суду здатна сприяти зменшенню кількості неправових нормативних актів, які видані всупереч або в обхід його рішень.

Надійшла до редколегії 10.10.01

П. Рабінович, член-кореспондент
АПрН України

Права людини: діалектика універсалізації та урізноманітнення

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

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

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

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

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

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

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

Ця, друга, тенденція найчастіше знаходить свій прояв у процесі розв’язання (теоретичного і практичного) таких проблем;

– з’ясування сутності (визначення поняття) феномена прав людини та можливостей його однозначного розуміння;

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

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

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

У цій статті розгляну лише останню із названих проблем (оскільки інші мені вже доводилося висвітлювати)¹. При цьому основна увага приділятиметься характеристиці соціальних чинників, що її викликають, та аналізу логіко-герменевтичного механізму її розв'язання.

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

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

Наслідком такої герменевтико-юридичної ситуації стає те, що цінності, котрі у міжнародних документах декларуються і

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

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

Чи не найбільш виразно, рельєфно така ситуація проявляється тоді, коли у процесі державно-правового (юридичного) регулювання неминуче постає проблема меж (обмежування) змісту і обсягу прав людини. Практичне розв'язання цієї проблеми, як засвідчує практика, ніде і ніколи не було універсальним, одноваріантним, уніфікованим. Аналіз проблеми, яка розглядається, має спиратись на певне розуміння таких «параметрів» прав людини, як їх зміст та обсяг.

2. Права людини, як і будь-яке інше явище, характеризуються певними якісними та кількісними показниками. Якісні показники розкриваються насамперед змістом прав людини.

Поняття змісту прав людини та поняття обсягу прав людини зустрічаються, наприклад, у ст. 22 Конституції України. Зокрема ч. 3 цієї статті встановлює, що при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав людини. Згадане положення є дуже важливим, оскільки у ньому Конституція України торкається проблеми обмеження прав людини. Адже звуження змісту і скорочення обсягу прав людини якраз і є основним наслідком їх обмеження.

Характеризуючи зміст прав людини, необхідно спиратися на філософську категорію змісту. Як відомо, з філософської точки зору, зміст — це певним чином впорядкована сукупність елементів і процесів, які утворюють предмет чи явище. Структура, внутрішня впорядкованість є необхідним компонентом змісту. Із зміною структури, організації суттєво змінюється зміст об'єкта, його властивості. Які ж елементи можна виділити у такому явищі, як права людини?

Центральним, стрижневим елементом змісту прав людини є певні можливості людини — можливості діяти певним чином

чи утримуватися від певних дій задля задоволення її потреб та інтересів. Як відомо із загальної теорії діяльності, остання характеризується певними складовими, властивостями, рисами. До них належать: мета, предмет (об'єкт) діяльності, умови діяльності, способи (форми) діяльності, засоби діяльності, результати діяльності та інші складові. Найбільш важливими, визначальними серед них є умови та засоби діяльності, оскільки саме ними зумовлюється реальність використання можливостей суб'єкта, тобто їх здійсненність. *Тому поняття змісту прав людини можна визначити як умови та засоби, котрі складають можливості людини, необхідні для задоволення потреб її існування та розвитку.* Таке розуміння розглядуваного поняття сприятиме дослідженню та оцінці міри (ступеня) реальності прав людини.

Щодо кількісних показників прав людини, то вони можуть відображатися поняттям обсягу прав людини. Кількість — це визначеність предмета, яка характеризує його множинність, величину, інтенсивність і ступінь прояву тієї чи іншої властивості. *Обсяг прав людини, як і будь-яка кількість, визначається за допомогою певних одиниць виміру* (наприклад, кількість певних можливих варіантів поведінки, кількість часу, кількість благ, розмір пільг та ін.). Одиниці виміру «кількості» (обсягу) прав людини не можуть бути універсальними, однозначними, однорідними для всіх і будь-яких прав людини. Характер таких одиниць виміру зумовлюється насамперед змістом можливостей, які відображено відповідними правами, а також особливостями носіїв (суб'єктів) прав та специфікою об'єктів цих прав (тобто тих чи інших благ). Наприклад, право на свободу вибору віросповідання може характеризуватися кількістю віровизнань, конфесій, які можуть бути предметом такого вибору. Право здобувати вищу освіту характеризується, зокрема, кількістю вищих навчальних закладів, в яких можна її здобути, а також кількістю спеціальностей, за якими готують фахівців у цих закладах. Право бути обраним Президентом України характеризується кількісними показниками періоду (часового інтервалу), протягом якого можливо його здійснювати.

Отже, зазначені вище одиниці виміру якраз і можуть використовуватися для визначення обсягу відповідних прав людини.

З огляду на викладене розуміння змісту прав людини і обсягу прав людини, а також на щойно наведені приклади, співвідношення цих «параметрів» може відображатися таким положен-

ням: звуження змісту прав людини неодмінно тягне за собою і звуження їх обсягу. Зміни ж в обсязі прав людини, на нашу думку, не завжди (не обов'язково) викликають зміни у змісті права.

Поняття змісту прав людини і поняття обсягу (кількісних показників) прав людини не слід ототожнювати із змістом та обсягом *поняття* про права людини. Останній визначається за правилами формальної логіки.

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

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

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

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

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

Ще один приклад. У рішенні, ухваленому у справі «Брумареску проти Румунії» 23 січня 2001 р. Суд відхилив попереднє заперечення уряду Румунії, за яким заявник нібито не використав усіх національних засобів правового захисту (він не звернувся з новим позовом до суду про повернення належного йому майна, хоча міг це зробити). З цього приводу Суд дійшов висновку, що

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

уряд не міг посилатися на неподання заявником нового позову, оскільки результат такого позову є дуже сумнівним, особливо з огляду на дію принципу *res judicata*. Отже, у даній справі Суд відійшов від буквального тлумачення нормативного юридичного тексту, оскільки таке тлумачення (саме у цій ситуації!) не змогло б забезпечити досягнення цілей захисту прав, закріплених у Конвенції. Суд діє згідно із виробленим у його практиці принципом ефективного захисту прав людини, суть котрого полягає у тому, що норму потрібно тлумачити і застосовувати у такий спосіб, який може забезпечити максимально ефективний, дійовий, реальний захист прав людини саме у даному випадку.

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

Мені вже доводилося аргументувати положення про те, що здатність нормативного юридичного тексту бути потенційним носієм різних смислів (інтерпретаційна здатність тексту юридичних норм) є його об'єктивною, невід'ємною, а отже, неминучою властивістю¹. Корені її потрібно шукати, вочевидь, як у різноманітності соціальних інтересів, так і в особливостях самої мови², а також у закономірностях здійснення комунікативної діяльності. Це положення, яке відображає одну із загальних герменевтичних закономірностей, переконливо підтверджується практикою офіційної інтерпретації юридичних норм саме щодо прав і свобод людини.

¹ Див., напр.: Правоведение. — 1983. — № 5; Правова держава. — К., 1998. — Вип. 9; Вісник Академії правових наук України. — 1999 — № 2.

² Див., напр.: *Космеда Т.* Аксіологічні аспекти прагмалінгвістики: формування і розвиток категорії оцінки. — Львів, 2000.

І насамкінець.

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

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

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

Надійшла до редколегії 15.09.01

Ю. Лобода, Львівська лабораторія прав людини і громадянина АПрН України

Загальне державорозуміння як методологічна основа оцінки гуманітарності держави

Сучасне державорозуміння: до характеристики нових підходів. Пострадянська правова наука, відійшовши від догматичного марксизму, сприйняла нові основні підходи до розуміння дер-

жави, серед яких узагальнено виділяються такі: 1) держава — це союз, об'єднання людей для забезпечення їх благоденства, захисту тощо; основи такого союзу можуть бути різними: правовими, моральними, організаційно-трудовими тощо; 2) держава — це апарат, особливий прошарок людей для управління іншими людьми; 3) держава — це інструмент, машина для здійснення справедливості; 4) держава — це дійсність моральної ідеї, живий організм, що розвивається; 5) держава — знаряддя пануючого класу для придушення класових противників; 6) держава — це певна колективність, асоціація, яка створюється публічно-владними відносинами та інститутами¹. При цьому різні підходи до розуміння держави не стільки зводяться до формулювання різних визначень поняття про неї, скільки стосуються власне інтерпретації субстанціональної основи держави.

У правовій науці радянського періоду домінуючою парадигмою онтологічної характеристики держави, як і інших соціальних явищ, було вчення історико-матеріалістичної філософії про «базис» та «надбудову» як дві складові частини соціально-економічної формації², зокрема концепція поділу суспільних відносин на так звані матеріальні та ідеологічні. Держава інтерпретувалася як особливий апарат, орган для проведення класової політики. Однак далі цього рівня пізнання онтологічна характеристика держави не просувалася, що зумовлювалося методологічними обмеженнями, які накладала філософія історичного матеріалізму та офіційна державно-правова доктрина як елемент комуністичної ідеології.

Сучасна вітчизняна правова наука успадкувала *соціологічне* визначення держави як певної організації влади у суспільстві (з виділенням її ознак, функцій, форм). Саме такий підхід до розуміння держави відображено в останніх підручниках з теорії держави і права; саме так держава здебільшого і сприймається суспільством. Дозволимо зауважити, що і визначення правової держави «наклалося» на вказане загальне визначення поняття держави таким чином, що правова держава — це в принципі та ж організація публічної влади, але вже підпорядкована праву вищому — праву як загальносоціальному явищу та певним принципам побудови механізму держави і організації його діяльності

¹ Див.: Венгеров А. Б. Теория государства и права. — М., 1998. — С. 94–95.

² Див.: Байтин М. И. Государство и политическая власть. — Саратов, 1972. — С. 9.

(поділ влади, конституційне судочинство, ефективний інституціональний механізм захисту прав людини тощо).

Отже, онтологічна характеристика держави залишилася на тому ж — соціологічному — рівні. А цей рівень пізнання сутності держави — через її механізм, насамперед таку його ланку, як державний апарат, — дуже близький до емпіричного і досить легко сприймається та засвоюється всім суспільством. При цьому в повсякденному житті сприймається наявна (внаслідок практичної значущості), а не бажана (внаслідок абстрактності та відсторонення від реального життя кожного окремого громадянина) модель цього апарату. Оскільки переважна більшість громадян України не задоволена ні тим, як організовано державний апарат, ні тим, як він функціонує (гальмуються адміністративна та судова реформи, не ведеться належної боротьби з корупцією та бюрократизмом), така його оцінка нерідко переноситься, ясна річ, на всю державу. З огляду на те, що населення держави є неоднорідним (а йдеться про оцінку не просто держави, а національної Української держави), виникають певні передумови для поширення небезпечної антидержавної ідеології. І дійсно, важко переконати пересічного громадянина — пенсіонера, лікаря, вчителя, шахтаря (особливо у регіонах, де традиції української державності витравлювалися з свідомості народу впродовж століть) — у тому, що чиновник, з яким він стикається у повсякденному житті, якраз і є проявом омріяної і вибореної багатьма поколіннями Української держави.

З іншого боку, постання сучасної держави Україна засвідчило історичне прагнення українського народу до державотворення, розуміння ним значення національної держави для розвитку її громадян усіх національностей, усвідомлення *цінності* національної держави як константи його буття.

Одним із способів розв'язання зазначеного світоглядного протиріччя є віднайдення іншого, глибинного смислу держави, який хоча й усвідомлюється суспільством інтуїтивно, однак не набув достатнього поширення у царині вітчизняного правознавства.

Сутність такого підходу полягає в тому, що держава — це не просто організація публічної влади, яка виникла на певному відтинку історії, не просто один з елементів політичної системи поряд з політичними партіями, громадськими організаціями тощо. Історія цивілізації та сучасна дійсність свідчать, що, наприклад, політичні партії можуть існувати або не існувати, а ось

держава залишається константою суспільства, видозмінюючись протягом усієї історії цивілізації (з часу розкладу племінно-родової організації суспільства й аж до наших днів). Чим всеосяжнішим, масштабнішим є певне суспільне явище, чим довше воно зберігається за мінливих конкретно-історичних умов, тим більша ймовірність його закономірного, глибинного зв'язку із життям суспільства.

Отже, методологічний підхід до держави як організації публічної влади у суспільстві (а нерідко йдеться ще й про організацію влади «певної частини» суспільства), на наш погляд, у певному сенсі себе вичерпав. Те, що реальна держава не виражає інтереси всіх громадян однаковою мірою, є очевидним для більшості членів суспільства. Але, постулюючи таке твердження, було б наївно розраховувати на позитивне, а не на нігілістичне ставлення всіх громадян до своєї держави. Така концепція в принципі інтерпретує державу не як цінність, а як «антицінність», і тому вона навряд чи здатна бути основою позитивного теоретичного ідеалу державотворення.

Гегелівська філософія права як основа онтологічної характеристики держави. За умов оновлення методології правової науки, визначеного наперед радикальними змінами у державно-правових явищах та необхідністю приведення правової науки у відповідність до нових соціальних реалій, на перший план вийшла вимога плюралізації методології правових досліджень. Адже, якщо не відмовитися від навіяних догматичним марксизмом підходів до держави, вітчизняна правова наука не зможе вийти за межі тих штампів і формул, що стоять на заваді вирішенню нею актуальних саме для українського суспільства світоглядних і пізнавальних завдань.

У рамках методологічно-оновлюваної тенденції вітчизняного правознавства вважаємо доречним застосування гегелівської філософської парадигми як методологічної основи для онтологічної характеристики держави і дослідження низки аспектів її соціальної сутності. Насамперед спробуємо проаналізувати розроблену Гегелем у «Філософії права» (1820) логічну систему, котра розкриває процес конкретизації «вільної волі» абстрактної людини, завершенням якого виступає держава як дійсність моральної ідеї. Як відомо, Гегель виділяв три основні стадії наповнення волі необхідним змістом, її конкретизації. Першою такою стадією є *«абстрактне право»* (волю не визначено нічим),

другою — мораль (воля формує свій зміст за певними критеріями, проте суб'єктивними), третьою — моральність (відбувається перехід від одиничних воль та інтересів окремих індивідів спочатку до сім'ї (яку, однак, Гегель також розглядає як особу), а потім до особливих сфер інтересів людей — до корпорацій, громадянського суспільства і, нарешті, до всезагальної сфери — держави. У цьому процесі основним завданням «волі» є здобуття *свободи*, що означає віднайдення нею власного необхідного змісту, який, проте, не може бути виведений із самої «волі», а розкривається в міру ускладнення суспільних форм існування індивіда.

Уявлення Гегеля про діалектику індивідуального та колективного у пізнанні та соціальній практиці знаходять своє певне підтвердження й у сучасній філософській науці, яка розглядає поряд з індивідуальними (людина) також колективних суб'єктів пізнання, «найзагальнішим» серед яких є все суспільство як цілісний носій практично-пізнавальної діяльності. Адже, якщо відійти від складного термінологічного і поняттєвого апарату надто абстрактної філософської теорії, яка, проте (як і будь-яка інша теорія), має своєю основою реальне життя, тоді всю гегелівську схему конкретизації абстрактної «волі» можна розглядати як *логіку соціалізації людини у суспільстві* (індивід — особистість — сім'я — мікросоціум (корпорації) — макросоціум (громадянське суспільство — народ — держава). І якщо розглядати «дух» не як абстрактне, трансцедентне, «потойбічне» начало, а як реальне суспільство, як суб'єкта практично-пізнавальної діяльності, тоді й гегелівська логіка формування і розвитку соціальних явищ виявляється напрочуд простою і зрозумілою.

Суспільство як колективний суб'єкт «діяльності та пізнання» усвідомлює певну частину своїх внутрішніх істотних, основоположних взаємозв'язків, відносин, що визначають його буття, осягає їх сталий, загальний характер, формулює їх як закономірності та виражає в об'єктивованих формах. Зважаючи на зрозуміле практичне значення, відображення найбільш важливих соціальних відносин втілюється на певній стадії суспільного розвитку в такій специфічній формі, яка дає можливість свідомого, цілеспрямованого використання суспільством знань про них. Такою формою, за Гегелем, якраз і повинна бути держава.

Отже, сама держава є формою і результатом застосування суспільством (як колективним суб'єктом) знання про свою внутрішню єдність як цілісного організму (*держава як очевидна*,

*сама собі ясна, субстанціальна воля, яка мислить і знає себе і виконує те, що вона знає і оскільки вона знає*¹).

У зв'язку з цим показово, як Гегель описує громадянське суспільство: «Громадянське суспільство, об'єднання членів як *самостійних, одиначних у формальній, таким чином, спільноті*»². Для позначення цієї «формальної спільноти» Гегель вживає термін «зовнішня держава».

Тобто, якщо громадянське суспільство — це об'єднання суперечливих інтересів окремих індивідів з метою задоволення своїх потреб, то держава — це внутрішня сутність, внутрішня єдність даного об'єднання (за аналогією з гегелівським терміном — «*внутрішнє громадянське суспільство*»).

Багаторівневий характер сутності держави. У сутності держави, на нашу думку, можуть бути виділені такі рівні, на яких виявляються ціннісні властивості держави: 1) сутність держави першого порядку — механізм держави, який за допомогою специфічних засобів забезпечує реалізацію певних соціальних потреб; 2) сутність держави другого порядку — організація політичної влади певної частини суспільства, яка виконує загальносоціальні та спеціально-соціальні завдання; 3) сутність держави третього порядку — політична організація суспільства, в якій відбувається самоусвідомлення державно-організованим суспільством самого себе як цілого, виявляються та відображаються у соціальній свідомості найбільш загальні, найбільш істотні відносини.

Отже, держава — це насамперед не механізм, не апарат, не «організація публічної влади», а внутрішня, стала сутність суспільства доби цивілізації, єдність буття суспільства та його самосвідомості, у межах якої розвиваються всі інші форми суспільної організації (політичні партії, громадські об'єднання тощо). І чим далі від найглибшої сутності — сутності держави третього порядку — знаходиться фіксований свідомістю прояв держави, тим більша ймовірність того, що він є не необхідним, а у певному сенсі випадковим. У такому контексті держава світоглядно не може розглядатися ані як щось випадкове, ані як «антицінність», оскільки у протилежному випадку це означало б заперечення суспільством власної самоцінності, було б його самозапереченням, оскільки входило б у протиріччя із самою природою життя, якому властиве передусім прагнення до самоствердження у світі.

¹ Гегель Г. В. Ф. *Філософія права*: Пер. с нем. — М., 1990. — С. 279.

² Там само. — С. 208.

Людиномірний підхід до держави: правова держава — захисник прав людини чи результат їх здійснення? ХХ століття дало приклади етатизації суспільного життя як у відносно м'яких (Італія, Іспанія, Аргентина), так й у жорстких (Німеччина) чи наджорстких (СРСР, Монголія, Китай, Північна Корея, В'єтнам) формах.

У демократичних же державах розширення ролі держави відбувалося у зовсім іншій площині — шляхом реального гарантування дедалі більшого за якісним і кількісним наповненням переліку прав особи як умови економічного зростання та соціального прогресу суспільства.

Вітчизняне правознавство при з'ясуванні взаємовідносин між людиною та державою не може ігнорувати дві суперечливі тенденції: з одного боку, традиційна для абсолютної більшості інтерпретацій марксистської політичної доктрини оцінка соціалістичної держави як виразника, в кінцевому рахунку, загальних інтересів призвела до стійкого домінування уявлень про державу як про найвищу цінність, якою опосередковуються всі інші соціальні цінності, — як, так би мовити, «надцінність». Зазначену тенденцію було посилено і процесами державотворення, які супроводжуються, так чи інакше, абсолютизацією цінності конкретно-історичних національних держав. З іншого ж боку, не в останню чергу під впливом зовнішніх чинників, відбувається дедалі ширше запровадження у суспільну практику таких норм та інститутів, які покликані забезпечити захист від сваволі держави прав і свобод людини.

Розв'язання цієї суперечності можливе лише в рамках нових парадигм, здатних забезпечити єдиний теоретичний базис для наукового пояснення зазначених тенденцій.

Вихідною посилкою переважної більшості концепцій прав людини є абстрактний індивід, даний як факт. Однак зазначений ступінь абстрагування від конкретних соціальних рис, властивостей та умов існування індивіда є, на нашу думку, необґрунтованим, оскільки «абстрактним» такий індивід постає лише з огляду на загальні риси певного суспільства.

Водночас, як було встановлено вище, держава є невід'ємним, даним емпірично елементом буття індивіда у державно організованому суспільстві. Як зазначав Гегель, «я є те, що є держава ... держава є моє буття»¹. Змоделювати людину у добу цивілізації поза

¹ Гегель Г. В. Ф. Вказ. праця. — С. 463.

державою, навіть в уявному експерименті, неможливо: це вже буде не та людина. Тому, перефразувавши Гегеля, можна стверджувати, що наша держава «живе» в усіх нас, а ми живемо у нашій державі.

Цікаво, що проблема взаємодії індивіда і суспільства у контексті здійснення прав людини постала у зв'язку із дослідженнями суто «правової» проблематики, а саме — прав народів. Цій проблемі присвячено, наприклад, спеціальну монографію П. Мартиненка. Досліджуючи сутність прав народу, цей учений робить висновок, що «кожний народ являє собою особливе суспільство. Як таке він складається із сукупності внутрішніх відносин і зв'язків, в яких індивіди (групи індивідів, їх організації та установи) перебувають один щодо іншого, а також зв'язаний «зовнішніми» відносинами і зв'язками з іншими народами. При цьому задоволення потреб (а отже, і здійснення прав) окремого індивіда невіддільне від реалізації прав народу, до якого він належить, оскільки «немає людини самої по собі, кожна з них є часткою якогось народу»¹.

Таким чином, гегелівська логічна схема розвитку свободи, передбачаючи, зокрема, такий проміжний етап, як *народ* («Зробити свободу предметною — означає дати собі зовнішній образ в часі і просторі, це і також подальший розвиток є те, що формує потім різні держави, народи. Кожний народ — тим самим особливий ступінь свідомості духу. Дух є історія, і кожен народ втілює в собі особливий ступінь, якого досягла його свідомість»²), розкриває діалектику взаємодії народу та індивіда у процесі предметного втілення притаманної людині свободи.

Національний характер гегелівського вчення про державу дає можливість органічно пов'язати між собою процеси державотворення та утвердження прав людини в Україні.

Процеси утвердження національної держави і здійснення прав людини в Україні є не різно-, а односпрямованими, про що свідчить уся історія української політико-правової думки та державно-правового розвитку.

Право на національну державу як форму самовизначення народу є органічним правом як народу, так і окремої особи, що до нього належить.

¹ Мартиненко П. Ф. Права народов в современном международном праве. — К., 1993. — С. 130.

² Гегель Г. В. Ф. Вказ. праця. — С. 482–483.

А. Заєць характеризує правову державу як публічно-правовий союз, основою якого є право¹.

Однією із суспільних відносин, які формують якісну визначеність особистості, є, безумовно, взаємозв'язок між людиною і державою. Його специфіка полягає у тому, що він, окрім усього іншого, опосередковує безліч зв'язків даної особи з іншими людьми, у процесі яких (зв'язків) задовольняються її потреби; він перетворює їх на один абстрактний зв'язок із державою як цілісним виразником суб'єктності суспільства. Тому можна резюмувати таке: *державою як суспільне явище є нічим іншим, як вищою формою здійснення прав людей, що утворюють державно-організоване суспільство, в якій найбільш повно розкриваються єдність суспільства і соціальна природа людини.*

При цьому *державою як єдністю буття і повного розкриття її сутності як явища буде державою правовою* не стільки тому, що вона захищатиме права людини, скільки тому, що вона становитиме опредмечений результат діяльності людей, які здійснюють свої права, розкриваючи людську сутність у багатогранних суспільних зв'язках (найбільш універсальний з цих зв'язків якраз і втілюється у державі).

І дійсно, перетворити державу на правову можуть лише її громадяни — кожен своєю власною участю. Принаймні можна стверджувати, що сама вона правовою ніколи не «зробиться».

Цінність держави: абсолютне і відносне. Оціночне ставлення до держави визначається тим рівнем проникнення у сутність держави, на якому воно формується. Цінність держави як форми соціальної самоорганізації (сутність третього порядку) є *абсолютною*, оскільки держава, як зазначалося вище, є виразником самосвідомості і суб'єктності всього суспільства, тобто його *самоцінності*; з часу розпаду племінно-родової організації держава виступає єдиною ефективною універсальною формою територіальної самоорганізації суспільства на будь-якому етапі його розвитку, без якої суспільство не змогло б далі ні існувати, ні розвиватися, не втративши при цьому здобутий рівень прогресу (мабуть, саме з цим рівнем сутності держави пов'язано її абсолютизацію Гегелем). Натомість цінність конкретно-історичної держави як організації політичної влади у суспільстві та цінність

¹ Див.: Заєць А. П. Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. — К., 1999. — С. 68.

механізму держави як її зовнішньої, емпірично сприйнятої форми (сутність першого та другого порядків) є відносною, оскільки жодна держава ніколи не зможе однаково і повно задовольнити потреби всіх індивідів, що складають дане державно-організоване суспільство (як, зрештою, й усі потреби суспільства як цілого). Та якраз під впливом вимог щодо задоволення потреби у якісно іншій, «кращій» державі вона безперервно розвивається, змінюючи свої форми та вдосконалюючись. Отже, у кожній конкретній державі поєднуються її абсолютна та відносна цінності.

Цінність держави як національної (насамперед для утворюючої її нації) пов'язана з сутністю держави третього порядку, оскільки завдяки національній державі відбуваються самоорганізація (конституювання) та утвердження нації як суб'єкта історичного процесу, а тому для даної нації цінність такої держави є абсолютною. При цьому співвідношення абсолютної та відносної цінності держави розкривається через застосування категорій сутності та явища (відносна цінність є проявом абсолютної цінності держави за конкретно-історичних умов так само, як абсолютна цінність держави є основою її відносної цінності).

Запропонований тут підхід до розмежування абсолютної та відносної цінності держави видається підставним як для індивідуальних, так і для колективних суб'єктів оціночної діяльності. Адже, як стверджувалося вище, окрема людина має державу частиною свого буття; тобто держава є, у певному сенсі, невід'ємним атрибутом самотності кожної людини у державно організованому суспільстві. А жодна нормальна людина не буде ставитися до самої себе нігілістично, свідченням чого є, зокрема, постійне та безперервне відтворення держави людьми у процесі своєї життєдіяльності.

ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІЙНОГО І МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

В. Тацій, академік НАН України,
Ю. Тодика, академік АПрН України

Питання меж тлумачення Конституційним Судом Конституції та законів України

Минуло п'ять років з початку функціонування Конституційного Суду України як нової і досить важливої інституції, від діяльності якої залежать забезпечення конституційної законності в державі, прав і свобод людини і громадянина, збалансоване функціонування органів державної влади, реалізація конституційних приписів. За цей невеликий строк своєї роботи Конституційний Суд проявив себе як потужна структура в державному механізмі, яка істотно впливає на становлення в Україні правової державності і дієздатного громадянського суспільства, формування сучасного конституціоналізму на демократичних засадах, конституційної доктрини, забезпечення прав людини і громадянина. У нинішньому складі Конституційного Суду оптимально поєднався досвід науковців, оскільки значна частина суддів є видатними вченими в різних галузях юридичної науки, і практиків, які пройшли великий шлях на всіх рівнях судової системи, включаючи Верховний Суд. Це дає можливість органу конституційної юрисдикції України приймати виважені рішення, істотно впливати на конституційну практику, процес державотворення. Рішення Конституційного Суду — важливий чинник розвитку науки конституційного права, становлення сучасної правової доктрини. Правові позиції Конституційного Суду аналізуються науковцями, практиками, що позитивно впливає на правозастосування. Важливо, що в своїй діяльності Конституційний Суд ураховує позитивний досвід функціонування органів конституційної юрисдикції Росії, інших країн СНД,

що є досить слухним, оскільки в правових системах пострадянських країн і менталітеті народів є багато спільного. Безумовно, враховується й багатий досвід країн розвинутої демократії, в тому числі ФРН.

Непросто відбувся процес формування органу конституційної юстиції. І не всі політичні сили підтримували створення Конституційного Суду. І сьогодні є проблеми в його організації та функціонуванні, правовому забезпеченні його роботи. Але не це є головним. Основоположним є те, що орган конституційної юрисдикції відбувся як реальність і все вагоміше впливає на весь спектр політико-правових процесів в Україні, посідає чільне місце в державному механізмі, разом з іншими органами забезпечує формування правової державності.

Одним з основоположних напрямків діяльності Конституційного Суду є офіційне тлумачення Конституції та законів України. Конституція чітко встановила, що тільки Конституційний Суд має право офіційного тлумачення цих актів. Конституція — особливий нормативно-правовий акт держави і суспільства. Це покладає особливу відповідальність на Конституційний Суд при тлумаченні її норм. Безумовно, тлумачити Конституцію значно важче, ніж звичайний закон, враховуючи статус і значущість Конституції для всієї правової системи. Слід урахувати й те, що конституційні норми, як правило, — це норми узагальнюючі, не деталізовані в конституційному тексті, а розкриваються в поточному законодавстві. Тому до суддів Конституційного Суду в процесі їх правотлумачувальної діяльності ставляться великі вимоги. Крім того, рішення Конституційного Суду обов'язкове до виконання і оскарженню не підлягає. Тому така високоінтелектуальна діяльність судів заслуговує на глибокий аналіз науковцями. Тематика щодо правотлумачувальної діяльності, насамперед тлумачення Конституції та законів, одержує розвиток. Це передусім публікації суддів Конституційного Суду. Але у правотлумачувальній практиці Конституційного Суду виникає чимало нових проблем, які повинні вирішувати фахівці різних галузей права. Тому аналіз інтерпретаційної діяльності органу конституційної юрисдикції України слід продовжити.

Однією з таких актуальних проблем є межі тлумачення Конституційним Судом Конституції та законів. Вона безпосередньо пов'язана з питаннями про те, хто має право тлумачити Конституцію і закони, яка юридична сила рішень Конституційного Суду,

чи може він переглянути свою правову позицію, чи може він сам себе «самообмежити» тощо. Всі ці складні питання мають не тільки суто теоретичне, а й практичне значення, оскільки вони пов'язані і з можливістю втручання Конституційного Суду в межі компетенції інших владних структур.

Однією з актуальних теоретичних і практичних проблем юриспруденції є проблема обмежень, об'єктивно необхідних для життєдіяльності соціуму. Йдеться про межі втручання держави в функціонування структур громадянського суспільства, про систему стримувань і противаг між гілками державної влади, про обмеження прав людини і громадянина в окремих, чітко визначених Конституцією і законами випадках (надзвичайний і воєнний стан тощо). Діяльність органів повинна відбуватися у відповідних межах, насамперед на основі принципу поділу влади, закріпленого в ст. 6 Конституції України.

В умовах демократичної правової державності важливо забезпечити баланс гілок влади. А це виходить на проблему обмежень, тобто дії кожної державної інституції мають реалізовуватися у межах Конституції та законів. Це повною мірою стосується і органу конституційної юрисдикції, діяльність якого безпосередньо спрямовано на забезпечення конституційної законності. При цьому слід враховувати й те, що Конституційний Суд у державній структурі посідає особливе місце і відіграє істотну роль у забезпеченні механізму стримувань і противаг. Сам принцип формування Конституційного Суду шляхом представництва від різних гілок державної влади також впливає як на специфіку його правового статусу, так і на значущість його рішень щодо тлумачення Конституції та законів України.

Тлумачення Конституційним Судом Конституції та законів України повинно відбуватися у відповідних межах, що, насамперед, визначаються ст. 19 Конституції, яка встановлює, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, передбачені Конституцією та законами України. Конституційний Суд свою правотлумачувальну діяльність будує на основі Конституції та Закону «Про Конституційний Суд України». Орган конституційної юрисдикції не має права виходити за межі Конституції при інтерпретації конституційних положень, інакше він виступатиме не як інтерпретатор, а як законодавець. Конституційний Суд має право тільки

тлумачити норми Конституції та законів, а не виступати як «другий» законодавець. Він не може модифікувати конституційну норму при тлумаченні Конституції. Критерій тут один: конституційний суддя не може вносити нічого нового в норму, яка ним тлумачиться, інакше він перетвориться в законодавця. А це вже не функція органу конституційної юрисдикції. При офіційному тлумаченні Конституції та законів України Конституційним Судом важливо не допустити підміни законодавця — Верховної Ради.

В конституційному законодавстві закріплено деякі обмеження, що мають істотне значення для інтерпретаційної діяльності органу конституційної юрисдикції. Насамперед є функціональні межі тлумачення, оскільки Конституційний Суд приймає рішення в межах своїх конституційних функцій, тобто не замість законодавчих і виконавчих органів або судів загальної юрисдикції. Функціональними межами визначається і вимога до Конституційного Суду не виходити за межі призначення тлумачення, оскільки тлумачення не має нічого спільного з модифікацією, створенням нових норм під виглядом інтерпретації Конституції та законів України. Світова практика свідчить, що така можливість є. В юридичній літературі підкреслюється, що майже більшу частину фундаментальних змін в американській конституції було зроблено не стільки конгресом і легіслатурами штатів, скільки рішеннями Верховного Суду США¹.

Правові обмеження щодо інтерпретаційної діяльності Конституційного Суду полягають і в тому, що орган конституційної юрисдикції не має права сам за власною ініціативою ні перевіряти конституційність закону, ні давати тлумачення Конституції та законів. Це він може зробити тільки за запитом відповідних суб'єктів звернення, чітко перелічених у законодавстві. Це має істотне значення для забезпечення конституційної законності, об'єктивності рішень Конституційного Суду. Орган конституційної юрисдикції не наділений і правом законодавчої ініціативи, тобто він не може проявити активність як суб'єкт законотворчого процесу. Отже, в законодавстві встановлено чинники, які об'єктивно перешкоджають Конституційному Суду вийти за межі тлумачення і стати «позитивним» законодавцем. Але це не означає, що орган конституційної юрисдикції не може вийти за межі такого тлумачення.

¹ Див.: Черниловский З. М. От Маршалла до Уоррена. Очерки истории Верховного Суда США. — М., 1992. — С. 3.

На можливість підміни Конституційним Судом парламенту України і виходу органу конституційної юрисдикції за межі тлумачення можуть впливати такі чинники: а) відсутність достатнього досвіду правотлумачувальної діяльності у конституційних суддів; б) наявність у конституційному і поточному законодавстві значної кількості оціночних понять, недосконалість юридичної термінології; в) бажання «підправити» закон за допомогою тлумачення його норм.

За своїм функціональним призначенням зусилля Конституційного Суду України повинні бути спрямовані на те, щоб всі гілки державної влади діяли в межах Конституції та законів, своєї компетенції і не підміняли, не дублювали одна одну. Це один з вагомих напрямків забезпечення конституційної законності, і Конституційний Суд у цьому процесі посідає чільне місце, в тому числі завдяки правотлумачувальній діяльності. Якщо Конституційний Суд виконує функцію арбітражу у спорах про компетенцію між ними, то тим більше він не має права брати на себе повноваження законодавчого характеру, виконавчих і судових органів. І насамперед на базі того, що органи державної влади зобов'язані діяти на підставах, у межах повноважень та у спосіб, передбачені Конституцією та законами України. Отже, інтерпретаційна діяльність органу конституційної юрисдикції має відповідні обмеження, визначені законодавчо. Разом з цим він повинен вміти і «самообмежувати» себе, не брати на себе здійснення не властивих йому завдань і функцій. А це вже значною мірою визначається рівнем правової культури самих суддів Конституційного Суду, стилем функціонування органу конституційної юрисдикції, взаємовідносинами з законодавчою і виконавчою гілками влади, політико-правовою ситуацією, яка складається в країні на відповідному етапі її розвитку.

Тлумачення Конституційним Судом Конституції — досить тонка проблема, і тут особливо важливо не вийти за межі її тлумачення. Як же знайти цю межу? Відомий німецький конституціоналіст К. Хессе, аналізуючи інтерпретаційну діяльність органу конституційної юрисдикції Німеччини, писав: «Вона допускає відхилення від Конституції в результаті інтерпретації, але виключає можливість порушення Конституції, відхилення від тексту в окремих випадках і зміни Конституції. Там, де інтерпретатор виходить за межі Конституції, він більше не інтерпретує, а змінює і порушує Конституцію»¹.

¹ Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. — М., 1981. — С. 53.

Щодо цього Конституційний Суд не має свободи вибору, і відповідно межі його розсуду обумовлені його обов'язком дотримуватися Конституції, не допускати її порушення чи зміни, за винятком констатованого ним мовчазного «перетворення» Конституції, тобто її адаптації до реальної дійсності. «Причому в останньому випадку особливо велика вірогідність порушення Конституції, оскільки міра її еластичності не має чітких правових критеріїв, а в основі інтерпретації Конституції лежать не юридико-аналітичні методи, а позанормативні, в тому числі політичні, чинники»¹. У зв'язку з цим Т. Хабрієва обґрунтовано підкреслює, що «Конституційний Суд не може модифікувати конституційну норму ні при казуальному, ні при нормативному тлумаченні Конституції»². В. Лузін вважає, що «критерій якості роботи тлумачення один: суддя не повинен вносити нічого нового в роз'яснювальну норму»³. В окремі думці судді Конституційного Суду Російської Федерації М. Вітрука підкреслювалося, що «Конституційний Суд згідно із законом безпосередньо в своєму рішенні не може виходити з принципу доцільності, але мати на увазі наслідки своїх рішень може і повинен. Тому Конституційний Суд у своїй діяльності, мабуть, не виключає принципу самообмеження і не завжди повинен прагнути до випередження або підміни законодавця»⁴.

Відомий фахівець у галузі кримінального права А. Шляпочников підкреслював, що «при тлумаченні закону необхідно пам'ятати, що, будучи активною, творчою, інтелектуальною діяльністю, тлумачення ставить перед собою тільки обмежену мету — виявити волю законодавця, яка одержала формальне вираження в законі, а не розвиток чи виправлення цієї волі шляхом надання нового змісту»⁵. Це було сказано більше 40 років тому, а й сьогодні звучить досить актуально.

¹ *Эбзев Б. С.* Толкование Конституции Конституционным Судом Российской Федерации: теоретические и практические проблемы // Государство и право. — 1998. — № 5. — С. 10.

² *Хабриева Т. Я.* Процессуальные вопросы толкования Конституции в деятельности Конституционного Суда // Государство и право. — 1996. — № 10. — С. 21.

³ *Лузин В. В.* Методы толкования Конституции в деятельности Верховного Суда США // Государство и право. — 1997. — № 10. — С. 92.

⁴ *Вестник Конституционного Суда Российской Федерации.* — 1996. — № 1. — С. 23–24.

⁵ *Шляпочников А. С.* Толкование уголовного закона. — М., 1960. — С. 112–113.

Питання меж тлумачення Конституції та законів України Конституційним Судом безпосередньо пов'язане з оцінкою юридичної сили актів офіційного тлумачення. Проблема нормативності цих актів на сьогодні є однією із спірних і гострих з огляду на теоретичну оцінку конституційної юрисдикції. Ще за радянських часів деякі автори висловлювали думку, що норми, які містилися в інтерпретаційних актах, є невід'ємною частиною тих актів, які стали об'єктом інтерпретації. Тим самим допускалась можливість зміни правової норми шляхом її тлумачення, і таким чином тлумачення одержало б можливість виступати як безпосередня нормотворчість. Такої позиції дотримуються деякі вчені і на сучасному етапі, вважаючи, що рішення Конституційного Суду про тлумачення конституційних норм по суті стає частиною Конституції. На їх думку, Конституційний Суд є не тільки «негативним», а й «позитивним» законодавцем, акти якого за своєю юридичною силою не поступаються нормам Конституції. Так, Т. Хабрієва пише, що акти тлумачення Конституційного Суду є актами нормативної дії, мають вищу юридичну силу, рівень якої відповідає Конституції, і ці акти в умовах прогалин у законодавстві повинні стати засобом їх заповнення і відповідно можуть містити положення, які в майбутньому можуть стати нормою закону¹. Разом з цим, на її думку, загальний принцип залишається непорушним: «поділ влади не дозволяє Конституційному Суду підміняти законодавця. І якщо він здатний знаходити право, відзначати в межах чинної Конституції невідповідність закону праву тощо, то творити право, встановлювати конституційні норми він не уповноважений»².

Колишній голова Конституційного Суду Російської Федерації В. Туманов, виступаючи на науково-практичній конференції «Судовий конституційний контроль у Росії: проблеми і перспективи», присвяченій п'ятій річниці Конституційного Суду Росії, відмічав, що Конституційний Суд може багато, але далеко не все. Він не може вирішувати питання замість законодавця, хоч би сам законодавець і наполягав на цьому.

В літературі зазначалося, що сам процес офіційного тлумачення містить у собі «правотворчі елементи», а інтерпретаційні акти Конституційного Суду – це додаткові нормативно-правові

¹ Хабрієва Т. Я. Толкование Конституции Российской Федерации: теория и практика. – М., 1998. – С. 53–54.

² Там само. – С. 54.

акти, метою яких є уточнення, зміна або роз'яснення правових норм, які було прийнято раніше. З такою позицією важко погодитися, оскільки завдання органу конституційної юрисдикції — не модифікувати з допомогою своїх рішень норми Конституції та законів, а виявити їх реальний зміст, не «підправляти» конституційні приписи, а тільки тлумачити їх. Юридична сила інтерпретаційних актів не може прирівнюватися до сили нормативно-правових актів, які є предметом тлумачення. Більше того, юридична сила інтерпретаційного акта діє до тих пір, доки діє сам акт, норми якого стали предметом тлумачення. Якщо прийняли новий закон, змінили його норми, які були предметом тлумачення, то відповідно, втрачаються юридична сила і дія інтерпретаційного акта. Так, наприклад, парламент України може долати правову позицію Конституційного Суду щодо норм, які були предметом тлумачення.

Отже, можна зробити висновок, що будь-який інтерпретаційний акт, у тому числі і рішення Конституційного Суду, носить допоміжний характер. Відповідно юридичну силу інтерпретаційного акта не може бути прирівняно до юридичної сили нормативно-правових актів, які стали предметом тлумачення. Безумовно, рішення Конституційного Суду України з питань офіційного тлумачення Конституції та законів за своєю юридичною силою є «підконституційним» і «підзаконним».

Для сучасної конституційної практики істотне значення має положення про те, що рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України є остаточними і оскарженню не підлягають. Це унікальна правова ситуація, коли акти якогось органу, в даному разі органу конституційної юрисдикції, в національній правовій системі мають особливий статус. Таких можливостей немає ні в парламенту, ні в Президента України, акти яких можуть бути оскаржені до Конституційного Суду. Особливий статус рішень Конституційного Суду, в тому числі й з питань тлумачення, об'єктивно ставить проблему якості цих рішень, недопущення помилок, оскільки їх майже неможливо виправити в звичайному режимі, а потребується прийняття Верховною Радою в новій редакції закону або внесення змін до закону, Конституції. Це питання пов'язано з межами тлумачення, наслідками інтерпретаційної діяльності органу конституційної юрисдикції, з питаннями, як виправити помилку, якщо її припустився Конституційний Суд у процесі

тлумачення. Від помилок ніхто не застрахований. Це стосується й інтерпретаційної діяльності органів конституційної юрисдикції. Так, голова Федерального Конституційного Суду Німеччини Ютта Лімбах на конференції, присвяченій п'ятиріччю Конституційного Суду України, відмітила, що в останні роки Конституційний Суд Німеччини під впливом громадськості змінив свою правову позицію з п'яти рішень. Слід нагадати, що цей Суд має 50-річну історію функціонування, проте й він не застрахований від помилок.

Тлумачення Конституції та законів, яке дається Конституційним Судом України, обов'язкове до виконання і воно «зв'язує» представницькі, виконавчі і судові органи, органи місцевого самоврядування, інших суб'єктів правовідносин. Вважається, що з моменту оголошення рішення Конституційного Суду по справі про тлумачення правових норм або їх сукупності невизначеність у розумінні норм Конституції та законів, які стали предметом тлумачення, є подоланою. Офіційне тлумачення Конституційного Суду є обов'язковим на всій території України, для іноземних органів зовнішніх зв'язків України, вітчизняних юридичних і фізичних осіб, які перебувають за кордоном. Отже, кожний правозастосовник повинен керуватися тим розумінням положень Конституції та законів України, який міститься в рішенні Конституційного Суду.

А як бути тоді, коли рішення щодо тлумачення відповідних норм є помилковим? У ст. 68 Закону «Про Конституційний Суд України» встановлено, що Конституційний Суд може відкрити нове провадження у справі тільки при виявленні нових обставин по справі, які не були предметом його розгляду, але які існували на час розгляду і прийняття рішень або дачі висновку по справі. А якщо було прийнято помилкове рішення і всі обставини справи були відомі? Законодавство на таку ситуацію відповіді не має. Вважається, що орган конституційної юрисдикції не може приймати помилкові рішення, він не має права на помилку. Отже, виходить, що Конституційний Суд не може подолати свою ж правову позицію, якщо він навіть усвідомить, що рішення прийнято неправильне і воно дестабілізуюче діє на відповідний блок суспільних відносин. Але нерідко судді Конституційного Суду виказують окрему думку по справі, тобто далеко не всі рішення органу конституційної юрисдикції приймаються одноставно.

Крім того, розвиваються правова теорія, життя, з'являються нові чинники, які необхідно враховувати, якщо ми бажаємо,

щоб правова позиція органу конституційної юрисдикції не стала у правовій системі дестабілізуючим чинником. Помилкові рішення Конституційний Суд може приймати і внаслідок політичних обставин, політичної та іншої кон'юнктури тощо. Тому вважаємо за доцільне законодавчо закріпити право Конституційного Суду України на перегляд своєї раніше зазначеної правової позиції в акті тлумачення або ж знайти інші механізми вирішення цієї досить гострої і актуальної в науковому і практичному аспектах проблеми. Це якоюсь мірою буде негативно впливати на авторитет органу конституційної юрисдикції. Але ж його не вдасться, якщо неправильне тлумачення дестабілізує впливатиме на правозастосовну діяльність, в цілому на правову систему держави. Помилкову правову позицію органу конституційної юрисдикції може бути подолано парламентом відповідної держави шляхом зміни в законодавстві. Але це більш ускладнена процедура, особливо для держав, які перебувають на трансформаційному етапі свого розвитку, оскільки в їх парламентах не завжди можна досягти згоди.

Проблеми меж тлумачення органами конституційної юрисдикції Конституції та законів, помилок у рішеннях цих органів, чинники, які впливають на результативність правотлумачувальної діяльності, правова природа рішень конституційних судів — усе це проблеми, які повинні бути предметом подальших наукових досліджень, вирішення яких має безпосередній вихід на практичні проблеми функціонування конституційної юстиції. При цьому слід враховувати досвід інших країн, узагальнювати напрацювання вітчизняних фахівців.

Надійшла до редколегії 10.09.01

В. Колісник, доцент НЮА України

Правова природа Рамкової конвенції про захист національних меншин

Особливе місце в системі міжнародно-правових документів, присвячених правам національних меншин, посідає Рамкова конвенція про захист національних меншин, яку було підписа-

но 1 лютого 1995 р. у Страсбурзі. Верховною Радою України її було ратифіковано 9 грудня 1997 р.

У ст. 1 цієї конвенції підкреслюється, що «захист національних меншин та прав і свобод осіб, які належать до цих меншин, є невід'ємною частиною міжнародного захисту прав людини і як такий є одним із напрямків міжнародного співробітництва»¹. Отже, Рада Європи офіційно визнала права національних меншин одним із видів прав людини і фактично зобов'язала держав-членів здійснювати співробітництво з питань їх захисту. Разом з тим з огляду на специфіку, делікатність, певну вразливість та неоднозначність у ставленні до проблеми прав національних меншин різних країн текст Рамкової конвенції виписано досить обережно. До того ж і сама назва конвенції як Рамкової (такий підхід в документах Ради Європи зустрічається рідко) свідчить про те, що вона встановлює лише загальні засади, принципи, підходи, напрямки, в межах яких країни можуть діяти на власний розсуд. Тобто, Рамкова конвенція не містить чітких та однозначних імперативних вимог чи загальнообов'язкових приписів. Вона не зобов'язує країни діяти в конкретній ситуації так і не інакше. Ця конвенція надає державам можливість діяти на власний розсуд у межах встановлених демократичних рамок.

Права людини в міжнародному праві визнаються універсальними, тобто такими, які визнаються за будь-якою людиною незалежно від її етнічного походження чи національно-етнічної належності, мови, релігії, раси та інших чинників. Але водночас поряд з загальними, універсальними правами людини міжнародне право визнає специфічні права окремих категорій осіб або ж створює додаткові механізми для забезпечення прав останніх (жінок, дітей тощо). Врешті-решт міжнародна спільнота дійшла також і до розуміння необхідності визнання особливих, специфічних прав національних меншин. Як для досягнення правової рівності жінок і чоловіків виявилось недостатнім простого декларування принципу рівноправності громадян, так само недостатніми виявилися загальні принципи рівноправності та рівності перед законом і для забезпечення прав осіб, що належать до національних меншин. Адже, навіть маючи та реалізу-

¹ Рамкова конвенція про захист національних меншин // Права людини в Україні. Інформаційно-аналітичний бюлетень Українсько-американського бюро захисту прав людини. Вип. 21. Права меншин. – К., 1998. – С. 136.

ючи повною мірою всі права, які визнаються за людиною у державі, представник національної меншини все ж залишався в більш несприятливому чи навіть неповноцінному становищі, ніж представник більшості. Наприклад, представники національних меншин, отримуючи освіту на рівних засадах з представниками більшості, опинялися в досить незручному, невідгідному становищі, оскільки рівні засади для представників більшості означають отримання освіти рідною мовою, а для представників національних меншин рівні, однакові засади означають необхідність отримувати освіту мовою, яка для них не є рідною. Зрозуміло, що значна кількість осіб, які не мають можливості отримувати освіту чи інформацію рідною мовою, відчувають певні незручності, дискомфорт, обмеженість власних можливостей або навіть їх відсутність у разі незнання чи недостатнього знання мови більшості. Набагато частіше порушуються права осіб, які відносять себе до національних меншин, у сфері доступу до державної служби, сфери релігії, сфери правосуддя тощо. Звичайно, не кожна держава і далеко не завжди може забезпечити права національних меншин на користування рідною мовою у сфері освіти, на отримання інформації рідною мовою. Проте найголовніша проблема полягає в тому, щоб держава, по-перше, не створювала штучних обмежень на шляху задоволення національно-етнічних прав та інтересів особи; по-друге, здійснювала контроль за державними службовцями та посадовими особами з метою попередження дискримінації та випадків упередженого ставлення до представників національних меншин; по-третє, створювала атмосферу взаємної толерантності та поваги у міжнаціональних відносинах, недопущення ксенофобії, образ і приниження на національно-етнічному ґрунті.

У ч. 1 ст. 3 Рамкової конвенції закріплено право на вибір власної національної належності або право на самоідентифікацію: «Кожна особа, яка належить до національної меншини, має право вільно вирішувати, вважатися їй чи не вважатися такою, і таке рішення або здійснення прав у зв'язку з ним не повинно зашкоджувати такій особі». Конвенція не містить жодного об'єктивного чи суб'єктивного критерію, який особа має покласти в основу визначення власної національної належності, а отже, базується на демократичних і плюралістичних засадах. Закон України «Про національні меншини в Україні» також виходить з необхідності визнання за особою права самостійного та вільного

визначення своєї національності, проте, хоча Закон присвячено національним меншинам, таке право фактично визнається за всіма. У цьому переконує зіставлення ст. 11 Закону зі статтями 6, 9, 10, 13 та 15 цього ж Закону. В ст. 11 зазначається: «Громадяни України мають право вільно обирати та відновлювати національність», а далі це положення підсилюється положенням про те, що «примушення громадян у будь-якій формі до відмови від своєї національності не допускається». Однак демократичний потенціал ст. 11 істотно знижується своєрідним визначенням поняття національної меншини, що наводиться у ст. 3: «До національних меншин належать групи громадян України, які не є українцями за національністю, виявляють почуття національного самоусвідомлення та спільності між собою». Не зовсім вдала формула «не є українцями за національністю» містить у собі припущення про можливість існування якихось об'єктивних критеріїв визначення належності чи неналежності до етнічних українців. Це положення є досить небезпечним з огляду на нашу історію останніх десятиліть, протягом яких і чиновники, і пересічні громадяни звикли (точніше, їх до цього привчила існуюча система) визначати національність особи за національністю батьків. До того ж наведене визначення містить у собі певне протиставлення «українців за національністю» та тих, хто виявляє «почуття національного самоусвідомлення та спільності між собою». Не можна не погодитися з зауваженням М. Буроменського, який слушно зазначає: «У такому вигляді визначення національних меншин вступає у протиріччя з надто важливою за змістом ст. 11 про право вільно обирати свою національність. З цієї точки зору ліпше було б сформулювати визначення національних меншин як груп громадян України, що не зараховують себе за національністю до українців і виявляють почуття іншої національної самоідентифікації та спільності між собою. Інакше кажучи, у визначенні національних меншин має відігравати роль суб'єктивний, а не об'єктивний елемент національної ідентифікації»¹. Разом з тим, на нашу думку, у цьому контексті доцільно відмовитися від запропонованого автором словосполучення «не зараховують себе за національністю до українців»

¹ Буроменський М. В. Чи можна реалізувати Закон «Про національні меншини в Україні»? // Права людини в Україні. Інформаційно-аналітичний бюлетень Українсько-американського бюро захисту прав людини. Випуск 2. — Київ-Харків, 1993. — С. 4.

і замінити його на «не визнають себе етнічними українцями», а далі — відповідно до пропозиції М. Буроменського. Але виникає ще одне запитання: чи поширюється дія Закону «Про національні меншини в Україні» на осіб, які не є громадянами України? Аналіз статей 3 та 11 Закону дає всі підстави вважати, що йдеться лише про громадян України. Отже, особи, які на законних підставах перебувають в Україні, не мають прав національних меншин і не можуть у разі потреби посылатися в суді чи іншому державному органі на цей Закон для захисту своїх прав. Це істотно знижує загальний демократичний потенціал українського законодавства.

Рамкова конвенція закріпила специфічні права осіб, які належать до національних меншин, але зробила це досить своєрідно. Лише у ст. 3 Рамкової конвенції право кожного вільно вирішувати питання про належність чи неналежність до національної меншини визначається саме як право особи, індивіда. Всі інші права національних меншин визначаються опосередковано, а саме через зобов'язання держав-учасниць. За особами, які належать до національних меншин, саме таким чином визнаються: право на рівність перед законом і рівний захист з боку закону (ст. 4, п. 3 ст. 12); право на захист від дискримінації (п. 1 ст. 4, п. 2 ст. 6, п. 2 ст. 9); право на захист від асиміляції, тобто визнається право не лише вільно обирати власну національну належність, але також і зберегти її (п. 2 ст. 5); право підтримувати і розвивати свою культуру та інші суттєві елементи самоідентифікації, такі як релігія, мова, традиції та культурні надбання (п. 1 ст. 5); право на мирні збори (ст. 7); право на свободу об'єднань у групи (ст. 7, п. 2 ст. 17); право на свободу виявлення своїх поглядів і поширення інформації мовою меншини, свободу думки (ст. 7, п. 1 ст. 9); право на свободу совісті та релігії, сповідувати свою релігію або віру та створювати релігійні установи, організації та об'єднання (статті 7, 8); право вільно та безперешкодно користуватися своєю мовою у приватному та суспільному житті усно чи письмово (п. 1 ст. 10); право носити своє прізвище, ім'я та по батькові мовою меншини (п. 1 ст. 11); право оформляти вивіски, написи, знаки та іншу інформацію приватного характеру, доступні загальному оглядові (п. 2 ст. 11); право паралельного використання (дублювання) мовою меншин дорожовказів, покажчиків вулиць та інших топографічних написів (п. 3 ст. 11); право створювати власні освітні та навчальні заклади (п. 1 ст. 13); право вивчати мову своєї меншини (п. 1 ст. 14); право встанов-

лювати і підтримувати вільні контакти з іншими особами своєї національності за кордонами держави (п. 1 ст. 17).

У п. 10 Пояснювальної доповіді до Рамкової конвенції зазначається, що вона є «першим юридично обов'язковим багатостороннім документом, присвяченим питанню захисту національних меншин в цілому»¹. Проте подальший аналіз Рамкової конвенції та Пояснювальної доповіді до неї свідчить про те, що положення конвенції все ж таки не є імперативними, адже «її мета полягає у визначенні правових принципів, що їх держави зобов'язувались би поважати для забезпечення захисту національних меншин»². Про відсутність безпосередньої імперативності положень зазначеної конвенції свідчить також її назва, адже вона була прийнята саме у формі Рамкової угоди, до якої і світове, і європейське співтовариство зверталися дуже рідко³. Взагалі питання про захист національних меншин Рада Європи неодноразово розглядала впродовж понад п'ятдесяти років, починаючи з 1949 р. Спочатку йшлося про необхідність розробки додаткового протоколу до Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод. У 1973 р. комітет експертів, якому було доручено вивчення питання про доцільність розробки такого протоколу, дійшов висновку про те, що немає особливої потреби робити права меншин предметом додаткового протоколу до Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод. У травні 1992 р. Комітет міністрів Ради Європи доручив Головному комітетові з прав людини розглянути можливість розробки конкретних правових норм, що стосуються захисту національних меншин. Головний комітет з прав людини створив комітет експертів, який отримав нові повноваження і розробив проект додаткового протоколу до Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод. 8 вересня 1993 р. Головний комітет з прав людини надіслав Комітетові міністрів відповідну доповідь, в якій, крім проектів відповідних правових документів зазначалося, що розробити

¹ Пояснювальна доповідь до Рамкової конвенції про захист національних меншин // Права людини в Україні. Інформаційно-аналітичний бюлетень Українсько-американського бюро захисту прав людини. Вип. 21. Права меншин. — К., 1998. — С. 146.

² Там само. — С. 146.

³ Прикладом цього може слугувати Рамкова конвенція ООН про зміну клімату від 9 травня 1992 р.

узгоджене визначення поняття «національні меншини» так і не вдалося. У зв'язку з цим у Додатку II Віденської декларації 1993 р. Комітетові міністрів було доручено з метою забезпечення прав національних меншин розробити тепер уже Рамкову конвенцію, яка б встановила певні демократичні межі прав національних меншин загального характеру, тобто мінімальні європейські стандарти у сфері правового статусу осіб, що належать до національних меншин. Одночасно Комітетові міністрів було доручено продовжити роботу над підготовкою протоколу, який має доповнити Європейську конвенцію про захист прав людини та основних свобод.

До того ж у п. 11 Пояснювальної доповіді до Рамкової конвенції підкреслюється, що «ці положення не будуть застосовуватися безпосередньо, вони залишають заінтересованим державам певну можливість діяти на власний розсуд у виконанні завдань, які вони зобов'язалися вирішити, і дозволяють їм таким чином враховувати конкретні обставини»¹. З огляду на значні розбіжності у фактичному становищі національних меншин у різних країнах, особливу складність і делікатність проблеми забезпечення прав національних меншин. Рамкова конвенція написана досить обережно, з численними застереженнями, додатковими умовами та зауваженнями.

Згідно з п. 1 ст. 4 Рамкової конвенції «будь-яка дискримінація на підставі належності до національної меншини забороняється»². Це положення певним чином відображає продовження і розвиток приписів ст. 14 та частково ст. 3 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод. У 1973 р. у Східно-Афро-Азійській справі Велика Британія відмовилась дати дозвіл на постійне проживання власникам британських паспортів, яких було вислано з Уганди, Танзанії та Кенії. Як зазначає Донна Гом'єн, «мотивом відмови стали колір їхньої шкіри та раса. Комісія визнала, що такий інституціоналізований расизм становить порушення статті 3»³. Отже, у цьому разі Комісія з прав людини, яка в той час ще діяла, встановила порушення не ст. 14, а ст. 3, тобто кваліфікувала дії держави як поведінку, що принижує гідність.

¹ Пояснювальна доповідь до Рамкової конвенції про захист національних меншин. – С. 146.

² Рамкова конвенція про захист національних меншин. – С. 136.

³ Гом'єн Д. Короткий путівник Європейською конвенцією з прав людини. – Львів, 2000. – С. 21.

Відповідно до п. 2 ст. 4 Рамкової конвенції «сторони зобов'язуються вжити, у разі необхідності, належних заходів з метою досягнення у всіх сферах економічного, соціального, політичного та культурного життя повної та справжньої рівності між особами, які належать до національної меншини, та особами, які належать до більшості населення. У цьому зв'язку вони належним чином враховують конкретне становище осіб, які належать до національних меншин». Безперечно, йдеться про так звану «позитивну дискримінацію», яка запроваджується з метою досягнення реальної рівності між людьми та покликана створити для окремих соціальних груп (передусім національних меншин) певні пільгові умови. І. Богдановська висловила думку про те, що «практичне втілення ідей «позитивної дискримінації» знайшло своє відображення у встановленні різного роду квот для представників різноманітних етнічних груп. Хоча при «позитивній дискримінації» праву приділялася важлива роль, проте тут воно підійшло до межі своїх можливостей. Адже право являє собою рівну міру, масштаб, що застосовується до нерівних у соціальному становищі людей. Реальна нерівність, по суті, є умовою існування права. Прагнення правовими засобами ліквідувати соціальну нерівність показало обмеженість правових можливостей. Труднощі реалізації програм, заснованих на ідеї «позитивної дискримінації», показують, що подібних цілей можна досягти не стільки правовими, скільки більш широкими соціальними засобами»¹. Використання у наведеному приписі формулювань «у разі необхідності», «належних (у іншому варіанті перекладу — адекватних) заходів» дозволяє легко обходити ці приписи та зводити їх положення нанівець без будь-якої загрози небажаних наслідків чи тим більше якихось санкцій з боку європейської спільноти щодо тієї з держав-учасниць, яка, на думку експертів, недобросовісно виконує зазначені зобов'язання.

Або звернімося до такого важливого права, як право користуватися своєю (рідною) мовою. Відповідно до п. 1 ст. 10 Рамкової конвенції «сторони зобов'язуються визнавати за кожною особою, яка належить до національної меншини, право на вільне і безперешкодне використання мови своєї меншини, приватно та публічно, в усній і письмовій формі»². У рішенні

¹ Богдановская И. Ю. Право и защита личности от дискриминации по национальной принадлежности // Права человека и межнациональные отношения. — М., 1994. — С. 26.

² Рамкова конвенція про захист національних меншин. — С. 138.

Конституційного Суду України від 14 грудня 1999 р. у справі про застосування української мови здійснено посилання на п. 1 ст. 5 Рамкової конвенції та повторюються конституційні положення щодо використання мов національних меншин поряд з державною. Але яким чином це право можна реалізувати, Конституційний Суд не пояснив.

У п. 2 ст. 10 Рамкової конвенції зазначається, що «у місцевостях, де традиційно проживають особи, які належать до національних меншин, або де вони складають значну частину населення, на прохання таких осіб і якщо таке прохання відповідає реальним потребам, Сторони намагаються забезпечити, по можливості, умови, які дозволяють використовувати мову відповідної меншини у спілкуванні цих осіб між собою та з адміністративними властями»¹. Однак це положення є недостатньо визначеним і чітким. Право використовувати мову меншини у спілкуванні з органами державної влади визначено наперед кількома умовами: 1) коли меншина становить «значну частину населення» (що це означає, не зрозуміло); 2) має бути прохання про це осіб, що належать до національної меншини (яким чином таке прохання має бути висловлено і за яких умов буде легітимним, не зрозуміло); 3) таке прохання має відповідати реальним потребам (хто і яким чином визначатиме таку відповідність, невідомо); 4) забезпечення права користуватися мовою меншини у спілкуванні з владою покладається на державу «по можливості», тобто, власне кажучи, на розсуд самих же чиновників, які поза всяким сумнівом не створюватимуть для себе додаткових проблем з вивченням мови національної меншини і завжди зможуть пояснювати свою бездіяльність відсутністю достатніх можливостей. Виникає ще одне запитання: а як бути на практиці, коли представники одночасно кількох національних меншин будуть складати «значну частину населення»? В такому разі на посадових осіб має покладатися обов'язок володіти одразу не двома чи трьома, а кількома мовами, що є нереальним.

Відповідно до п. 2 ст. 3 Рамкової конвенції «особи, які належать до національних меншин, можуть здійснювати права і свободи, що випливають з принципів, проголошених в цій Рамковій конвенції, одноосібно та разом з іншими»². Проте в Пояс-

¹ Рамкова конвенція про захист національних меншин. – С. 138.

² Там само. – С. 136.

нювальній доповіді до Рамкової конвенції не визнається існування так званих «колективних прав», тобто фактично нехтується передусім право на самовизначення, закріплене в ст. 1 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права. Така непослідовність не додає авторитету міжнародно-правовим нормам, породжує недовіру та байдужість до них.

Отже, аналіз наведених та інших положень Рамкової конвенції переконує в її обмежених можливостях. З одного боку, Рамкова конвенція набуває істотного значення, по-перше, завдяки самому факту комплексного закріплення прав національних меншин; по-друге, у зв'язку з висуванням певних вимог до держав та покладанням на них зобов'язань щодо створення належних умов для збереження самотності національних меншин. З другого боку, детальний аналіз приписів Рамкової конвенції розкриває її повну безпорадність і слабкість. Використовувати її при розгляді справи в суді чи іншому органі практично неможливо. Вважати її обов'язковою для законодавців, глав держав та урядів також недостатньо підстав. Тому її демократичний потенціал може бути реалізовано лише після розробки та підписання спеціального додаткового протоколу, присвяченого конкретним правам національних меншин, до Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод.

Надійшла до редколегії 20.09.01

О. Копиленко, академік АПрН України

До проблеми правового статусу Меджлісу і Курултаю кримськотатарського народу

Адаптація та інтеграція кримських татар в українське суспільство потребують розв'язання комплексу досить складних проблем, однією з яких є правовий статус Меджлісу і Курултаю Кримськотатарського народу. На офіційному рівні вперше про неї було сказано в постанові Кабінету Міністрів України від 11 серпня 1995 р. «Про заходи щодо розв'язання політико-правових, соціально-економічних та етнічних проблем в АР Крим», якою Мін'юсту та Міннацміграції доручалося створити робочу

групу щодо законодавчого визначення статусу Меджлісу кримськотатарського народу та його входження в політикоправове поле України». Однак минуло шість років (за цей час Міннацміграції зазнало кілька ліквідацій та реорганізацій), але справу так і не доведено до кінця.

Важливу роль у розблокуванні цієї проблеми відіграли укази Президента України від 18 травня 1999 р. «Про Ради представників кримськотатарського народу» та від 7 квітня 2000 р. «Про Положення про Ради представників кримськотатарського народу». Поява цих актів, якими Рада представників кримськотатарського народу набувала статусу консультативно-дорадчого органу при Президентові України, а її завданнями визначалися, зокрема, «аналіз і прогнозування політико-правових, соціально-економічних, культурних та інших питань, пов'язаних з поверненням, облаштуванням, адаптацією депортованого кримськотатарського народу та його інтеграцією в українське суспільство», «підготовка та внесення відповідних пропозицій Президентові України», відкрили можливості для розблокування цієї проблеми і пошуку шляхів її розв'язання.

Та наскільки взагалі можливо поставити останню крапку в цій справі?

Варто почати з такої деталі. За п. 2 Положення про Раду представників кримськотатарського народу, яку очолює голова Меджлісу М. Джемілев і до складу якої входять інші його члени, в своїй діяльності ця Рада користується «Конституцією України, законами України, актами Президента України, Кабінету Міністрів України та цим Положенням». І водночас М. Джемілев, розглядаючи проблему офіційного визнання Меджлісу, заявив: «Меджліс може бути розпущено або перетворено на якусь іншу структуру тільки рішенням Національного з'їзду — Курултаю кримськотатарського народу, а Курултай напевно чи у найближчій перспективі може прийняти таке рішення. Це можливо тільки в тому випадку, якщо буде повністю відновлено наші національні права, а в усіх структурах влади наш народ буде представлений тією мірою, яка виключатиме всяку можливість будь-кому зневажати ці права»¹.

Отже, виявляється, що будь-яка «реорганізація» Меджлісу залежатиме не від перспектив надання йому офіційного статусу, а

¹ Кримськотатарське питання. — 2000. — Ч. 4. — С. 18–19.

від реалізації стратегічних завдань кримськотатарського національного руху. А це у свою чергу означає, що без дослідження базових засад його національно-державної програми неможливо будувати будь-які моделі інтеграції Меджлісу і Курултаю в правове поле України (слід звернути увагу на певну неточність самого формулювання, але воно вже увійшло в офіційні документи).

Найперше варто згадати деякі документи ще початку 90-х років ХХ ст. Так, у зверненні Центральної Ради Організації кримськотатарського національного руху (лідер М. Джемілев) до Міжнародного Гельсінського Комітету з прав людини від 8 березня 1991 р. зазначалося: «В результаті Лютневої революції 1917 р. було утворено незалежну демократичну кримськотатарську республіку, незабаром її було розгромлено більшовиками, а її керівників розстріляно. У жовтні 1921 р. було утворено Кримську автономну Радянську Соціалістичну Республіку у складі РРФСР, як форму національної державності корінного народу Криму — кримських татар, державними мовами якої були кримськотатарська та російська». У цьому ж зверненні йшлося про те, що Меджліс, спираючись на волю народу, здійснюватиме свою діяльність в ім'я «відновлення державності кримськотатарського народу на всій території його Батьківщини — Криму і створення умов для його вільного розвитку на основі права кожного народу на самовизначення на своїй національній території»¹.

Того ж 8 березня 1991 р. Центральна Рада ОКНР оприлюднила й заяву з приводу відновлення Кримської АРСР, де зазначалося: «Верховна Рада України мусить зробити спеціальну заяву, де було б обумовлено, що прийняття Закону про відновлення Кримської АРСР розглядається як захід, спрямований на відновлення національної державності кримськотатарського народу, усіх його політичних і громадянських прав»².

Особливу увагу в цьому плані привертають документи Курултаю кримськотатарського народу, що відбувся 26–30 червня 1991 р. Він дістав назву «другого», що символізувало наступність кримськотатарської національної традиції. Про це прямо говорилося у зверненні Курултаю до кримськотатарського народу

¹ Крымскотатарское национальное движение: В 2 т. — М., 1992. — Т. 2. — С. 107.

² Там само. — С. 106.

від 29 червня 1991 р.: «Ситуація, що склалася, та необхідність захисту національних інтересів народу у цей виключно відповідальний і важливий для всіх нас час призвели до скликання Курултайю кримськотатарського народу. Подібний Курултай, обраний демократичним шляхом, не збирався понад 70 років»¹.

Основним здобутком Курултайю стала Декларація про національний суверенітет кримськотатарського народу від 28 червня 1991 р. (вона згадується в деяких джерелах, але практично невідома²). Починалася Декларація рядками, які визначали ставлення до державницького минулого кримськотатарського народу. Зокрема, зазначалося: «У 1917 році, скликавши свій Курултай, кримськотатарський народ заявив про відновлення своєї суверенної держави — Кримської республіки. Цю мужню спробу здійснити святу волю народу було зупинено військовою силою. Однак Радянський уряд, змушений рахуватися із впертою боротьбою нашого народу, а також прагнути виглядати союзником мусульман зарубіжного Сходу, знайшов вихід із ситуації, що склалася, у проголошенні Кримської АРСР».

Цією Декларацією Крим визнавався «національною територією кримськотатарського народу, на якій він має право на самовизначення так, як воно викладено у міжнародних правових актах, визначених світовим співтовариством. Політичне, економічне, духовне та культурне відродження кримськотатарського народу можливе лише в такій суверенній державі». Відповідно наголошувалося, що в ім'я цієї мети кримськотатарський народ буде використовувати всі засоби, передбачені міжнародним правом», але на основі взаємної поваги, визнання людських і громадянських прав та інтересів, а також «дотримання політичних, економічних, культурних та інших законних прав усіх людей незалежно від їх етнічної належності». При цьому Декларація використовувала базову формулу: кримські татари і «національні та етнічні групи, що мешкають у Криму».

Деякі позиції Декларації лунали досить категорично. Так, у п. 3 констатувалося, що «будь-яка протидія реалізації невід'ємного права кримськотатарського народу на самовизначення на своїй національній території суперечитиме положенням статуту

¹ Крымскотатарское национальное движение: В 2 т. — М., 1992. — Т. 2. — С. 117.

² Див.: Хрієнко П. Татари Криму: три проблеми парадигми репатріації // Кримськотатарське питання. — 2000. — Ч. 4. — С. 37.

ООН та інших загально визнаних міжнародних правових актів», а «Кримська АРСР, що відновлюватиметься не як національно-територіальне утворення, розглядається як спроба юридичного закріплення результатів депортації кримських татар у 1944 році і не визнається Курултаєм у такому вигляді».

Пункт 4 Декларації проголошував, що «земля і природні ресурси Криму, включаючи його оздоровчо-рекреаційний потенціал, є основою багатства кримськотатарського народу і не можуть використовуватися без волі і згоди кримськотатарського народу».

А п. 5 взагалі містив застереження такого змісту: «У випадку протидії державних органів або якихось сторін досягненню цілей, що проголошені Курултаєм і цією декларацією, Курултай доручає Меджлісу домагатися визнання за кримськотатарським народом статусу народу, що веде боротьбу за своє національне звільнення й діяти згідно з цим статусом». Крім того, Декларація проголошувала «утворення Меджлісу як вищого повноважного представницького органу кримськотатарського народу», якому доручалося діяти «відповідно до волі народу, що виражалося у документах Курултаю»¹. Принагідно слід згадати й положення про Меджліс від 29 червня 1991 р. (воно взагалі не аналізувалося фахівцями), за яким він вже не раз визнавався «у період між засіданнями Курултаю вищим єдиним повноважним представницьким органом кримськотатарського народу, що обирається Курултаєм з числа його делегатів».

Деякі розбіжності між означеннями Меджлісу в Положенні про нього та у Декларації про національний суверенітет кримськотатарського народу можна пояснити суперечностями серед самих кримськотатарських організацій, кожна з яких претендувала на лідерство, насамперед між Організацією кримськотатарського національного руху, керівник якого М. Джемілев і став головою Меджлісу, та Національним рухом кримських татар.

Звертає на себе увагу те, як у Положенні про Меджліс визначалися «нормативні» пріоритети, якими він мусив керуватися — законодавство Союзу РСР та норми міжнародного права, однак лише в тій частині, наскільки це не суперечитиме положенню про Меджліс. Зрозуміло, що посилення на союзне законодавство втратило актуальність, але проблема відповідності

¹ Крымскотатарское национальное движение. — Т. 2. — С. 109—111.

тих чи інших нормативних приписів Положенню про Меджліс не знімається з порядку денного, хоча про це й не говориться вголос, особливо, якщо оцінювати цю норму в контексті завдань Меджлісу, сформульованих у Положенні. Серед них знов-таки бачимо «відновлення національних і політичних прав кримськотатарського народу і реалізацію його права на вільне національно-державне самовизначення на своїй національній території». Йшлося й про «матеріальні» засади діяльності Меджлісу, оскільки передбачалося, що його завданням є «удосконалення структури народного господарства Криму з метою реалізації соціально-економічних програм, забезпечення соціального захисту кримськотатарського народу».

Фактично ці документи формулювали такий обсяг завдань, реалізація яких виходила за рамки внутрішнього самоуправління. До того ж передбачалося утворення вертикалі «представницько-виконавчих органів кримськотатарського народу на всіх рівнях» на чолі з Меджлісом, який у тому числі наділявся правом «вступати у відносини з органами державної влади на всіх рівнях, громадсько-політичними організаціями, а також із зарубіжними державами і міжнародними органами»¹.

Можна дійти висновку, що подібну систему «представницько-виконавчих органів» кримськотатарського народу слід розглядати як першу, але дуже важливу сходинку до їх подальшого «одержавлення». Тим більше, що аналогічні приклади вже були в нашій історії. Саме такий шлях пройшла Центральна Рада, яка утворилася в березні 1917 р. як орган насамперед українського національного представництва і вимагала від Тимчасового уряду визнання за нею права виступати від імені всієї тодішньої території України. 6–8 квітня 1918 р. відбувся Український національний з'їзд, який, за словами М. Грушевського, мав надати Центральній Раді «характер справжнього представництва організованого українського народу»². А це у свою чергу пов'язувалося з «організацією українських комітетів по волостях і містах, де їх ще нема, комітетів повітових так само, і об'єднання їх в густу організовану сіть, по-губернськи об'єднану губернськими українськими комітетами... Паралельно з цим об'єднанням

¹ Документи Курултая кримськотатарського народу. 1991–1998. – Симферополь, 1999. – С. 22–27.

² Грушевський М. Українська Центральна Рада та її Універсал // Хто такі українці і чого вони хочуть. – К., 1991. – С. 107.

і утворенням національних організацій повинен розвиватися процес утворення з їх ініціативи комітетів територіальних, зложених з представників не тільки українського громадянства, а й національних меншостей¹. Результатом цієї роботи, на думку М. Грушевського, стала б уже повноцінна крайова організація.

Інша річ, що дуже скоро Центральна Рада приступила, за словами знов-таки М. Грушевського, до «самочинного здійснення автономії». Через це не можна точно відповісти на запитання, чи вдалося б Центральній Раді, використовуючи систему національних комітетів, побудувати повноцінну державну організацію (взагалі її реальний вплив на місцях протягом усього існування був суто номінальним). Тим не менше, навіть якщо втриматися від чергового посилення на історичний досвід, цей збіг вартий того, щоб його враховувати.

Так само, як і тенденцію, що теж проявилася в ході Курултаю. Серед документів Курултаю виділяється кілька звернень — до кримськотатарського народу, всіх жителів Криму і Президента СРСР, Верховної Ради СРСР, Верховної Ради УРСР; до ООН, народів, парламентів і міжнародних організацій. Кожне з цих звернень мало свою специфіку з огляду на «аудиторію», на яку було розраховане.

Найбільш відвертим у цьому плані є звернення до кримськотатарського народу від 29 червня 1991 р., де, зокрема, зазначалося, що «Меджліс здійснюватиме свою діяльність в ім'я відновлення державності кримськотатарського народу на території його Батьківщини — Криму та створення умов для його вільного розвитку на основі права кожного народу на самовизначення на своїй національній території». Закінчувалося звернення високою емоційною нотою: «Дорогі співвітчизники! Ми не сумніваємося в тому, що разом доб'ємося відновлення усіх наших прав і відновлення національної державності. Ми готові пройти весь шлях до свободи народу, яким би важким і складним він не був. Ставлячись з повагою до прагнення інших народів до свободи і незалежності на своїх національних територіях, ми чекаємо на розуміння і підтримку нашої мети представниками всіх національних груп, що мешкають у Криму.. Нехай Крим — священна

¹ Грушевський М. Вільна Україна // Хто такі українці і чого вони хочуть. — С. 108–109.

земля наших предків, стане краєм благоденства, миру і злагоди для всіх людей, які тут живуть. Нехай буде на це й воля Аллаха, бо багатостраждальний народ Криму після довгої насильницької розлуки повертається на свої землі».

Найспокійнішим і цілком нейтральним було «Звернення до жителів Криму» від 30 червня 1991 р. У ньому взагалі не згадувалося про відновлення національної державності кримських татар. Йшлося лише про те, що Крим є їхньою Батьківщиною, і, повертаючись на неї, кримські татари «несуть з собою добро для всіх людей», що живуть на півострові. «Нехай взаємна повага і доброзичливість, — зазначалося у зверненні, — стануть традицією всіх жителів Криму, нехай Крим стане краєм миру й спокою на багато віків».

У зверненнях Курултаю до керівництва СРСР та УРСР, а також до міжнародного співтовариства лунала відома теза про право кримських татар на відновлення своєї національної державності, але вже без такого емоційного накалу¹.

До речі, лише друга сесія II Курултаю (27—31 липня 1993 р.) затвердила його Регламент, в якому зазначалося, що «Курултай — Національний з'їзд — виразник інтересів і волі, орган національної консолідації кримськотатарського народу». Слід звернути увагу на те, що Курултай можна назвати організацією «без кордонів», адже він «представлений своїми повноважними делегатами, обраними у всіх місцях проживання кримських татар на території колишнього СРСР»². Відповідно виникає комплекс проблем, пов'язаних із ймовірним «одержавленням» Меджлісу: як він може вписуватися в державну систему, якщо формується не тільки її громадянами (28 червня 1996 р. на першій сесії III Курултаю до цього документа було внесено зміни, проте вони не торкнулися зазначеного положення).

Наприкінці 1991 р. гасло відновлення національної державності дістало нового імпульсу у розробленому президією Меджлісу проекті «Конституції Кримської Республіки». 29 грудня Меджліс ухвалив в основному цей проект і доручив своїй президії «увійти в контакт з теперішньою вищою адміністрацією Криму для переговорів з метою можливого узгодження позицій та прийняття за основу єдиного проекту Конституції».

¹ Див.: Крымскотатарское национальное движение. — Т. 2. — С. 112, 113—115.

² Документи Курултая крымскотатарского народа. — С. 44.

Однак засади проекту не давали можливості знайти компромісний варіант. «Ми, народ Криму, — зазначалося в преамбулі проекту, — кримські татари, кримчани і країни, які складають корінне населення Республіки, і громадяни інших національностей, для яких через історичні обставини Крим став Батьківщиною». Відповідно знову наголошувалося на прагненні «відновити спаплюжене право кримськотатарського народу на державність на власній Батьківщині», а «Кримська Республіка» визначалася як «суверенна демократична правова держава, що об'єднала в ході історичного розвитку кримськотатарський народ, караїмів, кримчаків, які складають корінне населення Республіки, а також громадян інших національностей, які мешкають на її території...»

На відміну від офіційного проекту кримської Конституції, який спирався на базове поняття «народ Криму як сукупність людей всіх національностей», проект Меджлісу, навпаки, настійно розділяв «корінних» і «некорінних». Це проявилось, наприклад, у статті, яка розкривала зміст такого популярного на той час поняття, як «суверенітет народу»: «Корінний народ Криму — кримські татари, караїми і кримчаки, які мають в Криму право на самовизначення, та особи інших національностей, які мають громадянство кримської Республіки, є носієм суверенітету та єдиним джерелом державної влади на всій території Республіки».

Фактично реалізація кримського суверенітету повністю залежала від волевиявлення насамперед корінного населення. Так, за проектом найважливіші питання державного і громадського життя республіки повинні були виноситися на референдум, причому «рішення вважалося прийнятним, якщо за нього проголосувало більше половини громадян Республіки, які мали виборче право, в тому числі більше половини виборців, які представляли корінне населення».

«Громадяни кримськотатарської національності та інші особи, депортовані з Криму, а також їх нащадки», як вказувалося в проекті, наділялися пріоритетним правом на одержання земельних ділянок для будівництва житла, об'єктів соціальної інфраструктури, громадських, культурних і культових будівель, господарської діяльності.

Пріоритет кримських татар проявлявся і у тому, як врегульовувалася проблема громадянства Республіки. Так, передбачалося,

що «особи кримськотатарської, а також інших національностей, які представляють корінне населення Криму і постійно мешкають за межами України, можуть за їх ініціативою отримати громадянство Кримської Республіки, у встановленому порядку».

Подібна ж схема реалізовувалася у тих розділах проекту, що визначали засади державної влади в «Республіці Крим». Пропонувалося утворити двопалатний парламент у складі рівноправних Ради народних представників у складі 100 депутатів, які обиралися за «класичними» виборними процедурами, і Меджлісу у складі 50 депутатів, які й «делегувалися» Курултаєм. Сам Меджліс утворювався для того, щоб представляти «інтереси корінного населення Республіки, виражати волю й захищати його права і законні інтереси у Верховній Раді Кримської Республіки».

Щоправда, одразу ж виникало запитання, чому, наприклад, представників для захисту інтересів караїмів і кримчаків мусив направляти Курултай як національний орган одних лише кримських татар.

Своєрідний «баланс» між корінними і некорінними жителями Криму додержувався в принципах функціонування інституту президентства і виконавчої влади. «Передбачалася спеціальна посада віце-президента Республіки Крим», який обирався не шляхом загального виборчого права, а Курултаєм. Більш того, в тому разі, коли з якихось причин Президент не зможе виконувати свої обов'язки, «його повноваження переходять до Віце-Президента на підставі висновку Конституційного Суду і постанови Верховної Ради Республіки».

Нарешті, формування Кабінету Міністрів також передбачалося на таких же засадах, адже один з двох Віце-прем'єрів та одна третина від загальної кількості членів Уряду мали призначатися за даними Меджлісу.

Звичайно, за час, що минув від моменту розробки цього проекту, загальна ситуація відчутно трансформувалася, та чи змінилися базові засади, визначені в цьому документі, який теж залишається практично невідомим?

У зв'язку з цим слід звернути увагу на певну еволюцію ставлення Меджлісу до проблеми політичних прав кримських татар. Так, починаючи з 1993 р., радикальні й максималістські підходи до реалізації політичних прав кримських татар пов'язувалися з рекомендаціями Московського Центру етнополітичних і регіо-

нальних досліджень (керівник Е. Паїн). Автори цього документа, розробка якого завершилася у березні 1993 р. і який дістав назву «Шляхи самовизначення кримськотатарського народу», назвали тодішню ситуацію тупиковою і запропонували програму «корекції» пріоритетів кримськотатарського руху, головним пунктом якої стало «зміщення акценту з головної стратегічної мети — політичного самовизначення в повному обсязі... — на забезпечення реалізації окремих складових права на самовизначення (політичних, соціальних, культурних)», що, за їх висновками, могло б «сформуванати передумови для переходу до наступної сходинки реалізації права на самовизначення»¹.

Саме базуючись на цій програмі, керівництво кримськотатарського національного руху висунуло ідею визнання за кримськими татарами статусу «корінного народу». До чого призвела ця нібито успішна, якщо згадати Конституцію України, новація, відомо².

А головне — незмінною залишається основна мета, визначена Декларацією про національний суверенітет кримськотатарського народу, яка з огляду на сучасні реалії поділяється на певні послідовні етапи. Переконають у цьому документи кримськотатарського національного руху, прийняті після 1993 р.

Отож, перша сесія III Курултаю, що відбулася 26–29 червня 1996 р., затвердила «Основні напрями діяльності Меджлісу кримськотатарського народу на період до IV Курултаю», де знову йшлося про «природне право на самовизначення» та про те, щоб «добитися визначення статусу Криму в складі України як національно-територіального утворення» на основі реалізації цього права кримськотатарським народом³.

Тоді ж було прийнято в новій редакції Положення про Меджліс. Залишилося незмінним визначення Меджлісу як «єдиного вищого повноважного представницького органу кримськотатарського народу, що обирається Курултаєм з числа його делегатів». Згадка про законодавство Союзу РСР замінилася посиленням на законодавчі акти України, але все одно лише в тій частині, що не суперечить нормам цього Положення.

¹ Див., зокрема: *Єфімов С. О.* Про еволюцію підходів Меджлісу до питань політичних прав кримських татар // *Кримські татари і українське суспільство: проблеми політичної та соціальної інтеграції.* — К., 1998. — С. 39–41.

² Див.: *Копиленко О.* Деякі колізії українського законодавства // *Право України.* — 2000. — № 12.

³ Документи Курултая кримськотатарського народу. — С. 73.

Розширювалося коло завдань Меджлісу та не мінялася їх сутність. Як і раніше, зазначалося, що основною метою Меджлісу є реалізація права кримськотатарського народу «на національно-державне самовизначення на своїй національній території».

Відповідно до Основних завдань Меджлісу на період до IV Курултаю до нової редакції Положення про Меджліс теж було включено тезу про «статус Криму в складі України як національно-територіального утворення на основі реалізації кримськотатарським народом свого невід'ємного права на самовизначення»¹.

У 1998 р. ситуацію додатково ускладнив фактор Конституції АР Крим, прийняття якої викликало рішуче невдоволення кримськотатарських лідерів. Напередодні розгляду її Українським парламентом Центральна Рада ОКНР виступила з заявою, де зазначалося, що Конституція АР Крим «є логічним продовженням колоніальної політики України стосовно Криму та його корінного народу. Закони України «Про вибори до ВР АРК» і «Про Верховну Раду АРК», а також сама Конституція грубо порушують законні політичні права кримськотатарського народу, закріплюючи адміністративно-колоніальний статус «Кримської автономії». У зв'язку з цим керівництво ОКНР закликала своїх співвітчизників «діяти відповідно до «Декларації про національній суверенітет», ухваленої на II-му Курултаї кримськотатарського народу в 1991 році», підтверджуючи в такий спосіб той факт, що цей документ не втратив чинності незважаючи на всі тактичні варіанти.

У цьому переконує ще одне положення заяви, за яким «кримськотатарський народ, як усі нації та народності, має право на самовизначення, внаслідок чого самостійно встановлювати ступінь свого самоврядування, право на вільне визначення свого політичного статусу, економічного, соціального і культурного розвитку без втручання ззовні». Під зовнішнім втручанням розумілася «будь-яка держава, включаючи Україну», яка не має права «нав'язувати свою юрисдикцію кримськотатарському народові або здійснювати таку юрисдикцію над його територією»².

Проблему Конституції АР Крим розглядала 21 листопада 1998 р. Конференція делегатів III Курултаю кримськотатар-

¹ Документи Курултая кримскотатарского народа. — С. 89–90.

² Кримськотатарське питання. — 1998. — Ч. 4. — С. 7–8.

ського народу. У підсумковій резолюції наголошувалося, що у Конституції АР Крим «закріплюється безправ'я кримськотатарського народу на представництво у Верховній Раді Криму, на використання кримськотатарської мови в роботі державних установ Криму, на реальну участь у політичному, економічному та культурному житті автономії.

Однак виникає певною мірою дивна ситуація. Конституція радянського Криму 10 листопада 1921 р., яка в документах кримськотатарського руху вважається формою реалізації права на самовизначення корінного народу Криму, насправді розв'язувала лише одну справу — використання кримськотатарської мови нарівні з російською, не торкаючись навіть можливості організації національних районів у містах колективного проживання представників тих чи тих національностей.

Ту ж саму справу використання мови, доповнену правом громадян будь-яких національностей на реалізацію своїх потреб у сфері національної культури, вирішує й Конституція АР Крим, причому відповідно до Конституції та законів України. Слід нагадати, що українська Конституція визнає лише «етнічну, культурну, мовну та релігійну самобутність всіх корінних народів і національних меншин України». Так само Закон «Про національні меншини в Україні» гарантує тільки право на національно-культурну автономію.

Однак Конституція АР Крим від 21 жовтня 1998 р. викликає рішуче невдоволення, а Кримська Конституція від 10 листопада 1921 р., навпаки, — ностальгічні спомини у лідерів кримськотатарського руху. Очевидно проблема не в окремих положеннях нинішньої кримської Конституції, яка, зрозуміло, потребує вдосконалення, а в принципових засадах розвитку автономії. Власне про це прямо говорилося в резолюції IV сесії III Курултаю від 6 січня 2001 р. «Про діяльність органів національного самоуправління кримськотатарського народу», де знову зазначалося, що «головною умовою у досягненні реальних рівних прав кримськотатарського народу на своїй історичній території є збереження національної єдності і згуртованості, забезпечення наступності національного руху, посилення демократичних механізмів формування і організації роботи Курултаю кримськотатарського народу і органів самоврядування кримських татар, перетворення статусу Автономної Республіки Крим в

національно-територіальну автономію в складі незалежної демократичної України»¹.

... 16 травня 2001 р. Кабінет Міністрів України затвердив «Заходи щодо прискорення соціально-економічного розвитку АР Крим», якими, зокрема, передбачаються утворення міжвідомчої робочої групи з питань правового врегулювання проблем кримських татар (це було заплановано на червень, але минув листопад, і нічого не зроблено), доопрацювання програми їх адаптації та інтеграції в українське суспільство та інші подібні акції, які дивно нагадують призабуті рішення партійних з'їздів — «прискорити», «поглибити», «посилити». Це означає, що українська влада не має чіткої позиції стосовно базових засад цієї проблеми, без чого неможливе її розв'язання.

Надійшла до редколегії 12.11.01

Ю. Щокін, кандидат юридичних наук
(НЮА України)

Часткова участь у статуті міжнародної організації як правова основа асоційованого членства суверенних держав

По завершенні першого десятиліття незалежного існування Української держави тема асоційованого членства в міжнародних організаціях вже не так популярна в колах вітчизняної дипломатії, як у перші роки пошуку довгоочікуваної самостійності. Нові проблеми — нові пристрасті. Разом з тим прийшло ясне усвідомлення того, що кожна зовнішньополітична ініціатива має потребу у фундаментальній міжнародно-правовій оцінці, особливо, якщо вона здійснюється стосовно міжнародних міждержавних організацій.

Україну не дуже чекають в Євросоюзі². Як з'ясувалося, статус

¹ Кримські студії. — 2001. — № 2–3. — С. 24.

² Посадовці ЄС у своїх прогнозах про можливе членство України в Євросоюзі більш ніж стримані. Клаус Шнайдер, представник Єврокомісії, на українсько-німецькому симпозиумі «Україна на шляху до Європи», що проходив у червні 2000 р. в Києві, заявив: «Якщо Україна ставить своєю головною метою визнання її кандидатом для членства в ЄС, то перспективи таких пе-

«асоційованого члена в ЄС» з правової точки зору взагалі є фікція¹.

Про правове становище СНД навряд чи можна судити, спираючись тільки на установчі документи Співдружності, заяви і застереження до них. Необхідно враховувати відносини, що складаються на практиці² і свідчать про формування відповідних міжнародно-правових звичаїв.

До сьогодні актуальними є проблеми, що стосуються правових підстав участі в діяльності головних органів СНД. Асоційоване членство, передбачене Статутом СНД і Договором про Економічний союз 1993 р., посідає серед них одне з найважливіших місць. Дипломатичні баталії, що не вирішили знаскоку цю проблему, змусили юристів-міжнародників шукати історичні аналоги і підштовхнули до її нетрадиційного вирішення.

Автор не має на меті дати універсальну формулу асоційованого членства. Це питання повинно мати індивідуальне вирішення з огляду на потреби конкретної ситуації. Дана стаття скоріше є спробою заповнити певний теоретичний вакуум, що склався щодо цієї тематики.

реговорів не є реалістичними. ... Неможливо собі уявити, що ЄС буде рятувати Україну, що іноді відбувається з маленькими країнами. Україна досить велика і її населення вагоме, економіка величезна і вона повинна рятувати себе сама» (Бизнес. — 2000. — 17 июля. — № 29. — С. 6).

¹ Незважаючи на те, що відповідно до «Стратегії інтеграції України в Європейський Союз» статус асоційованого члена в ЄС «є головним зовнішньополітичним пріоритетом України в середньостроковому вимірі», жоден із засновницьких актів цієї організації самого поняття «асоційоване членство» не містить. Праву ЄС відоме поняття «асоціація», під яким розуміється форма більш широкого співробітництва, партнерства. Юридичною підставою укладення договорів про асоціації з ЄС є частина четверта Договору про ЄЕС («Асоціація з іноземними країнами і територіями») (див.: Право Європейського Союзу: Документи и комментарии / Под ред. проф. С. Ю. Кашкина. — М., 1999. — С. 224—226).

² Як пише А. Бутейко, «... мають місце факти, які для європейців важко узгодити з усталеними міжнародними правилами. Для них непросто зрозуміти, наприклад, як високі посадовці України можуть головувати в органах СНД, коли Україна, не підписавши Статут СНД, юридично не є членом СНД. Адже в міжнародній практиці важко знайти випадки, коли б держава головувала в міждержавному утворенні, не будучи формально її членом» (Бутейко А. Д. Наше майбутнє — наш вибір. Яким має бути закон України про Основні напрями зовнішньополітичної діяльності // Політика і час. — 2000. — № 9—10. — С. 38).

Статути тільки деяких міжнародних організацій спеціально закріплюють статус «асоційованого члена» за суверенними державами.

Таким є, наприклад, Статут Ради Європи. Також цей статус закріплюється в установчих документах незалежних держав, що виникли на пострадянському просторі.

У середині ХХ ст. в міжнародних організаціях асоційоване членство закріплювалося в основному за залежними країнами і територіями. У той час зусилля незалежних держав були спрямовані тільки на повномасштабну участь у діяльності міжнародних організацій. Будь-яке обмеження в питаннях доступу до інформації, до вироблення і прийняття рішень органами організації (так званий дорадчий голос) мали бути розцінені як обмеження правового становища цих держав.

На початку 90-х років досвід формування відносин нових незалежних держав — колишніх республік СРСР між собою і з провідними міжнародними організаціями «зробив політичне замовлення» на розробку особливого правового статусу держав у міжнародній міжурядовій організації.

Експерти, які розробляли положення про асоційоване членство в СНД, не приховували, що зіштовхнулися з зовсім новим для себе явищем. В. Фісенко та І. Фісенко пишуть: «...це виняткова формула для більш гнучкої участі в Співдружності, причому досить неясна: йдеться про угоди про асоційоване членство. Концепція таких угод відсутня. Неясно навіть, з ким держава, що приєднується, може укласти подібну угоду»¹.

Уникнути необхідності включення до Статуту СНД такої «формули для більш гнучкої участі» не вдалося: «...до останньої миті експерти не бажали передбачати в Статуті інститут, що підспудно підточує сьогоденну удавану єдність Співдружності. Була деяка надія, що всі 10 держав підпишуть Статут»². І тому, незважаючи на «неясність», «на зустрічі заступників міністрів було вирішено включити згадування (виділено мною. — Ю. Ц.) про асоційоване членство до Статуту»³. В такий спосіб у міжнародному договорі знайшло відображення те, про що договірні

¹ Фісенко В. Н., Фісенко І. В. Хартия сотрудничества в рамках Содружества Независимых Государств // Московский журнал международного права. — 1993. — С. 49.

² Там само. — С. 50.

³ Там само.

сторони мали дуже неясне, можна сказати, інтуїтивне уявлення.

Не розуміючи концепції асоційованого членства, розробники статутних документів Співдружності змушені були включити до них положення, покликані забезпечити таку «гнучку участь». На те було спрямовано політичну волю сторін. Відсутність концептуального підходу зробила такі положення хаотичними і непродуманими. Непередбачуваність наслідків їх реалізації вводить в оману навіть дуже авторитетних дослідників цих документів.

Так, В. Пустогаров звертає увагу на ст. 10 Угоди про створення СНД, відповідно до якої кожна сторона одержує «право зупинити дію даної Угоди чи окремих її статей, повідомивши про це учасників Угоди за рік». Дивуючись із цього приводу, В. Пустогаров пише: «Денонсація договору з попереднім повідомленням добре відома міжнародному праву і термін «зупинити» можна було б тлумачити в цьому сенсі. Але як розуміти довільне, на вибір кожного члена СНД, скасування (у формі «припинення») окремих статей установчого акта? Якщо виходити із зазначеного положення, то можна уявити фантастичну для сучасних відносин ситуацію: існує організація, в якій один член визнає зобов'язання за 10 статтями з 14, інший член — за 9, третій — за 8 і т. д.»¹

Далі В. Пустогаров «фіксує зазначений підхід» і в Тимчасовій угоді про Раду глав держав і Раду глав урядів СНД. Він відзначає, що положення ст. 3 Тимчасової угоди («Будь-яка держава може заявити про свою незацікавленість у тому чи іншому питанні»), з одного боку, суперечить передбаченому ст. 22 цієї ж угоди за Радою глав держав консенсуальному методу прийняття рішень, а з іншого — дозволяє зробити такий висновок: «...У правовій основі Співдружності закладено можливість вибіркової часткової участі в діяльності організації»² (виділено самим В. Пустогаровим. — Ю. Ш.). Від себе додамо, що положення ст. 3 Тимчасової угоди повністю перейшло до Статуту СНД (ст. 23).

У підсумку принцип часткової участі глибоко укорінюється в правовій основі Співдружності. Питання в тому, яким чином можливе його розумне використання.

¹ Пустогаров В. В. Международно-правовой статус Содружества Независимых Государств // Государство и право. — 1993. — № 2. — С. 31.

² Там само. — С. 34.

Природно, в центрі нашої пильної уваги опиняється статут міжнародної міжурядової організації. Відносини членства в ній визначаються насамперед цим особливим видом міжнародного договору.

Тільки в тому разі, якщо держава добровільно прийняла на себе зобов'язання за статутом, вона наділяється правами на участь і вироблення рішень органами організації. Якщо держава не є учасником статуту, вона може бути допущена до участі в засіданнях органів організації до одержання цікавлячої цю державу інформації, якою володіє ця організація, і скористатися іншими правами тільки у тому разі, якщо на це буде добра воля самої організації. Держава-нечлен не сплачує членські внески і не несе відповідальності за рішеннями, прийнятими організацією.

Як не дивно, але нерозуміння саме цих положень породило дискусію про «нетрадиційне членство» спостерігачів при міжнародних організаціях, викликало припущення про те, що комітети і комісії, створювані для співробітництва організацій і держав-нечленів цих організацій, є проявом якогось часткового членства останніх.

Щоб говорити про будь-яке особливе членство (нетрадиційне, часткове, асоційоване), варто визначитися з тим, що являє собою саме поняття «членство в міжнародній міжурядовій організації».

На нашу думку, членство в міжнародній міжурядовій організації слід визначити як відносини між суб'єктами міжнародного права, врегульовані системою погоджених і взаємозалежних норм, що стосуються порядку вступу до неї, підстав зупинення і припинення участі в організації, прав і обов'язків у ній, а також відповідальності цих суб'єктів як членів даної організації. Міжнародно-правовий інститут членства складає той своєрідний юридичний фундамент, розуміння сутності якого дозволяє відмежувати інші правовідносини, що виникають між державами і організаціями.

Численні згадування про різні види членства спонукають шукати той вид, який можна було б узяти за основу для виокремлення особливостей інших видів. На наш погляд, це *повне членство* в міжнародній організації, при якому суб'єкт приймає на себе права і обов'язки за її статутом у повному обсязі. Логічно припустити, що всі інші види членства можуть бути тільки *неповними (частковими)*.

У зв'язку з цим ми вже висловлювали думку про те, що вірніше буде використовувати саме поняття неповного членства¹. Статус асоційованого члена, як вказувалося вище, історично надавався переважно залежним країнам і територіям. Дотепер такі території прийнято називати асоційованими (заморська територія Франції — Нова Каледонія, асоційовані держави зі США — Острови Мікронезії, Пуерто-Рико та ін.). Використовувати ці поняття як синоніми доводиться з огляду на лексику, закріплену в статутних документах СНД.

Головна проблема — як юридично закріпити неповне членство?

У ч. 1 ст. 8 Статуту СНД говориться про право держави, що бажає брати участь в окремих видах діяльності Співдружності, приєднатися до нього на умовах, обумовлених угодою про асоційоване членство. Стаття 30 Договору про створення Економічного союзу 1993 р. про таку угоду вже не згадує, що, проте, зовсім не перешкодило Україні у своїй Заяві в зв'язку з цим Договором заявити про свій намір співпрацювати з економічним співтовариством як асоційована держава на основі окремої угоди відповідно до ст. 30 Договору про створення Економічного союзу.

Але ж дійсно, як точно помітили В. Фісенко та І. Фісенко, незрозуміло, з ким така угода повинна бути укладена?

Якщо держава укладає угоду з міжнародною організацією, то це угода між двома рівноправними суб'єктами, компетенцію одного з яких чітко визначено. Це угода, спрямована на регулювання між ними відносин співробітництва з будь-якого питання, але ніяк не членства. Крім того, міжнародна організація, як правило, взагалі не правомочна укладати угоду про членство (в тому числі і неповне) — це прерогатива держав — дійсних членів організації. Тому державі, що претендує на особливу форму членства, необхідно мати справу тільки з державами — членами організації.

А відносини цих держав уже врегульовано багатостороннім договором зі створення організації — статутом. Отже, особливе членство в організації — це особлива участь у її правостворюючому договорі. *Неповне членство — неповна участь у статуті організації.*

¹ Див.: *Шекін Ю. В.* Ассоциированное членство государств в международных межправительственных организациях // Проблемы законности. — 1999. — Вип. 37. — С. 78.

Навіщо укладати один договір про участь в іншому договорі, якщо все одно шукані права і обов'язки виникнуть тільки при приєднанні до останнього? Інакше кажучи, щоб стати членом (як повним, так і неповним) організації, треба просто стати учасником її статуту.

У разі ж наділення міжнародної організації компетенцією укладати угоди, що визначають умови членства в ній (як це має місце в Статуті СНД), кожна така угода повинна буде дублювати низку положень статуту, включаючи мету і завдання діяльності організації. Уявляється, що це не зовсім зручно з погляду юридичної техніки.

Між повними і неповними членами організації завжди повинен існувати належний правовий зв'язок, заснований на принципі *pacta sunt servanda*. Обсяг прав і обов'язків визначається інтересами сторін.

Праву міжнародних договорів відомі різні способи закріплення за стороною договору обмеженого (неповного) обсягу прав і обов'язків у ньому.

1. Найбільш наочний спосіб — *стати учасником одного (декількох договорів), що становить невід'ємну частину статуту міжнародної організації*.

Практика укладення міжнародних договорів, не пов'язаних зі створенням міжнародних організацій, багата на такі випадки. А найбільш відомий з випадків, що стосуються міжнародних організацій, можна розглянути на прикладі ООН.

Міжнародний Суд — один з головних органів ООН — діє на підставі Статуту, що відповідно до ст. 92 Статуту ООН утворює його невід'ємну частину. Пункт 2 ст. 93 Статуту ООН передбачає, що держава, яка не є членом Організації, може стати учасником Статуту Міжнародного Суду на умовах, що визначаються Генеральною Асамблеєю за рекомендацією Ради Безпеки ООН.

За нашим переконанням, це достатня підстава, щоб розглядати державу, яка приєдналася до Статуту Міжнародного Суду, але не бере участі у Статуті ООН, неповним членом ООН (хоча про це прямо і не говориться в Статуті.) На сьогоднішній день такою державою є Швейцарія.

2. *Якщо статут міжнародної організації являє собою єдиний нормативний акт, держава при приєднанні до нього може використовувати застереження*.

Держава, заявляючи застереження, має намір змінити або виключити юридичну дію тільки деяких положень міжнародного договору. Це при тому, що вона стає учасником усього договору.

При використанні застережень у рамках одного міжнародного договору у відносинах між договірними сторонами виникають кілька правових режимів, що дозволяють охарактеризувати особливе правове становище держави, котра заявила застереження, як неповне членство.

У цілому ж варто визнати, що використання застережень — не найкращий і не найзручніший спосіб встановлення особливого правового статусу в міжнародній організації. Навіть якщо приймати кожне застереження до статуту компетентним органом міжнародної організації, як того вимагає п. 3 ст. 20 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., їх може набратися така кількість, що держави будуть змушені витратити більше часу на з'ясування сутності безлічі найрізноманітніших правових режимів, ніж на ту діяльність, заради якої вони, власне, і заснували міжнародну організацію.

Крім того, особливість статутів полягає в тому, що вони містять норми, які визначають інституціональну основу міжнародної організації — так звані процесуальні норми. Формулювання застережень, зокрема до процедурних умов, може значно ускладнити роботу міжнародної організації.

З огляду на це статuti міжнародних міжурядових організацій звичайно містять положення про недопустимість використання застережень при приєднанні до них. Наприклад, п. 5 ст. 16 Марракешської угоди про створення Всесвітньої торгової організації передбачає: «Застереження стосовно будь-яких положень даної Угоди не допускаються». Частина 1 ст. 32 Договору про створення економічного союзу СНД містить аналогічну категоричну вимогу: «Застереження до даного Договору не допускаються».

3. Ще одним способом неповної участі у статуті міжнародної організації як у цілісному нормативному акті є право держави приєднатися до його окремих положень.

Вище вже згадувалося положення ст. 10 Угоди про створення СНД, що передбачає право учасників цієї Угоди зупинити дію деяких його статей. І хоча ми пропонуємо говорити не про зупинення (або виключення) дії деяких статей договору, а про приєднання до його окремих статей, у цілому ідея та ж — вибіркова участь у

договорі. За нашим переконанням, така участь можлива і повинна здійснюватися з використанням *концепції подільності положень міжнародних договорів*.

Питання про подільність положень міжнародних договорів, як і застережень, стосується проблеми цілісності міжнародних договорів, але порівняно із застереженнями воно набагато менше вивчене. У науці вироблено лише найбільш загальний концептуальний підхід. До прийняття Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., за свідченням Г. Щерби, «правила про подільність не були кодифіковані і їх застосування як міжнародний звичай було рідким і носило випадковий характер»¹. Тому не дивно, що на Віденській конференції 1968 р. з права міжнародних договорів, що передувала прийняттю одноїменної конвенції, питання про подільність договірних положень викликало багато спорів².

Проблема подільності договорів розглядалася у співвідношенні з принципом цілісності міжнародних договорів. Відзначалося, що ці поняття не можна протиставляти одне одному, вони не є взаємовиключними. Дімітріос Еврігеніс, що представляв на конференції Грецію, говорив, що «його делегація не може розділити ту точку зору, відповідно до якої конфлікт існує в більшому ступені не між цілісністю і подільністю, а скоріше між твердістю і гнучкістю»³. А. Талалаєв з цього приводу писав: «Цілісність угоди в міжнародному договорі та його неподільність — поняття не рівнозначні ... Подільність не руйнує цілісності угоди в міжнародному договорі, оскільки від договору в цьому разі відокремлюються постанови, що не стосуються сутності угоди та її об'єкта. Подільність не суперечить і принципу *pacta sunt servanda*, бо з обох цих принципів випливає, що в дійсній своїй частині договору треба додержуватися»⁴.

В цілому питання про подільність розглядалося на Віденській конференції занадто однобічно — тільки в зв'язку з дійс-

¹ Щерба Г. А. Делимость положений международного договора в случае его недействительности // СКМП, 1977. — М., 1979. — С. 256.

² Див.: Талалаєв А. Н. Некоторые вопросы теории международного договора на Венской конференции ООН // СЕМП, 1970. — М., 1972. — С. 122; Його ж. Право международных договоров. Общие вопросы. — М., 1980. — С. 221.

³ Doc. UN. A / Conf. 39/11. — P. 235.

⁴ Талалаєв А. Н. Право международных договоров. — С. 226, 227.

ністю міжнародного договору. Подільність положень міжнародних договорів була включена до Віденської конвенції більшою мірою як виняток із правил. Так, п. 2 ст. 44 Конвенції передбачає: «На визнані в чинній Конвенції підстави недійсності договору, припинення договору, виходу з нього чи зупинення його дії можна посилатися стосовно тільки всього договору щодо всіх випадків, крім передбачених нижченаведеними пунктами чи статтею 60».

У той же час учасники дискусії визнавали, що принцип подільності може застосовуватися і з різних інших причин. Шабтай Розенн з Ізраїлю вважає: «Визначені аспекти подільності вже відносилися до інших випадків, наприклад, у зв'язку з прийняттям договірних зобов'язань і з приводу інтерпретації договорів»¹.

Інші фахівці зазначали, що принцип подільності й раніше привертав увагу правознавців. Наприклад, Георг Секарін, член делегації Румунії, відзначав: «Питання про подільність положень багатосторонніх договорів визнавалося з дев'ятнадцятого століття, і певні договори, укладені на початку двадцятого століття, містять статті про подільність своїх положень»².

Адоल्фо Мареска, представник Італії, так пояснював необхідність розгляду принципу подільності: «Міжнародні договори не можуть розглядатися як неподільне ціле, дуже часто вони включають положення, що відрізняються один від одного. Отже, принцип подільності не може бути систематизовано у догматичні, загальні і тверді рамки»³.

А висновок, до якого доходить Дімітріос Еврігеніс, ніби підтверджує правильний напрямок наших міркувань: «Стаття 41 (ця стаття в проекті Конвенції з права міжнародних договорів, представленому Комісією міжнародного права, стосувалася питання про допустимість застосування принципу подільності. — Ю. Щ.) безсумнівно потрапляє не в межі кодифікації, а в межі прогресивного розвитку міжнародного права»⁴.

І хоча Віденська конвенція з права міжнародних договорів 1969 р. закріпила виключне й одностороннє застосування принципу подільності договірних положень, вона заклала основу для застосування цього принципу, що дозволяє зробити деякі істотні висновки.

¹ Doc. UN. A / Conf. 39/11. — P. 230.

² Doc. UN. A / Conf. 39/11. — P. 231.

³ Doc. UN. A / Conf. 39/11. — P. 232.

⁴ Doc. UN. A / Conf. 39/11. — P. 235.

По - п е р ш е, повинен бути подільним об'єкт договору. Підпункт «а» п. 3 ст. 44 Віденської конвенції 1969 р. передбачає, що договір є подільним, якщо його положення відокремлені від іншої частини договору стосовно їх застосування. З цього випливає, що положення договору мають бути сформульовані таким чином, щоб деякі з них могли б відокремлюватися без шкоди для інших. А відокремлюватися вони зможуть тоді, коли буде подільним об'єкт договору. А. Талалаєв пише: «Критерієм для встановлення подільності договору повинна бути наявність можливості самостійного застосування окремої частини міжнародного договору»¹. На думку Г. Щерби, «...важлива умова застосування подільності полягає в тому, щоб подільним був сам об'єкт договору, щоб була можливість відокремлення положень договору за змістом і значенням, щоб вони мали відносну самостійність з погляду їх застосування і давали можливість виконання частини договору чи його окремих статей без шкоди для застосування інших положень»².

Це необхідна об'єктивна умова одержання особливого статусу в міжнародній організації.

Стосовно статутів міжнародних організацій можна припустити, що їх положення будуть подільними, якщо вони, наприклад, регулюватимуть різнопланові відносини між державами-учасниками: політичні, економічні, культурні, науково-технічні та ін.

Якщо під таким кутом зору розглянути Статут СНД і Договір про Економічний союз, що закріплюють асоційоване членство, Статут знаходиться в більш вигідному становищі. Він був покликаний регулювати відносини міжнародної організації загальної компетенції, а Договір — спеціальної. Нелегко з такого договору виокремити навіть будь-яку вузьку сферу економічних відносин, у рамках якої держави могли б співпрацювати, не торкаючись прямо інших економічних відносин, також врегульованих договором. А в цьому разі зробити це буде особливо важко — Договір про Економічний союз, на наш погляд, недостатньо розроблений і більшою мірою містить мету і загальний план майбутнього співробітництва, ніж конкретні зобов'язання. З огляду на це асоційоване членство, передбачене Договором,

¹ Талалаєв А. Н. Право международных договоров. — С. 223.

² Щерба Г. А. Вказ. праця. — С. 253.

видається дуже сумнівним і скоріше має характер політичної риторики.

У той же час слід зазначити, що саме формулювання ст. 30 Договору, яка стосується асоційованого членства в Економічному союзі, порівняно зі ст. 8 Статуту СНД, що також передбачає цей статус, має деяку новизну.

Стаття 30 Договору про Економічний союз передбачає: «Державі, що виразила готовність прийняти на себе тільки частину зобов'язань за цим Договором, за згодою членів Економічного союзу може бути надано статус асоційованого члена. Умови приєднання держав до Економічного союзу на правах асоційованого члена визначають члени Економічного союзу».

Тут уже говориться не про допустимість участі в різних видах діяльності (як це закріплено в ст. 8 Статуту Співдружності), а про право на прийняття «частини зобов'язань за договором». В. Фісенко та І. Фісенко відзначають цю обставину як деяку перевагу (як впливає з контексту ст. 8 Статуту СНД): «...статус асоційованого члена ... визначено досить чітко»¹.

На нашу думку, певний позитивний момент цієї статті Договору полягає не в цьому.

Участь у різних видах діяльності будь-якої організації саме і допускає прийняття частини зобов'язань за її статутом. Масштаб такої участі визначає обсяг, кількість тих зобов'язань, які слід прийняти. Причому ці зобов'язання мають належати до регулювання відокремленої сфери відносин. Безглуздо приймати різні зобов'язання, якщо вони регулюють зовсім різнорідні відносини. Не зобов'язання первинні, а ті відносини, на врегулювання яких вони спрямовані. Тому вірніше говорити саме про участь у різних видах діяльності організації.

Позитивним у ст. 30 є тільки те, що вона вже не містить згадування про спеціальний договір про асоційоване членство. Цілком справедливо зазначається, що умови приєднання держав до Економічного союзу на правах асоційованого члена визначають члени Економічного союзу. Тим часом слід було б вказати і на відповідне узгодження з інтересами держави, яка приєднується, адже будь-який договір — це взаємне волевиявлення.

По - д р у г е, учасники договору повинні досягти згоди на його подільність. Пункт 1 ст. 17 Віденської конвенції 1969 р.

¹ Фісенко В. Н., Фісенко І. В. Вказ. праця. — С. 50.

встановлює: «...згода держави на обов'язковість для неї частини договору має силу лише в тому разі, якщо це допускається договором і якщо з цим згодні інші договірні держави».

Тут хотілося б відзначити, що згода держав на подільність договору є основною відмінністю подільності міжнародних договорів від інституту застережень. За загальним визнанням, заява застереження — це суверенне право держави, яка приєднується до міжнародного договору, воно не залежить від згоди інших учасників договору.

Звичайно, можна припустити, що якщо договір за своїми якостями є подільним, то ця подільність свідомо закладена сторонами в договір.

Але в той же час цілком реальна ситуація, коли сторони договору навіть не уявляють, що коли-небудь їм доведеться розглядати питання про подільність чи неподільність об'єкта цього договору. Більш того, за нашим переконанням, насамперед саме в такому контексті закріплені у Віденській конвенції 1969 р. правила подільності — у зв'язку з недійсністю міжнародного договору. Сторони можуть не знати і не припускати, що деякі положення договору, що укладається ними, будуть суперечити новій нормі *jus cogens*. У цьому розумінні вирішення питання про подільність дійсно виникає скоріше у винятковій ситуації, ніж у заздалегідь передбаченій.

У нашому випадку подільність повинна бути передбаченою, усвідомленою і необхідною. Якщо сторони домовляються про особливе членство в організації, вони заздалегідь мають передбачити умови цього членства, його правовий режим. З цього випливає, що держава може приєднатися до окремих положень статуту міжнародної організації тільки в тому разі, якщо цей статут містить ясно виражену згоду з цього приводу договірних держав.

Включаючи до статуту міжнародної організації положення, що стосуються неповного членства, її майбутні (якщо організація тільки створюється) чи дійсні члени обов'язково повинні домовитися про механізм здобуття такого особливого статусу.

Більш розумним є механізм одержання асоційованого членства в Раді Європи. Згідно з п. «а» ст. 5 Статуту РЄ країна, запрошена стати асоційованим членом, стає таким з дати передачі Генеральному секретарю цієї організації акта про згоду з її Статутом. Разом з тим цей акт чітко не регламентує права та обов'язки

сторін, не встановлює відповідальність за їх порушення. І хоча асоційованого члена допущено до участі в одному з головних органів організації (Парламентській Асамблеї) нарівні з повноправними членами, можливості його правового впливу досить обмежені та уразливі.

На нашу думку, необхідно приєднуватися до статуту міжнародної організації за умови неповного (асоційованого) членства. У цьому разі держава не тільки поділить ті загальні цілі і задачі, заради яких створюється та існує організація, а й візьме на себе частину цих прав і обов'язків.

Надійшла до редколегії 20.06.01

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

В. Рубаник, доцент НЮА України

Особливості інституту права власності в українських землях у пізньофеодальній системі речевих прав за німецьким правом

Вже з XII ст. на сусідніх з Германією слов'янських землях — Мазовії, Шлезьку, Великій та Малій Польщі — почали осідати німецькі колоністи, які проникали навіть до Угорщини і Семиградії. Ця колонізація пояснювалася великими масивами надлишкової землі, яка пустувала через нестачу робочих рук, і тому і чеські королі, і моравські маркграфі, і польські князі відводили німецьким колоністам наділи у своїх володіннях, будучи зацікавленими в обробленні пустищ. У польських землях ці процеси особливо посилювалися за Казимира Великого. Утворивши досить значні за чисельністю групи населення, німецькі колоністи намагалися і на нових місцях свого проживання для врегулювання відносин спочатку між собою, а пізніше — і з місцевим населенням, застосовувати звичаї й правові норми, які вони принесли з собою — норми німецького права (*jus teutonicum*)¹. «Звичайно, — писав Р. Лашенко, — косяолам, кляшторам і окремим панам давався привілей на закладання нових осад на німецькому праві; іноді ж воно заводилося і в старих осадах. Справи з організацією нових колоній на німецькому праві звичайно переводилися за участю так званого «локатора», підприємця, з яким відповідний землевласник складав письмову угоду про організацію нової осади, права і обов'язки колоністів і т. д.»² У подальшому локатор, як правило, ставав спадковим вїтом у цій колонії, що, за визначенням М. Владимир-

¹ Див.: Швидько А. К. Советская историография о роли и сущности немецкого права в городах Украины XV — XVIII вв. // Вопросы германской истории и историографии. — М., 1975. — Вып. 3. — С. 125—136.

² Лашенко Р. М. Лекції по історії українського права. — Ч. 1. Княжа доба; Ч. 2. Литовсько-польська доба. — Прага, 1923—1924. — К., 1998. — С. 221.

ського-Буданова, було одним із найбільш характерних проявів німецького права у західних українських землях¹.

Побудований на засадах німецького права², інститут вйтівства набув своєрідних форм, за яких вйіт знаходився у своєрід-

¹ «...Історія німецького права в Польщі є історія тих форм, які **прибрав** інститут вйтівства» (див.: *Владимирський-Буданов М. Ф.* Німецьке право в Польщі і Литві: В 2-х ч. — Львів, 1903. — Ч. 1. — С. 31).

² У Германії, господарство якої феодалізувалося ще в VII—XI століттях, правове врегулювання відносин власності визначалося саме цими процесами. За германськими «Правдами» у VII—VIII століттях панував аллод, одночасно існувало церковне і світське землеволодіння. Особливістю аграрної еволюції було більше значення «внутрішньої» феодалізації громади-марки. Поширилися різні форми відчуження аллоду: заповіт, дарування, обмін, продаж усередині марки. Поглиблювалася майнова та соціальна нерівність. Одні сім'ї бідніли, інші збагачувалися, перетворюючись на дрібних і середніх землевласників. У їх руках зосереджувалися права на громадські угіддя. Приєднання в IX ст. території Германії до Каролінгської імперії сприяло синтезу германського і романізованого господарства. Активізувало його утворення Германської держави на початку X ст. Це зумовило аграрний переворот, прискоривши розпад громади і швидке зростання великих земельних володінь. Король дарував землі, імунітетні привілеї феодалам. Характерною для Германії була така форма феодальної власності, як фогтство. Фогти (дослівно «захисники») — світські особи, які виконували в імунітетних церковних маєтках судово-адміністративні та фіскальні функції. Поступово їх посади стали спадковими, вони привласнювали церковні землі та доходи. Структура феодальної сеньйорії мала деякі особливості, їй були властиві роздробленість і дискompактність, розпорошеність у багатьох селах. Складалася феодальна залежність вільних членів громади. Відчуження аллоду, прекарні угоди призводили лише до їх поземельної залежності, перетворення на надільних селян з виплатою земельної ренти. Поступово встановлювалася особиста залежність вільних членів громади від землевласників. На початку XII ст. у Германії сформувалися феодальне землеволодіння, визнане спадковим і неподільним, та сеньйоріально-селянське відносини. У Германії феодальне господарство і врегулювання його функціонування правовими засобами досягли своєї зрілості в XII—XIII століттях: розвивалася сеньйоріальна система з доменіальним господарством і відробітковою рентою, зростає роль судово-адміністративної та військово-політичної влади феодалів, вирівнювалося становище різних категорій селянства; однак у правовому відношенні селяни, як і раніше, поділялися на тих, що були в особистій залежності спадково, і залежних від сеньйора лише на час користування наділами землі. Особливістю германського села була значна кількість челяді, яка жила на панському дворі і не мала власного господарства. З кінця XII—XIII ст. почалася перебудова доменіального господарства: комутація панщини, поширення оренди землі за плату, що збігалася з розміром продуктивного і грошового оброків. Селяни звільнялися від особисто-спадкової залежності, обмежень щодо розпорядження землею.

них «ленних» відносинах зі своїм паном-землевласником. Пан, отримавши від короля землю за службу, передавав цю землю вїтові, який за певну узгоджену платню заселяв пустища прийшлими людьми, організовував нові поселення, завідував різними підприємствами у панському господарстві — млинами, корчмами, сприяв розвитку ремісництва, а також провадив суд і розправу в незначних справах спільно зі спеціально обраними для цього представниками від місцевих «осадників» — лавниками¹.

Зазвичай на чолі нового поселення, заснованого на німецькому праві, знаходився вїт, який безпосередньо і розмірював отриману від землевласника землю на так звані лани («лан» від «*leno*», нім.: «*Lehen*»). Ці лани надавалися вїтом поселенцям у спадкове користування за раз і назавжди визначену платню — чинш (від лат. «*census*», «*pensio*», «*tributum*»; нім.: «*Zins*»); крім чиншу, поселенці зобов'язані були платити різні податки у натуральній формі, більшою частиною продуктами, однак, як правило, на перші кілька років поселенці колоній, утворених на німецькому праві, звільнялися від сплати податків. Це німецьке право, спираючись на яке земля віддавалася селянам у спадкове користування, іноді носило й іншу назву — «спадкового», або «ділчного» права (*jus hereditarium*, або нім.: «*Ebrecht*»)².

Така ускладнена структура права власності на землю за німецьким правом багато у чому пояснювалася тим, що «...на-

Форми залежності селян поділялися між різними сеньйорами, і селяни мали кількох господарів. З другої половини XII ст. активізувалася експансія на заельбські слов'янські та пруські землі. За дорученням власників землі спеціальні локатори вербували селян, які отримували на колоніальних землях спадково-чиншові наділи. Чинш був фіксованим, збирався грішми або в грошово-продуктивній формі. Наприкінці XIII ст. він перетворився на постійний земельний податок (див.: Лановик Б. Д., Матисякевич З. М., Матейко Р. М. Економічна історія України і світу / За ред. Б. Д. Лановика. — К., 1999. — С. 58–66).

¹ Див.: Баранович А. И. Население предстепной Украины в XVI в. // Исторические записки. — М., 1950. — № 32. — С. 198–232; Пичета В. И. Польша на путях к колонизации Украины и Белоруссии // Исторические записки. — М., 1940. — № 7. — С. 59–90.

² Подібне право селян на землю багато в чому походило на римський емфітевзис (*jus emphyteuticum*), а тому в деяких документах зустрічається і найменування його «правом емфітевтичним» (див.: Лащенко Р. М. Вказ. праця. — С. 222–223).

явність різних форм речево-правового панування над землею і відсутність різкої грані між правом власності та іншими речевими правами вже самі по собі відкривали більшу можливість співіснування різних речевих прав на одну і ту саму річ, ніж це мало місце в римському праві. У міру ж посилення станової диференціації в феодальному суспільстві та утворення особливих правових систем (*Rechtskreise*) для окремих станів створювалися нові передумови для подальшого ускладнення феодально-правових відносин взагалі та земельно-правових відносин зокрема. В Німеччині, де відособлення станових правових систем отримало найширше вираження, одна й та сама ділянка землі могла бути визнана власністю однієї особи — сеньйора — за загальноземським правом (*gemeines Landrecht*) і власністю іншої особи — васала або селянина-чиншевіка — за ленним (*Lehnrecht*) або помісним (*Hofrecht*)¹.

Особливу іпостась німецького права становило право Магдебурзьке — *Magdeburger Weichbildrecht*, або «*jus theutonicum magdeburgense*», — збірник законів, що склалися наприкінці XIII ст. в м. Магдебурзі з «Саксонського зеркала», постанов суду шеффенів Магдебурга та привілеїв, дарованих мешканцям цього міста єпископом². Міста з Магдебурзьким правом почали отримувати самоврядування, податковий та судовий імунітет, право власності на землю, пільги щодо зайняття торгівлею та ремеслами, звільнялися від більшості феодальних повинностей; міщанам дозволялося розпоряджатися нерухомим майном, у

¹ Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. — М.: Л., 1948. — С. 105.

² Своїй появі в Германії особливе міське право зобов'язане походам німецьких імператорів в Італію, після знайомства з містами якої Оттон Великий заснував за їх взірцем саксонські міста на берегах Одери та Ельби, обираючи, як правило, місцем для них місця традиційних торжищ і ярмарок. Ці міста почали позначатися особливим знаком — *Weichbild* (укріплення) у формі хреста з мечем або шпагою (а пізніше — колони Роланда), що повинні були символізувати королівську владу. Після звільнення міст від королівської влади терміном *Weichbild* почали визначати особливе міське право (див.: Энциклопедический словарь. — Т. XXIV. — СПб.: Брокгауз В. А., Ефрон И. А., 1898. — С. 890). Магдебурзьке право систематизувалося у вигляді збірників, укладених коментаторами: «*Sächsiches Weichbildrecht, 1300*», «*Magdeburger Fragen, 1400*», «*Blume von Magdeburg*» та ін. (див.: Советская историческая энциклопедия. — Т. 8. — М., 1965. — С. 883).

тому числі — застава лавки, магазину або іншого торговельного приміщення¹.

Українські міста певною мірою переводилися на Магдебурзьке право. Королівські грамоти на це за часів Великого князівства Литовського, Польщі та Речі Посполитої отримали Львів, Кам'янець, Смотрич, Хмельник, Червоногород, Кременець, Луцьк, Київ, Житомир, Канів, Вінниця, Чернігів, Полтава, Ніжин, Переяслав, Стародуб, Остер, Почеп, Погар, Млінськ. Міста, що користувалися Магдебурзьким правом, мали й більшменш значну свою земельну власність², а для поповнення міської казни (і відповідно — для покриття видатків) було введено низку міських податків: *торгове мито* з усякого роду привізних товарів³, *вагове* від ваги, *помірне* від міри, *мостове*. Місто отримувало також доходи від передачі в найом міських гостинних дворів, лазень, цегляних заводів, млинів, пивоварень, воскобоєнь, різницьких лавок, солодовень від перевезень; поповнювалася міська казна і за рахунок стягнення податку з купців та ремісників, розмір якого визначався відповідно до їх реальних доходів⁴.

Наукові оцінки наслідків запровадження німецького права у власне польських і українських землях досить суттєво різнилися і різняться. У самій Польщі рецепція німецького права значною мірою призвела до зруйнування колишнього стародавнього слов'янського її устрою⁵ і, за визначенням М. Владимирського-Буданова, до перетворення самої Польщі на «федерацію панів»: «Німецьке право послабило князівську владу, надавши князівські права землевласникам і землевласницькі права князівським чиновникам; воно відняло у князів фінансові права і право на повин-

¹ Власник такого приміщення вважався «імушою людиною», а спадкоємець не відповідав за боргами покійного (Див.: *Вінник О.* Пам'ятник Магдебурзькому праву в Києві // Підприємництво, господарство і право. — 2001. — № 1. — С. 3).

² Див.: *Баранович А. И.* Помещичий город времен Речи Посполитой. — М., 1947. — С. 7–11, 23–25, 37.

³ Див.: *Котляр М. Ф.* Торгівля на Україні в XIV–XV ст. // Український історичний журнал. — 1975. — № 1. — С. 38–47.

⁴ Див.: *Вінник О.* Пам'ятник Магдебурзькому праву в Києві // Підприємництво, господарство і право. — 2001. — № 1. — С. 4.

⁵ Див.: *Гошко Т. Д.* Магдебурзьке право Центрально-Східної Європи XIII–XVIII ст. в українській та польській історіографії: Автореф. дис. ... канд. іст. наук. — Львів, 1999. — С. 7–11.

ності, а також судову і адміністративну владу, передавши її спочатку війтам, потім землевласникам, старостам та общинам. Німецьке право встановило нові юридичні та економічні відносини між землевласниками та селянами: а) позбавило селянську общину самостійного управління та суду; б) введенням приватного господарства понизило становище вільних поселенців спочатку до становища прикріплених до землі цензуалів, а потім до становища кріпаків, у сенсі пізнішого кріпацтва»¹.

Р. Лашенко відзначав, що «...у сфері життя державного німецьке право сприяло власне значному підризу королівської влади, вплинувши надзвичайно на докорінну зміну соціального устрою Польщі... цілковито змінило уклад життя сільського населення в Польщі, його особові і маєткові права... німецьке... право проникло... і на Україну, яка після унії 1569 р. майже в цілому комплексі своїх земель перебувала у складі Польської держави, і хоча право німецьке й не розвинулося тут так, як на території самої «коруни», цебто на території власне польській, але і на Україні німецьке міське право спричинилося значно до перебудови старовинного устрою... на нових німецьких підвалинах»².

М. Любавський вбачав позитивні сторони поширення німецького права у зростанні внаслідок цього прибутковості земель, що було вигідним як самим землевласникам, так і королівській казни, у поліпшенні становища селянства, підвищенні продуктивності землеробської праці, поліпшенні технологій обробітку землі, а до негативу відносив «онімечення» значної частини польських територій³. На думку визнаного знавця польського права Станіслава Кутшеби, німецька колонізація «...становила колосальний прогрес. Вона відкрила нову еру економічного розвитку, вона вплинула і на підняття правового становища селянського населення в Польщі протягом кількох століть»⁴. Ян Рутковський вважав, що головною стороною введення німецького права було зведення до мінімуму панщини і

¹ *Владимирський-Буданов М. Ф.* Вказ. праця. — С. 167, 229.

² *Лашенко Р. М.* Вказ. праця. — С. 234–235.

³ Див.: *Любавский М. К.* История западных славян. — 2-е изд. — М., 1918. — С. 255–256.

⁴ *Кутшеба С.* Очерк истории общественно-государственного строя Польши / Пер. с польск. («Historia ustroju Polski w zarysie». — Lw. — Warz., 1905). — СПб., 1907. — Т. I. — С. 33.

введення оброчної системи, зменшення грошових і натуральних виплат. Це дало змогу не тільки певною мірою підвищити життєвий рівень селянина, а й забезпечило зміцнення самостійності селянського господарства і регулярність сплати оброку землевласникові. «Цей новий порядок, — писав Я. Рутковський, — виявився для великого землеволодіння настільки вигідним, що воно визнало корисним введення його і в старих споконвічних польських селах»¹. За визначенням О. Свентоховського, завдяки німецькому праву «всупереч традиційній суверенній владі землевласника (*pana wsi*), волості (*gmini*) на праві німецькому почали користуватися значним самоуправлінням, що не тільки сприяло їх матеріальному благополуччю, а й підносило морально їх членів...»².

В. Пічета, навпаки, не надавав вирішального значення рецепції німецького права у Польщі та Литві, вважаючи, що німецьке право тільки оформлювало процеси, які протікали у польському, литовському і руському суспільствах, і давали без участі німецького права аналогічні результати³. Такої ж точки зору дотримувався й Б. Греков, зазначаючи, що «...з повною підставою можна стверджувати, що на початку XV ст. німецьке право було введено майже у всіх містах Галицької землі. Крім того, німецькими колоністами було створено багато нових поселень на німецькому праві. Немало галицьких сіл до того часу було переведено на німецьке право... Починається нова політика стосовно місцевого галицького населення, яка виражається в установах привілеїв для німців і поляків і в обмеженні прав усіх «некатоликів» (тобто галичан)»⁴. З цим важко не погодитися.

Підсумовуючи викладене, можна зазначити, що розвиток майнових прав особи в українських землях, які перебували під впливами німецького права, характеризувався такими їх рисами, як умовність, обмеженість, становість, що нерозривно було пов'язано із об'єктивними процесами державно-історичного

¹ *Rutkowski Jan. Zarys gospodarczych dziejow Polski w czasach przedrozbiowych.* — Warz., 1923. — S. 28.

² *Swietochowski Alexander. Historija chlopow polskich w zarysie.* — Lwow — Poznan, 1925. — S. 107.

³ Див.: *Пічета В. И. Аграрная реформа Сигизмунда-Августа.* — М., 1917. — Ч. II. — С. 169.

⁴ *Греков Б. Д. Крестьяне на Руси с древнейших времен до XVII века.* — М.; Л., 1946. — С. 333, 340.

розвитку та їх загальною спрямованістю — від стану повної залежності особи в усіх її проявах від суспільства до її відносно самостійного економіко-правового і особистісного статусу. Певною мірою цьому сприяли і зміни у сфері канонічного права, викликані укладенням Люблінської унії й тими наслідками, які вона мала для українського населення.

В XIV—XVI століттях в українських землях, як і у переважній більшості країн Європи¹, сформувалося феодальне господарство на основі приватної власності феодала на землю та залежності селян від феодала. Вирішальне значення у визначенні основних напрямків правового регулювання відносин власності отримали закріплення права відчуження аллоду, перемога великого землеволодіння над дрібним, остаточне встановлення між землевласниками і селянами відносин панування і підпорядкування, а всередині пануючої верстви — покровительства і служби. Ці суттєві зміни і перетворення набули значного прискорення через війни, зовнішню експансію, зако-

¹ Зрілі феодальні відносини (XI—XV століття) практично в усіх країнах Європи мали класичну форму і майже не відрізнялися. На першому етапі їхнього розвитку (XI—XIII століття) панували феодальна земельна власність, що складалася у трьох видах — королівська, світська, духовна. Ієрархічна структура землеволодіння обмежувала права окремого феодала на землю. Існувала власність верховна, сеньйоріальна і підпорядкована васальна. Лише з часом ленні володіння стали відчужуватися. Система майорату давала можливість успадковувати землю старшому синові повністю або дві третини її. Основними господарськими одиницями стали сеньйорії. Вони були різними за розмірами (від великих на кілька тисяч наділів до найдрібніших на 5—10 наділів). Сеньйоріально-селянські відносини засновувалися на надільній системі, що давала змогу селянинові мати самостійне господарство, а сеньйорові забезпечувала економічну реалізацію права власності на землю — земельну ренту. Селянські наділи (манси у Франції, віргати в Англії, гуфи в Німеччині) були спадковими, могли відчужуватися всередині сеньйорії, а за згодою сеньйора — поза нею. За структурою це були складні земельні комплекси. Будинок з присадибною ділянкою знаходився у селі. Орні наділи розташовувалися по-смужно, кожен складався з 3—4 ділянок. Площа наділів була різною. З розвитком товарно-грошових відносин нерівність у забезпеченні селян землею зростає. У Франції розмір манса в середньому становив 4—6 га, але розрив у земельній забезпеченості був 15—20-кратним. В Англії, за «Книгою Страшного суду» (середина XI ст.), половина вілланів мала 30—60, а наприкінці XVIII ст. — 7—7,5 акра орної землі. У Німеччині на колонізованих землях на схід від Ельби селяни отримували одну гуфу (в середньому 16,8 га) (див.: Лановик Б. Д., Матисякевич З. М., Матейко Р. М. Економічна історія України і світу / За ред. Б. Д. Лановика. — К., 1999. — С. 62—63).

нодавчу та податкову політику держави, санкціонування нею особистісно-імунітетної системи права-привілею. Звільнення селян від примусів особистого характеру, фіксація ренти, розширення прав на спадкове користування землею, деяке зміцнення самостійності селянських господарств і залучення їх певною мірою до товарних відносин — ці та інші риси стали характерними і були властиві розвиткові законодавчого регулювання відносин власності в українських землях за литовським, німецьким і польським правом у XIV—XVII століттях, заклавши підвалини подальшого розвитку їх правового врегулювання у всій їх різноманітності у наступний історичний період.

Надійшла до редколегії 02.10.01

В. Рум'янцев, професор НЮА України

Судова система в Україні за часів Директорії

У питанні розбудови Української держави Директорія поставила себе в складні умови. З одного боку, категорично виступивши проти гетьманату, вона відкидала його здобутки в державотворенні, а з іншого — відновлення Української Народної Республіки вимагало повернення до державних інституцій і законодавства часів Центральної Ради. Директорія хотіла зробити і свій внесок в розбудову Української держави. Але в кінцевому результаті вона опинилася на роздоріжжі і її зусилля в галузі державного будівництва, зокрема судоустрою, були хаотичними і неефективними, а вакуум у судовій системі заповнювало надзвичайне військове судочинство.

1 грудня 1918 р., тобто до офіційного приходу до влади, Директорія ухвалила: «Суд на території Української Народної Республіки твориться іменем УНР»¹.

Наприкінці грудня 1918 р. Директорія повідомила про свій намір скасувати Державний Сенат, заснований гетьманом². 2 січня 1919 р. Директорія затвердила закон про відновлення

¹ Див.: Республіканські вісті. — 1918. — 4 груд.

² Див.: Последние новости. — 1918. — 21 дек.

діяльності Генерального Суду, але з назвою «Надвищий суд»¹. 24 січня були відновлені апеляційні суди, засновані Центральною Радою².

Директорія формально поновила судові установи, що існували в Російській імперії. 19 лютого 1919 р. вона затвердила закон «Про вибори та призначення мирових суддів», яким встановлювалося, що органи місцевого самоврядування повинні найближчим часом обрати потрібну кількість мирових суддів на підставі закону Тимчасового уряду від 4 травня 1917 р.³

Таким чином, в основу судової системи «другої» УНР було покладено принципи судоустрою дореволюційної Росії, дещо модифіковані Центральною Радою і гетьманом. Але складна геополітична ситуація, в якій опинилася Україна, і передусім необхідність вести воєнні дії проти більшовиків, білогвардійців, анархістів, Антанти, поляків зумовлювали суттєві аномалії в судоустрої УНР⁴. На практиці існувала і діяла надзвичайна судова система, яка була далека від принципів, законодавчо проголошених Директорією.

Спочатку основними судовими установами УНР стали військово-польові суди, які за своїм станом були надзвичайними судовими органами. Вони почали формуватися через тиждень після створення самої Директорії, коли влада в Україні формально належала гетьману Скоропадському. Започаткував військово-польові суди наказ С. Петлюри і О. Осецького від 22 листопада 1918 р. На його підставі при всіх окремих військових частинах засновувалися військово-польові суди у складі двох старшин, двох козаків, прокурора та секретаря. Члени суду і прокурор мали призначатися наказом місцевої військової влади. Військове судочинство відрізнялося надзвичайною суворістю. Якщо частина перебувала на фронті або на стані облоги, військово-польові суди мали право виносити смертні вироки, які затверджувалися її командиром, або Головним отаманом⁵.

Окрім зазначених нормативних актів Директорії, для влаштування військово-польових судів командир Осадного

¹ Див.: Вісник державних законів для всіх земель УНР. – 1919. – Вип. 3.

² Там само. – Вип. 7.

³ Див.: Там само. – Вип. 5.

⁴ Див.: Ключков В. Прокуратура України часів УНР, Гетьманату та Директорії // Вісник прокуратури. – 2001. – № 1. – С. 107.

⁵ Див.: Українське державотворення: не витребуваний потенціал. Словник-довідник / За ред. О. М. Мироненка. – К., 1997. – С. 57.

корпусу Є. Коновалець і начальник штабу А. Мельник на свій розсуд застосовували царські Військовий статут про покарання 1869 р. та Положення про польове управління військ у воєнний час 1914 р., за якими визначалися склад злочину і відповідні санкції. 16 грудня 1918 р. Київ з околицями оголошувався у стані облоги, а при штабі корпусу засновувалися військово-польовий суд та спеціальна слідча комісія на чолі з отаманом Колодієм¹. Під юрисдикцію військово-польового суду підпадали військові і цивільні особи, обвинувачувані в участі у будь-яких маніфестаціях, скупченнях і зібраннях людей не лише на площах і вулицях, а й у закритих приміщеннях без належного на це дозволу, у друкуванні листівок, прокламацій та відозв, у продажу спиртних напоїв, власники театрів, кінематографів, ресторанів, паштетних, які не зачиняли свої установи о пів на десяту вечора, цивільні особи, які з'являлися на вулицях після 10-ї години вечора або не здали зброї до 21 грудня 1918 р., винні у незаконних арештах, обшуках і ревізіціях, у поширенні провокаційних пліток, агітації, підбурюванні, пограбуваннях, розбійництві, вбивствах, підпалах, згвалтуваннях, збройних нападах на військову варту і цивільних урядовців тощо.

Незважаючи на окремі посилення на згадані вище закони колишньої Російської імперії, Є. Коновалець і А. Мельник установлювали у наказах і власні санкції: розстріл на місці, строкова або безстрокова каторга, ув'язнення строком від 6 місяців до 2 років, грошовий штраф від 50 до 5000 крб. Саме вони 18 грудня 1918 р. дали вказівку військово-польовим судам не обмежуватися вищою міркою санкцій, передбачених у царських нормативних актах, застосовувати смертну кару щодо винних у спекуляції. А 20 грудня 1918 р. створили позасудовий орган — «дев'ятку», тобто Комісію у складі 9 чоловік — представників від Головного військового юридичного управління, військових частин та міністерства юстиції для термінового розгляду справ усіх противників нової влади у Києві, заарештованих до 14 грудня, тобто до дня вступу до столиці військ Директорії. 28 грудня 1918 р. вони видали наказ про «негайний розстріл без слідства і суду» всіх агітаторів проти існуючого державного устрою УНР, її самостійності, проти Директорії, її законів, наказів і розпоряджень¹.

¹ Див.: Українське державотворення... — С. 58.

Широка підсудність привела до того, що суд при штабі корпусу не встигав розглядати справи, а тому 20 грудня 1919 р. у Києві діяли вже два військово-польові суди: один при штабі 1-ї січової стрілецької дивізії, другий — при комендантові Києва. Зменшився і склад надзвичайного суду: тепер він працював у кількості трьох осіб — головуючого і двох членів за наявності двох запасних і військового слідчого. Голова, прокурор і оборонець призначалися начальником Головного військового юридичного управління, а члени судів особисто Є. Коновальцем. Штабний суд розглядав справи, які виникали у військових частинах, інституціях, залогах, а комендантський — решту.

Військово-польові суди виносили вирок, як правило, без попереднього слідства за поданням коменданта Києва. Доцільність запрошення свідків визначав головуючий. Строк вручення обвинувачення підсудному не визначався, а прокурор мав право змінити його у будь-який час. Вирок оскарженню не підлягав і вступав у законну силу негайно. Призначати кару меншу, ніж передбачала нижня межа санкції законів Російської імперії або наказів Є. Коновальця, суд не мав права. Справи розглядалися з максимальною швидкістю без додержання судом процесуальних строків. Особи, що після 14 листопада 1918 р. працювали в частинах, штабах, управліннях та інших установах добровольчих формувань, які не підтримували Директорію, якщо вони не підлягали більш суворій карі, у позасудовому порядку за розпорядженням командира тієї чи іншої військової частини висилалися за межі УНР.

26 січня 1919 р. всі військово-польові суди на території УНР було скасовано. Водночас втрачали чинність і всі закони, правила, інструкції та обіжники до них. Але місце військово-польових судів відразу заступили надзвичайні військові суди, які аж ніяк не були більш демократичними.

26 січня 1919 р. Директорія затвердила закон «Про надзвичайні військові суди». За цим законом подібні суди були винятковими і діяли в місцевостях, оголошених на воєнному стані або на стані облоги, а також на театрі воєнних дій.

А якщо взяти до уваги, що на підставі закону Директорії від 24 січня 1919 р. на всій території УНР оголошувався воєнний

¹ Див.: Українське державотворення... — С. 58.

стан, то не залишається сумнівів у тому, що «класичне» правосуддя відтіснялося на другий план¹, а то й зовсім не діяло.

Вироки надзвичайних військових судів виносилися за спрощеною процедурою, вони не підлягали оскарженню і негайно виконувалися. Щоправда, особи, засуджені до страти, мали право протягом шести годин після оголошення вироку звернутися з проханням про помилування або пом'якшення покарання до «Верховної влади», тобто до Директорії, а «в діючій армії — до Головного отамана»².

У зв'язку з низькою кваліфікацією суддів, а в більшості випадків — їх відсутністю, наказом Головного отамана від 14 червня 1919 р. деякі суди при військових корпусах і дивізіях розформовувалися. Незабаром виявилось, що через нестачу досвідчених суддів незадовільно діяли і судові установи на рівні корпусів. Тому наказом від 5 липня 1919 р. ці суди також було розформовано, а всіма справами мав займатися суд при Штабі діючої армії. В такому вигляді військовий суд діяв до кінця 1919 р.³

Система військового судочинства, що виникала стихійно і не мала належної правової бази своєї організації, майже з необмеженою юрисдикцією, ніким не контрольована, була знярядням вчинення репресій проти прихильників попереднього режиму, а згодом — проти опозиційних сил Директорії і окремих отаманів. Як наслідок, судова система була далека від виконання завдань зміцнення законності і правопорядку, а навпаки, збільшувала свавілля отаманів і поглиблювала анархію в державі. Тут слід погодитись із В. Винниченком, який писав стосовно отаманщини в Україні: «Не було ні кари, ні управи, ні суду, ні контролю над цими злочинцями»⁴.

Проблемам судоустрою значна увага приділялася і в межах Західноукраїнської Народної Республіки. 21 листопада 1918 р. Українська Національна Рада прийняла закон «Про тимчасову

¹ Див.: *Копиленко О. Л., Копиленко М. Л.* Держава і право України. 1917–1920. — К., 1997. — С. 154.

² *Історія держави і права України. Академічний курс / За ред. В. Я. Тація, А. Й. Рогожина.* — К., 2000. — Т. 2. — С. 105.

³ Див. *Кравчук М. В.* Правові основи будівництва Національних Збройних Сил України в 1914–1993 рр. Історико-правове дослідження. — Івано-Франківськ, 1997. — С. 164.

⁴ *Винниченко В.* Відродження нації: У III частинах. — К., 1990. — Ч. III. — С. 188.

організацію судів і судової влади»¹. Тимчасово судові функції в ЗУНР продовжували виконувати суди колишньої Австро-Угорської імперії під керівництвом Державного секретарства юстиції ЗУНР. Всі колишні судді, які не скомпрометували себе антинародною, антиукраїнською діяльністю і склали присягу чесно служити ЗУНР, залишалися на своїх посадах.

Незабаром секретарство юстиції ЗУНР розгорнуло активну діяльність з перебудови судової системи. Було видано розпорядження про утворення на території ЗУНР 12 судових округів і 130 судових повітів. Точно визначивши національний склад населення, секретарство юстиції розпорядилося провести вибори суддів за квотою один мандат на 40 тис. жителів, при цьому кожна національна меншість могла обрати своїх суддів. У такий спосіб слід було обрати 144 судді окружних судів, з них 102 українців, 25 поляків, 17 євреїв².

Оскільки кваліфікованих кандидатів на посади суддів з числа українців не вистачало, 11 листопада 1918 р. Українська Національна Рада прийняла закон «Про скорочення підготовчої судової служби», яким строк передсуддівської практики було скорочено з трьох до двох років.

У зв'язку з воєнним станом на території ЗУНР тимчасово було призупинено діяльність інституту присяжних. Але одночасно було прийнято низку законів і розпоряджень про провадження судочинства українською мовою, широке введення в нього принципів гласності, змагальності, права обвинуваченого і підсудного на захист та ін.

Продовження судової реформи в ЗУНР отримало оригінальний напрямок — було розмежовано кримінальне і цивільне судочинство. 11 лютого 1919 р. Українська Національна Рада видала закон про утворення в повітах трибуналів першої інстанції для розгляду кримінальних справ. Юрисдикція окружних і повітових судів обмежувалася цивільними справами. Суддів трибуналів призначало секретарство юстиції і затверджувала Українська Національна Рада або її Комітет. Трибунал діяв у складі одного або трьох суддів.

¹ Див.: Збірник законів, розпорядків та обіжників. — Станіслав, 1918. — С. 4–5.

² Див.: Кульчицький В. С., Настюк М. І., Тищик Б. Й. Історія держави і права України. — Львів, 1996. — С. 181–182.

Другою інстанцією у цивільних і кримінальних справах мав бути Вищий суд у Львові, а третьою — Надвищий державний суд. Але тимчасово до їх утворення функції другої та третьої інстанції належали спеціально створеним на цей час — Окремому судовому сенату II інстанції та Окремому судовому сенату III інстанції. Вони згідно з розпорядженням Державного Секретаріату ЗУНР діяли у Станіславі.

Крім органів цивільної юстиції в ЗУНР створювалася і військова юстиція. З перших днів існування ЗУНР вона опинилася у складній воєнно-політичній ситуації. Для захисту республіки поспішно створювалися збройні сили. 9 листопада 1918 р. у складі Державного Секретаріату було засновано секретарство військових справ. Його розпорядженням від 13 листопада було затверджено штатно-організаційну структуру Української Галицької Армії. Територію ЗУНР було поділено на три військові області: Львівську, Станіславську, Тернопільську, які, в свою чергу, розділялися на 12 військових округів. Поряд з військовими структурами створювалася військова юстиція.

Вже 8 листопада 1918 р., під час боїв у Львові, було створено перший військово-польовий суд, під юрисдикцію якого, крім військовослужбовців української армії, підпадали цивільні особи, що вчинили «заворушення публічного спокою, грабунків, крадіжку»¹. Перше офіційне розпорядження про створення органів військової юстиції Державний Секретаріат ЗУНР видав 16 листопада 1918 р.² Відповідно до нього у Львові планувалося створити Найвищий військовий трибунал як вищу судову інституцію держави. Військові обласні суди мали діяти в межах Львівської, Тернопільської та Станіславської військових областей.

Головами військових обласних судів призначалися коменданти цих областей, а їх членами були представники державної жандармерії та коменданти чотирьох військових округів, на які поділялись області. На час військових дій у Львові судочинство у Львівській військовій області виконував польовий суд Начальної Команди Галицької Армії. Він прийняв до розгляду всі справи колишніх дивізійних судів Львова та Перемишля. Державним обвинувачем в окружних судах виступав судовий офіцер,

¹ Див.: Діло. — 1918. — 9 лист.

² Вісник Державного секретаріату військових справ. — 1918. — 1 грудня.

при обласних судах — військовий прокурор, а при Найвищому військовому трибуналі мав виступати Генеральний військовий прокурор або його заступник. Військовим судом першої інстанції був окружний військовий суд, головою якого призначався окружний військовий комендант. Судочинство в місцях розташування частин Української Галицької Армії у Відні та Будапешті здійснювали окремі судді, які після збирання необхідних матеріалів пересилали їх до окружного військового суду в Станіславі¹.

Военна ситуація на фронтах та наявність у тилу великої кількості диверсантів і шпигунів вимагали створення більш мобільних органів, ніж звичайні військові суди. Розпорядженням Державного Секретаріату ЗУНР від 3 грудня 1918 р. при кожній окружній команді було створено військово-польові суди. У разі, коли в окремих окружних військових командах не діяли військово-польові суди, їх функції виконували суди сусідньої окружної команди після внесення подання до Державного секретарства військових справ про створення спільного суду².

У січні 1919 р. утворено військово-польовий суд Начальної Команди Українських військ і військово-польові суди груп «Північ», «Південь» та групи «Львів»³.

Військово-польовий суд Начальної Команди Українських військ розглядав в основному офіцерські справи, справи про шпигунство та надання допомоги ворогові. У травні 1919 р. ці справи через значні фінансові витрати та витрати часу знову було передано окружним військово-польовим судам⁴. Оскільки вони вимагали зменшення витрат, пов'язаних з проведенням судового слідства, дозволялись виїзди суддів в місця перебування свідків та підсудних. справи з одного суду в інший передавались після закінчення всіх слідчо-процесуальних дій. Головою окружного військово-польового суду призначався старший за військовим званням судовий офіцер. До складу військово-польового суду входило не менше трьох суддів: голова та два старшини, один з них виконував функції слідчого судді, другий — прокурора⁵.

¹ Див.: *Кобелецький М. М.* Військове судочинство у Західноукраїнській Народній Республіці // *Правова держава.* — К., 1998. — Вип. 9. — С. 225.

² Див.: *Вісник Державного секретаріату військових справ.* — 1918. — 14 груд.

³ Див.: Там само. — 1919. — 15 лют.

⁴ Див.: Там само. — 20 трав.

⁵ Див.: Там само. — 1918. — 14 груд.

Військові судді призначалися Державним секретарством військових справ з числа офіцерів української армії, які були цивільними суддями, або тих юристів, що склали суддівський чи адвокатський іспит. Державному секретарству військових справ підпорядковувався увесь допоміжний апарат судів. Військово-службовці Української Галицької Армії, які мали юридичну освіту і бажали стати військовими суддями, складали військово-судові іспити. Порядок їх проведення було визначено розпорядженням Державного секретарства військових справ від 4 травня 1919 р.¹ Було створено спеціальну комісію для прийому іспитів. До її складу входили голова і два члени. Головою комісії призначався судовий референт Державного секретарства військових справ. Іспит проходив аналогічно іспитам для цивільних суддів, але в дещо спрощеній формі².

У деяких випадках за дозволом Державного секретарства військових справ кримінальні справи могли розглядатися за участю адвокатів³. Вироки з кримінальних справ загалом були ліберальними, хоча мало місце і засудження на страту. Смертні вироки затверджувалися Державним секретаріатом і його остаточні рішення публікувались в урядових засобах масової інформації⁴. Розпорядженням Державного секретарства військових справ від 1 травня 1919 р. такі рішення могли приймати й окружні військові коменданти⁵. Заборонялося засуджувати до розстрілу осіб, яким на час вчинення злочину не виповнилось 20 років. Практика діяльності військово-польових судів знала випадки оскарження смертних вироків і навіть заміни розстрілу на тюремне ув'язнення⁶. Військове судочинство в ЗУНР з незначними змінами діяло на основі старих австрійських законів.

Військовим суддям, як і іншим військовослужбовцям, присвоювались військові звання за поданням Державного секретарства військових справ. У військово-судовій ієрархії ЗУНР існували звання: підполковника-судді, отамана-судді,

¹ Див.: Республіка. — 1919. — 7 трав.

² Див.: *Кобелецький М. М.* Вказ. праця. — С. 227.

³ Див.: Вісник Державного секретаріату військових справ. — 1919. — 15 лют.

⁴ Див.: Республіка. — 1919. — 7 трав.

⁵ Див.: Вісник Державного секретаріату військових справ. — 1919. — 15 лют.

⁶ Див.: Українські вісті. — 1919. — 7 трав.

сотника-судді, поручника-судді, судового четаря, судового хорунжого¹.

Військові судді, які приймалися на службу, склали спеціальну присягу. Присягу затвердив Державний секретаріат і її, крім суддів, складав увесь допоміжний апарат судів. У тексті присяги були такі слова: «Присягаю торжественно всемогучому Богу і прирікаю на мою честь бути вірним Українській Народній Республіці і повинуватись її законам і розпорядкам»².

Під юрисдикцію військово-польових судів підпадали, крім звичайних військових злочинів, також злочини, які вчинили цивільні особи. Цей перелік уточнено в розпорядженні Державного секретаріату від 17 лютого 1919 р., за яким військовослужбовці притягались до кримінальної відповідальності за «бунт, трусливість, порушення карності і порядку, дезертирство, недозволений бунт та злочини ворохобності». Цивільні особи притягались до кримінальної відповідальності за зраду батьківщини, повстання, знищення телеграфних і телефонних ліній та військового майна³.

У зв'язку з тим, що дані положення по-різному інтерпретувалися судами, розпорядженням Державного секретаріату від 1 березня 1919 р. цивільні особи підпадали під юрисдикцію військових судів тільки у разі вчинення щойно згаданих злочинів проти військового майна або майна, що перебувало під охороною армії. Підпадали під юрисдикцію військово-польових судів і більшовицька агітація та пропаганда⁴. Розпорядженням Державного Секретаріату від 17 лютого 1919 р. визначено особливості здійснення правосуддя стосовно осіб, які проходили службу в корпусі Державної жандармерії, та злочинів, які ними розслідувалися⁵.

При переході Української Галицької Армії за р. Збруч було дещо змінено структуру військово-судових органів. Розпорядженням військової канцелярії Диктатора від 16 липня 1919 р. створено військово-польовий суд Начальної Команди Галицької Армії, військово-польові суди I, II та III корпусів. В етапній області діяли військово-польовий суд етапної області Галиць-

¹ Див.: Вісник Державного секретаріату військових справ. – 1919. – 10 січ.

² Див.: Там само. – 15 лют.

³ Див.: Там само. – 10 квіт.

⁴ Див.: Там само. – 26 трав.

⁵ Див.: Там само. – 10 квіт.

кої Армії та військово-польовий суд вишколу Українських Січових Стрільців в місцях їх розташування¹. Ці суди продовжували здійснювати судочинство щодо військовослужбовців військових частин, які підпорядковувалися Начальній Команді Галицької Армії. А стосовно військових та цивільних осіб Наддніпрянської України вони лише збирали доказові матеріали і пересилали їх судовому референтові Диктатора ЗО УНР. Ці матеріали пізніше передавались відповідним судам Української Народної Республіки. Крім того, в розпорядженні від 16 липня 1919 р. передбачалося створити при окремих станційних етапних командах Галицької Армії спеціальні слідчі суди для швидкого збирання доказових матеріалів, які щодо осіб Наддніпрянської України передавались судовому референтові Диктатора, а щодо осіб, підпорядкованих Начальній Команді Галицької Армії, — військово-польовому суду команди етапу Галицької Армії.

Надійшла до редколегії 15.09.01

¹ Див.: *Кобелецький М. М.* Військове судочинство у Західноукраїнській Народній Республіці. — С. 228.

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

В. Костицький, член-кореспондент
АПРН України

Головні проблеми правового регулювання вексельного обігу та шляхи подальшого вдосконалення законодавства про векселі

Вексель можна вважати «першим» у світі цінним папером, що з'явився в епоху середньовіччя для полегшення грошового обігу в умовах феодальної роздробленості, яка значно ускладнювала торгівлю. Поступово, з розвитком економіки, вексель набув сучасного вигляду і правової форми, яка і є офіційно закріпленою в Уніфікованому законі про переказні векселі та прості векселі, що є Додатком № 1 до Женевської конвенції 1930 р. про запровадження Уніфікованого закону про переказні векселі та прості векселі. Слід зазначити, що крім самого Уніфікованого закону (Додаток № 1) згадана Женевська конвенція має Додаток № 2, відповідно до якого держава, що має намір її ратифікувати, може обирати певні застереження щодо положень Уніфікованого закону, які вона запроваджує на власній території¹. Крім цього, до «пакета» конвенцій про вексельний обіг входять Женевська конвенція 1930 р. про врегулювання деяких колізій законів про переказні векселі та прості векселі і Женевська конвенція 1930 р. про гербовий збір стосовно переказних векселів та простих векселів.

Як відомо, СРСР приєднався до Женевської конвенції 1930 р., а 7 серпня 1936 р. ЦВК і РНК СРСР затвердили Положення про простий і переказний вексель, яке застосовувалось у зовнішньоекономічних відносинах.

¹ Мабуть, варто згадати, що Женевська конвенція досі не ратифікована такими державами, як США та Велика Британія, які мають власне вексельне законодавство, відмінне від європейського вексельного права, запровадженого Женевськими конвенціями.

Набуття Україною незалежності та перехід до ринкової економіки стали важливими чинниками розвитку українського законодавства, в тому числі законодавства про цінні папери. 18 червня 1991 р. Верховна Рада прийняла Закон «Про цінні папери і фондову біржу», який не тільки визнав вексель цінним папером, а й встановив загальні засади вексельного обігу в Україні. За ст. 22 цього Закону векселем визнається цінний папір, який засвідчує безумовне грошове зобов'язання векселедавця сплатити після настання строку певну суму грошей власнику векселя.

17 червня 1992 р. Верховна Рада України прийняла спеціальну постанову «Про застосування векселів у господарському обороті України», якою, зокрема, передбачено введення в Україні вексельного обігу з використанням простого і переказного векселів відповідно до Женевської конвенції 1930 р. Тут доцільно звернути увагу на те, що на той час український парламент не ратифікував Женевську конвенцію 1930 р., а просто надав чинності її положенням на території України.

Крім цього, постановою Верховної Ради «Про застосування векселів у господарському обороті України» Кабінетові Міністрів України разом з Нацбанком України було доручено затвердити правила виготовлення і використання вексельного обігу, а Нацбанку встановити порядок здійснення комерційними банками операцій з обліку (дисконту) векселів, прийняття їх у заставу та інших операцій банків з векселями.

На виконання цього доручення 17 червня 1992 р. було прийнято спільну Постанову Кабінету Міністрів і Нацбанку за № 528 «Про затвердження Правил виготовлення і використання вексельних бланків», яка, зокрема, встановила такі особливості вексельного обігу в Україні:

— право використовувати векселі, а також виступати векселедавцями, акцептантами, індосантами і авалістами одержали тільки юридичні особи — суб'єкти підприємницької діяльності;

— векселі видаються лише для оплати за поставлену продукцію, виконані роботи та надані послуги, за винятком векселів Мінфіну, Нацбанку та комерційних банків України.

У свою чергу, Нацбанк України 25 лютого 1993 р. затвердив Порядок проведення банками операцій з векселями, яким встановив, що банки можуть здійснювати з векселями кредитні та комісійні операції. При цьому до кредитних операцій віднесе-

но облік (дисконт) векселів; видача позичок до запитання під забезпечення векселів, рефінансування вексельних операцій, а до комісійних — прийняття векселів на інкасо для одержання платежів і для оплати векселя у строк, а також зобов'язання сплатити вексель за платника (доміциляція).

Отже, на початок 1993 р. в Україні закінчився перший етап утворення власної нормативно-правової бази вексельного обігу. Слід звернути увагу на те, що її розвиток відбувався також у напрямі, який можна вважати дещо «нетрадиційним» для звичайного розуміння векселя як цивільно-правового зобов'язання. Наприклад, згідно з відповідними законами України вексель став широко використовуватись у податкових і митних зобов'язаннях як своєрідний «засіб забезпечення» сплати податків і митних зборів. Досить згадати, що відповідно до ст. 17 Закону України «Про іноземні інвестиції» митні органи здійснюють пропуск майна, яке ввозиться на територію України як внесок іноземного інвестора до статутного фонду підприємства з іноземними інвестиціями, на підставі виданого підприємством простого векселя на суму мита з відстроченням платежу не більше ніж на 30 календарних днів з дня оформлення ввізної вантажної митної декларації.

За Уніфікованим законом розрізняються два окремі види векселів: переказні та прості. Причому за ст. 1 цього закону переказний вексель містить: 1) назву «переказний вексель», включену до тексту документа, тією мовою, якою цей документ складено; 2) безумовний наказ сплатити певну суму грошей; 3) найменування особи, яка повинна платити (трасат); 4) зазначення строку платежу; 5) зазначення місця, в якому має бути здійснено платіж; 6) найменування особи, якій або згідно з наказом якої має бути здійснено платіж; 7) зазначення дати і місця складення векселя; підпис особи, яка видає вексель (трасант).

У свою чергу, згідно зі ст. 75 Уніфікованого закону простий вексель містить: 1) назву «простий вексель», включену до тексту документа, тією мовою, якою цей документ складено; 2) безумовне зобов'язання сплатити певну суму грошей; 3) зазначення строку платежу; 4) зазначення місця, в якому має бути здійснено платіж; 5) найменування особи, якій або згідно з наказом якої має бути здійснено платіж; 6) зазначення дати і місця складення векселя; підпис особи, яка видає вексель (векселедавець).

Із наведених визначень випливає головна відмінність між ними. Простий вексель містить безумовне зобов'язання векселедавця сплатити певну суму грошей, а переказний — безумовний наказ іншій особі (трасату) сплатити певну суму грошей. Отже, якщо за простим векселем зобов'язується сам векселедавець, то за переказним — третя особа, яка має виконати відповідний наказ векселедавця.

Про масштабність застосування векселів у народному господарстві України свідчать декілька цифр. Наприклад, за даними Статистичного бюлетеня за 2000 рік Державного комітету статистики, у загальній структурі емісії цінних паперів в Україні частка векселів на 01.01.2000 р. становила 66,2%, а на 01.10.2000 р. — вже 66,5%. До речі, у цьому бюлетені констатується «зростання випуску векселів як найбільш популярного фінансового інструменту в умовах відсутності грошових коштів на рахунках суб'єктів господарської діяльності». Зокрема, за 9 місяців 2000 р. суб'єктами господарської діяльності придбано цінних паперів інших емітентів на 62 350,4 млн грн., з яких переважну частину становили векселі — 95,4%. Причому акцій було придбано лише 2,1%, а облігацій — 1,4%. Іншим прикладом широкого застосування векселів у економіці України може слугувати діяльність з векселями такої відомої в країні банківської установи, як «Приватбанк». За даними УНІАН, які надано прес-службою «Приватбанку», в 2000 році обсяг операцій банку з авалювання векселів клієнтів становив 153,4 млн грн. і 8 млн дол., обсяг торговельних та інвестиційних операцій банку з векселями підприємств України — 3721,4 млн грн. При цьому самим «Приватбанком» емітовано власних векселів на суму 15 449 млн грн., що у 4,68 разів більше, ніж у 1999 р. Це зумовлює необхідність подальшого вдосконалення законодавчого забезпечення вексельного обігу в Україні.

Відлік початку другого етапу розвитку вексельного законодавства, на наш погляд, слід вести від 6 липня 1999 р. Саме цього дня Верховна Рада від імені України, прийнявши три відповідних закони, приєдналася до Женевської конвенції 1930 р., якою запроваджено Уніфікований закон про переказні та прості векселі, до Женевської конвенції 1930 р. про врегулювання деяких колізій законів про переказні векселі та прості векселі та до Женевської конвенції 1930 р. про гербовий збір стосовно переказ-

них векселів і простих векселів¹. Проте слід зазначити, що приєднання до Женевської конвенції 1930 р., якою запроваджено Уніфікований закон про переказні та прості векселі, на нашу думку, відбулося вкрай невдало. Замість того, щоб зробити окремі застереження щодо особливостей застосування конвенції на території України, приєднання відбулося з урахуванням загалом усіх застережень, обумовлених Додатком № 2 до цієї конвенції. У зв'язку з цим згодом виникла необхідність у Законі України «Про обіг векселів в Україні», який було прийнято Верховною Радою 21 грудня 2000 р.

Перш за все зазначимо, що цей Закон має досить незвичайну внутрішню структуру, яка взагалі не характерна для українського законодавства. Особливість цієї структури полягає в тому, що частина норм Закону встановлює порядок застосування в Україні окремих застережень щодо норм Уніфікованого закону, закріплених у Додатку № 2 до Женевської конвенції 1930 р., якою запроваджено Уніфікований закон, і по суті є відсильними нормами до неї. Друга частина норм Закону встановлює особливості вексельного обігу, які безпосередньо не впливають із згаданої конвенції і є здебільшого продуктом творчості українського законодавця.

Зрештою, до головних особливостей національного вексельного обігу в Україні за цим Законом можна віднести такі:

1) зобов'язуватись та набувати права за переказними та простими векселями на території України можуть юридичні та фізичні особи — суб'єкти підприємницької діяльності (щодо останніх передбачено набрання чинності цим Законом з 1 січня 2002 р.);

2) видавати переказні та прості векселі можна лише для забезпечення дійсної вимоги, що виникає у зв'язку із зобов'язаннями щодо поставки товарів, виконання робіт, надання послуг. При цьому на момент видачі переказного векселя особа, назначена у ньому як трасат (тобто особа, яка повинна здійснити платіж) або векселедавець простого векселя, повинна мати перед трасантом (тобто особою, яка видає вексель) та/або особою, якій або за наказом якої має бути здійснено платіж, зобов'язан-

¹ Женевські конвенції про вексельний обіг як міжнародні угоди, ратифіковані безпосередньо Україною як незалежною державою, набули чинності на території України з 6 січня 2000 р.

ня, сума якого має бути не меншою, ніж сума платежу за векселем;

3) платіж за векселем на території України здійснюється тільки в безготівковій формі;

4) вексель, опротестований нотаріусом (виконавчий напис нотаріуса) є виконавчим документом;

5) векседавець зобов'язаний вести реєстр виданих векселів;

6) забороняється використовувати векселі як внесок до статутного фонду господарського товариства;

7) зміни до тексту векселя можуть вноситися за ініціативою його держателя виключно векседавцем (трасантом) шляхом закреслення старого реквізиту та написання нового.

В кінцевому результаті законодавство про вексельний обіг в Україні сьогодні складається з:

1) відповідних Женевських конвенцій 1930 р. про вексельний обіг. Підкреслимо, що останні згідно зі ст. 9 Конституції України як чинні міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких дано Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Причому слід зауважити, що Уніфікований закон діє в Україні з урахуванням застережень, встановлених Законом «Про вексельний обіг в Україні»;

2) відповідних положень глави 6 «Векселі» Закону «Про цінні папери і фондову біржу»;

3) Закону «Про обіг векселів в Україні»;

4) відповідних положень інших законів України;

5) відповідних підзаконних нормативно-правових актів.

Таким чином, слід відзначити надмірно складну побудову цієї системи, особливо на рівні законів. У зв'язку з цим доречно скористатися досвідом колишнього СРСР, який, на відміну від України, не приймав багатьох окремих законів, зміст яких дуже важко узгодити між собою, а звів усі норми щодо вексельного обігу в одному нормативному акті. На нашу думку, до цієї пропозиції варто було б повернутися після прийняття нового Цивільного кодексу України та нової редакції Закону «Про цінні папери і фондову біржу».

Слід згадати, що досить серйозну увагу приділяють питанням вексельного обігу і судові органи. Так, Вищий арбітражний суд України 11 грудня 2000 р. підготував спеціальний огляд практики вирішення судовою колегією Вищого арбітражного

суду з перегляду рішень, ухвал, постанов, спорів, пов'язаних з вексельним обігом, у якому на підставі вивчення конкретних судових справ, зокрема, визначено, що векселедержатель має право на подання позову до всіх осіб, які видали, акцептували, індосували переказний вексель або поставили на ньому аваль, оскільки названі особи є солідарно зобов'язаними перед векселедержателем. Крім цього встановлено, що якщо договором купівлі-продажу передбачено альтернативну форму розрахунків: у грошовій формі або шляхом передачі векселів, і покупцем на виконання договору здійснено передачу векселів продавцю, зобов'язання покупця щодо оплати вважається виконаним належним чином. Вирішено і багато питань оподаткування вексельного обігу, зокрема передбачено, що операції, у яких вексель виступає як розрахунковий документ, не є об'єктом обкладення податком на додану вартість, а бартерні (товарообмінні) операції з використанням векселів, у яких вексель виступає як товар, підлягають обкладенню податком на додану вартість на загальних підставах.

Як відомо, Закон «Про обіг векселів в Україні» було повернуто Президентом України до парламенту 26 січня 2001 р. на повторний розгляд із зауваженнями, основними з яких є такі:

1) Президент вважав, що правило про можливість зобов'язуватись та набувати права за переказними та простими векселями лише суб'єктами підприємницької діяльності суперечить Уніфікованому законодавству про переказні векселі та прості векселі, який не містить обмежень щодо кола фізичних осіб, які можуть зобов'язуватись та набувати права за векселем;

2) Президент вважав також, що видавати переказні та прості векселі можна лише для оформлення грошового боргу за фактично поставлені товари, виконані роботи та надані послуги.

Зазначимо, що у цих зауваженнях як у краплі води відбилася головна проблема вексельного обігу в Україні, і вона дуже чітко визначена Президентом. На його думку, яка має під собою досить серйозне економічне підґрунтя і головне — реальний економічний досвід господарської діяльності в країні, зняття заборони на видачу векселів лише для оплати за фактично поставлені товари, виконані роботи, надані послуги і надання можливості видачі векселя одразу після укладання договору на поставку товарів (робіт, послуг) без фактичного руху товарно-матеріаль-

них цінностей може призвести до масового випуску не забезпечених товарами векселів і, як наслідок, до дисбалансу грошового обігу в державі, негативно вплинути на ситуацію з платежами в господарському обороті та створити загрозу економічній безпеці України у сфері розрахунків. Крім цього, у зв'язку з масовим випуском не забезпечених товарами векселів знижуватимуться ліквідність і платоспроможність боржників-векселедавців, які видаватимуть векселі без фактичного одержання товарів, внаслідок чого обсяг їх зобов'язань зростатиме без відповідного збільшення активів, яке має місце при одержанні товарно-матеріальних ресурсів.

Слід зазначити, що 5 квітня 2001 р. Закон «Про обіг векселів» було повторно розглянуто парламентом, і Верховна Рада погодилася з пропозиціями Президента.

Натомість, не відкидаючи можливості зазначених економічних наслідків зняття заборони на видачу векселя лише під реально поставлений товар (виконану роботу, наданні послуги), особливо в сучасних умовах, коли для багатьох головним є не додержання закону, а використання його для забезпечення власних зловживань, зазначимо лише одне, маючи на увазі перспективи подальшого розвитку вексельного законодавства. Видається, що прибічники такої економічної «товарної» природи векселя насправді визнають його «грошову» (а скоріше, «платіжну») природу, оскільки безпосередньо пов'язують кількість товарів у країні не тільки з кількістю грошей, а й з кількістю векселів.

На наш погляд, оптимальним вирішенням проблеми «безтоварних» векселів сьогодні могло б бути перенесення строку набуття чинності спірними положеннями щодо можливості видачі векселів не лише для сплати за фактично поставлені товари, виконані роботи, надані послуги з 1 січня 2002 р. на пізнішу дату. Це дозволить більш ґрунтовно опрацювати механізм запобігання можливим зловживанням у вексельному обігові, використовуючи для цього, зокрема, реєстр векселів, який має вести векселедавець, запровадження якого планується згідно із Законом «Про обіг векселів в Україні».

Повертаючись до юридичної природи векселя, зазначимо і таке. Насамперед вексель породжує зобов'язальні права¹. Ви-

¹ Див.: *Онуфрієнко О. І.* Право власності на цінні папери. Право власності в Україні. – К., 2000. – С. 374.

дається, що з Уніфікованого закону про переказні векселі та прості векселі можна зробити висновок про те, що вексель за своєю юридичною природою є абстрактним грошовим зобов'язанням, яке виражається у письмовій, чітко встановленій законом формі. Абстрактний характер векселя полягає в тому, що він зберігає свою силу незалежно від причин, які стали підставою для його видачі. Вексельне зобов'язання — це нічим не обумовлене зобов'язання векселедавця (простий вексель) або іншого зазначеного у векселі платника (переказний вексель) виплатити у разі настання встановленого у векселі строку і одержані у борг грошові суми, тобто вексельне зобов'язання є безспірним і безумовним.

Отже, за Уніфікованим законом переказні векселі та прості векселі є зобов'язанням сплатити грошову суму, безпосередньо не пов'язану з будь-якою угодою. Однак цілком очевидно, що за нормальних умов жоден векселедавець не братиме на себе зобов'язання сплатити через певний строк грошову суму, не одержавши, у свою чергу, від іншої особи — векселедержателя — грошей чи іншої матеріальної користі. Інакше кажучи, перш ніж виписати вексель, векселедавець має щось одержати від векселедержателя. На жаль, до розуміння необхідності такого підходу з огляду на «звичаї ділового обороту», а не під тиском закону, у нас в країні ще дуже далеко. Саме тому законодавець змушений запроваджувати у Законі «Про обіг векселів в Україні» різного роду штучні обмеження, які, на нашу думку, безпосередньо не впливають із Уніфікованого закону, і річ, по суті, в одному: мають вони бути дуже жорсткими чи ні.

З цих же причин, виходячи з Закону «Про обіг векселів в Україні», вексель втрачає характер безумовного зобов'язання, і його видача пов'язується із забезпеченням дійсної вимоги, а саме вексельне зобов'язання набуває своєрідного «похідного» характеру від «основного» зобов'язання. Причому за Законом дійсна вимога пов'язується лише із зобов'язаннями щодо поставки товарів, виконання робіт, надання послуг і зовсім не пов'язується з наданням векселедавцю грошей. Більш того, згідно із Законом забороняється видавати вексель у разі одержання векселедавцем від векселедержателя грошей! Але ж свого часу вексель з'явився саме для цього. У нас же головні пристрасті вирують не навколо виконання векселем своєї головної

функції, а навколо того, чи можна його використовувати для попередоплати за товари (виконану роботу, наданні послуги), які видаватимуться після підписання відповідного «основного» зобов'язання, чи вексель може виписуватися лише для оформлення грошового боргу за фактично поставлені товари, виконані роботи, надані послуги.

Зазначимо, що, на нашу думку, під дійсною вимогою у вексельному обігу за аналогією слід розуміти те ж саме, що і під дійсною вимогою, якою може бути забезпечено заставу за ст. 3 Закону України «Про заставу». Нагадаємо, що дійсність застави означає, «по-перше, те, що нею забезпечуються лише вимоги, які відповідають закону та непогашені за давністю, а, по-друге, заставою не може бути забезпечена уявна вимога, вона може забезпечувати лише реально існуючу вимогу»¹. Саме за таких умов відповідно до ст. 4 Закону «Про обіг векселів в Україні» мають видаватись і векселі.

З побоюванням масових зловживань пов'язане і небажання дозволити брати участь у вексельному обігові фізичним особам. Необхідно також звернути увагу на те, що широку їх участь у вексельному обігові заперечує і вимога закону про те, що платіж за векселем на території України здійснюється тільки у безготівковій формі. Разом з тим відзначимо, що сама по собі векселездатність включає дві складові: вексельну правоздатність як здатність мати вексельні права та нести вексельні обов'язки і вексельну дієздатність як здатність особи власними діями набувати права і створювати для себе вексельні зобов'язання. Причому здатність особи мати та своїми діями набувати права за векселем, тобто виступати вексельним кредитором, є її активною векселездатністю. У свою чергу, здатність особи мати і брати на себе вексельні зобов'язання, тобто виступати вексельним боржником, становить її пасивну векселездатність. При цьому ст. 2 Женевської конвенції 1930 р. про врегулювання деяких колізій законів про переказні векселі та прості векселі передбачає, що здатність особи і бути зобов'язаною за переказним чи простим векселем визначається її (особи) національним законом. Отже, Женевські вексельні конвенції дозволяють національному законодавцю запроваджувати певні обмеження

¹ Шкрум Т. С. Речово-правові способи забезпечення виконання грошових зобов'язань. Зобов'язальне право. – К., 1998. – С. 72.

щодо осіб (причому як юридичних, так і фізичних), які зобов'язуються за векселем.

Слід звернути увагу на ще одну дуже важливу особливість вексельного зобов'язання за переказним векселем, тісно пов'язану з його безумовним характером, а саме на необхідність його акцепту, під яким мається на увазі прийняття платником (трасатом) за переказним векселем зобов'язання оплатити вексель у разі настання зазначеного в ньому строку. Тобто, певною гарантією того, що за переказним векселем буде проведено реальні платежі для векселедержателя, є його акцепт платником (трасатом). Більш того, саме шляхом акцепту трасат зобов'язується здійснити платіж за переказним векселем у разі настання строку платежу. А у разі неплатежу векселедержатель має право вчинити проти акцептанта прямий позов. Якщо платник (трасат) відмовляється здійснити акцепт, векселедержатель має право регресного позову проти векседавця (трасанта), індо-сантив та інших зобов'язаних осіб.

Отже, на нашу думку, є серйозні підстави для того, щоб погодиться з В. Беловим у тому, що «переказний вексель — це не що інше, як оферта трасанту, яка адресується трасату, про укладення з ним договору про оплату на користь третьої особи — векселедержателя»¹. З цієї конструкції, до речі, стає більш очевидною відповідальність векседавця за несумлінність при видачі переказного векселя. У разі, якщо платником за векселем зазначено неіснуючу особу або особу, щодо якої у векседавця не має жодного права вимоги, векседавець є звичайним шахраєм і має нести за це кримінальну відповідальність.

На жаль, Закон «Про обіг векселів в Україні» містить одну дуже серйозну і немотивовану розбіжність з Уніфікованим законом. Він скасовує судовий порядок розгляду вексельних спорів, запроваджуючи натомість норму про те, що опротестований нотаріусом вексель є виконавчим документом. Слід зазначити, що сам Уніфікований закон досить чітко відрізняє поняття протесту (який здійснюється нотаріусом) і позову (який розглядається судом). Так, за ст. 44 Уніфікованого Закону відмову в акцепті або у платежі має бути підтверджено засвідченим автентичним документом (протест у неакцепті або у неплатежі), а за ст. 28 — у разі неплатежу держатель має право вчинити про-

¹ Белов В. А. Ценные бумаги в российском гражданском праве. — М., 1996. — С. 204.

ти акцептанта прямиий позов. Причому неакцент за ст. 44 має бути підтверджений протестом. Залишається зазначити, що судовий порядок розгляду спорів і виконання відповідного рішення суду в порядку виконавчого провадження, на відміну від визнання виконавчим документом опротестованого нотаріусом векселя, є більш надійним шляхом запобігання можливим зловживанням і правопорушенням у вексельному обігові.

Наприкінці відмітимо, що в правовому регулюванні вексельного обігу, на жаль, залишилося багато проблем, спірних питань і різного роду неузгодженостей між законодавчими актами, які навряд чи будуть усунуті навіть із остаточним прийняттям Закону «Про обіг векселів в Україні», хоча його прийняття, безсумнівно, є важливим кроком у напрямі розвитку вексельного законодавства. Слід також пам'ятати, що частина цих проблем пов'язана із загальноекономічними проблемами, решта ж проблем є суто правовими. Проте вони вимагають свого вирішення, і подальше вдосконалення вексельного законодавства має постійно бути у центрі уваги як законодавців, так і науковців. Тому, на нашу думку, після прийняття нового Цивільного кодексу і нового Закону «Про цінні папери і фондовий ринок» з урахуванням досвіду застосування положень Закону «Про обіг векселів в Україні» необхідно буде повернутися до розроблення нової редакції цього Закону.

Надійшла до редколегії 05.09.01

М. Сібільов, член-кореспондент
АПРН України

Поняття правового режиму приватного права

У галузевій юридичній науці категорія «правовий режим» широко використовується при аналізуванні відносин, що складаються у сфері приватного права стосовно окремих об'єктів. Достатньо відзначити, що майже всі дослідники відносин власності так чи інакше торкаються питань правового режиму

окремих видів майна¹. Деяким з них було присвячено спеціальні дослідження². Слід підкреслити, що всі зазначені дослідники, крім І. Жилінкової, використовують категорію «правовий режим» без пояснення її суті. І. Жилінкова обрала інший шлях, який, безумовно, заслуговує на увагу. Розгляду окремих видів правових режимів майна членів сім'ї передує ретельний аналіз самого поняття правового режиму. Відштовхуючись від визначень правового режиму, що містяться в теорії права³, І. Жилінкова погоджується з тим, що правовий режим — це певний порядок регулювання суспільних відносин, але одночасно вона виділяє низку рис, які у своїй сукупності характеризують правовий режим саме як такий. Цей порядок, підкреслює авторка, виникає як результат дії комплексу взаємопов'язаних правових засобів (норм права, способів правового регулювання, правовідносин, суб'єктивних прав і обов'язків, міри відповідальності), серед яких саме домінуючий спосіб правового регулювання (дозвіл) виступає єдиним регулятивним стрижнем, що зумовлює загальнодозвільний тип регулювання майнових відносин у сім'ї з метою досягнення певного правового результату. Оскільки при регулюванні майнових відносин у сім'ї використовуються різні способи та типи регулювання, він розглядається як динамічна правова форма, що постійно розвивається. Такий підхід до правового режиму майна членів сім'ї зумовив

¹ Див., напр.: *Маслов В. Ф.* Основные проблемы права личной собственности в период строительства коммунизма в СССР. — Х., 1968. — С. 145, 179; *Маслов В. Ф., Подопригора З. А., Пушкин А. А.* Действующее законодательство о браке и семье. — Х., 1972. — С. 62; *Шевченко Я. Н.* Совершенствование законодательства о семье // Теоретические проблемы соотношения гражданского и семейного законодательства. — К., 1986. — С. 96; *Дзера О. В.* Развитие права собственности граждан в Украине. — К., 1996. — С. 213, 217; Право собственности в споживчій кооперації / За ред. В. І. Семчика. — К., 1996. — С. 79–127.

² Див.: *Циммерман Ю. С.* Правовой режим основных и оборотных средств государственных производственных предприятий. — М., 1967; *Земенгоф З. М.* Правовой режим имущества хозяйственных органов. — М., 1972; *Жилінкова И. В.* Правовой режим имущества членов семьи. — Х., 2000.

³ Див.: *Проблемы теории государства и права: Под ред. С. С. Алексеева.* — М., 1987. — С. 258; *Алексеев С. С.* Общие дозволения и запреты в советском праве. — М., 1989. — С. 185; *Теория государства и права / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько.* — М., 1997. — С. 645; *Алексеев С. С.* Теория права — М., 1994. — С. 168–176; *Гражданское право: В 2 т. / Под ред. Е. А. Суханова.* — М., 1993. — Т. 1. — С. 112; *Цивільне право.* — К., 1997. — С. 115.

визначення його як побудованого на єдиних регулятивних засадах порядку, що виникає в результаті дії комплексу правових засобів, спрямованих на регулювання відносин, що складаються стосовно майна членів сім'ї, і визначає характер та обсяг їх прав і обов'язків відносно цього майна¹. Позитивно оцінюючи в цілому як підхід до аналізу правового режиму майна членів сім'ї, запропонований І. Жилінковою, так і саме його визначення, слід вказати на дві обставини, що мають принципове значення. По-перше, на наш погляд, І. Жилінкова формально вийшла за логічні межі дослідження правового режиму майна членів сім'ї, оскільки, аналізуючи його, охопила всі ланки правового регулювання. Невипадково С. Алексеев, який розмежовує поняття правового режиму окремого об'єкта або виду діяльності та правового режиму галузі в цілому, відзначає, що питання про правовий режим (за винятком питань про правовий режим галузей) виникає, як правило, відносно не всіх ланок правового регулювання (юридичні норми, правовідносини, суб'єктивні права і обов'язки, акти реалізації прав і обов'язків), а головним чином відносно суб'єктивних прав. Саме тому, підкреслює С. Алексеев, хоча характеристика правових режимів здійснюється стосовно окремих об'єктів, але «режим об'єкта» — це лише скорочене словесне позначення порядку регулювання, що знаходить своє вираження у характері та обсязі прав відносно об'єкта (тих чи інших природних об'єктів, видів державного майна, землі тощо)².

По-друге, І. Жилінкова, правильно вказуючи на особливу роль у формуванні правового режиму майна членів сім'ї такого способу правового регулювання, яким є дозвіл, все ж чітко не фіксує іншого важливого положення про те, що дозвіл є превалюючим способом для приватного права взагалі. І це пов'язано не з певними об'єктами, а з диспозитивним методом регулювання. Саме він у кінцевому результаті зумовлює загальнодозвільний тип регулювання і виступає виразником самої суті правового режиму всього приватного права.

Безумовно, ця загальна риса правового режиму сфери приватного права проявляється у правових режимах усіх об'єктів, хоч би з огляду на те, що правовий режим окремих об'єктів при-

¹ Див.: Жилінкова І. В. Вказ праця. — С. 56–83.

² Див.: Алексеев С. С. Теория права. — М., 1994. — С. 171.

ватного права є частиною цілого, яким виступає правовий режим сфери приватного права.

Можливість використання категорії «правовий режим» стосовно галузей права в сучасній юридичній науці знаходить все більше прихильників¹. С. Алексєєв, який зробив значний внесок у послідовну розробку цієї проблеми, пояснює таку можливість тим, що галузі права — це не просто зони юридичного регулювання, не штучно скомпоновані сукупності норм, а реально існуючі та юридично своєрідні підрозділи у самому змісті права, а зазначену юридичну специфіку окремих структурних підрозділів права може бути відображено лише в особливих режимах регулювання². Це стосується і такого структурного підрозділу права, яким є приватне право, а тому є всі підстави застосовувати категорію «правовий режим» до всієї сфери відносин, що регулюються ним. Підтвердження правомірності такого підходу можна побачити і в певних уточненнях С. Алексєєвим викладеної позиції щодо правового режиму галузей права. В більш пізніших роботах³ автор, хоча й відтворює вже цитоване положення про сутність галузей права, але, з одного боку, попередньо вміщує нову додаткову принципово важливу тезу щодо ролі «предмета» регулювання в побудові системи права, а з другого — вносить певні корективи в текст, що відтворюється ним. У новій, додатковій тезі надання радянською юридичною наукою суто з ідеологічних міркувань ключового значення предмету регулювання в розумінні права та у розумінні своєрідності галузей права всупереч наявності обмеженого впливу «предмета» на особливості юридичного регулювання не тільки піддається критиці, а й стверджується, що галузі права відрізняються саме тим, що для них характерною є юридична своєрідність регулювання з точки зору самої їх природи. Виходячи з цього, в положення, що відтворюється ним, вно-

¹ Див.: Алексєєв С. С. Отрасли советского права: проблемы, исходные положения // Сов. государство и право. — 1979. — № 9. — С. 8–19.; Исаков В. Б. Правовые режимы и их совершенствование // XXVII съезд КПСС и развитие теории права. — Свердловск, 1982. — С. 34–39; Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства. — М., 1999. — С. 436; Малько А. В. Политическая и правовая жизнь России. — М., 2000. — С. 113–117.

² Див.: Алексєєв С. С. Теория права. — М., 1999. — С. 105.

³ Див.: Алексєєв С. С. Право. Опыт комплексного исследования. — М., 1999. — С. 248–250; його ж. Восхождение к праву. Логика и решения. — М., 2001. — С. 63–65.

ситься уточнення про те, що галузі права «...це не просто зони юридичного регулювання, не штучно скомпоновані сукупності норм «за предметом» (виділено нами — М. С.), а реально існуючі та юридично своєрідні підрозділи у самому змісті права».

Отже, С. Алексєєв хоча формально і веде мову про галузі права, все ж має на увазі по суті реально існуючі підрозділи права, що характеризуються не за предметом, а за їх юридичною специфікою. Саме таким підрозділом і є приватне право, норми якого регулюють на засадах децентралізації та диспозитивності всі майнові та особисті немайнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності суб'єктів, що складають його сферу¹. Приватне право створює ніби ізольовану від державної (публічної) влади зону свободи, де вершителем своїх майнових господарських справ є самі приватні особи; вторгнення державної влади в цю зону, за винятком випадків, прямо передбачених законом і за рішенням суду, не дозволяється. І в той же час дії приватних осіб державна (публічна) влада зобов'язана не тільки визнавати, а й захищати². Отже, приватне право — це реально існуючий та юридично своєрідний підрозділ права, в межах якого функціонують притаманні йому правові засоби, що й утворюють відповідний режим регулювання зазначених суспільних відносин.

С. Алексєєв визначає юридичний режим таких підрозділів права як цілісну систему регулятивного впливу, яка характеризується специфічними заходами регулювання та дією єдиних принципів, загальних положень, що поширюються на певну сукупність норм³. Це визначення, на наш погляд, носить модельний характер, оскільки його сформульовано стосовно не конкретної галузі права, а будь-якого підрозділу права, що характеризується юридичною специфікою. Саме тому в ньому міститься лише вказівка на те, що правовий режим такого утворення є цілісною системою регулятивного впливу, який є результатом взаємодії специфічних заходів — методу (прийомів), способів (дозвіл, заборона, позитивне зобов'язування) правового регулювання, єдиних принципів та загальних положень, що поши-

¹ Див.: Сібільов М. Загальна характеристика сфери приватного права // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 2 (25). — С. 123–134.

² Див.: Алексєєв С. С. Теория права. — С. 108–109.

³ Див.: Там само. — С. 105.

рюються на певну сукупність норм (відповідну сферу правового регулювання) і відповідних правових засобів. Кожна з цих складових — метод і спосіб правового регулювання, правові принципи та загальні положення відповідного підрозділу права, правові засоби, притаманні йому, — відіграє свою роль, але виразником самої суті, його стрижнем виступає саме метод правового регулювання.

Сфері приватного права властивий метод координації, при якому регулювання здійснюється на диспозитивних засадах не з єдиного центру, яким є держава, а з множини інших малих центрів, що самовизначаються¹. Це зумовлено не характером відносин, що регулюються приватним правом, а взаємостановищем суб'єктів (їх рівністю, автономністю, неможливістю одностороннього владного впливу одного з суб'єктів на іншого) та специфічністю (децентралізацією) в регулюванні відносин, що виникають між цими суб'єктами.

Своєрідне вираження цей метод знаходить у поєднанні з усією сукупністю способів правового регулювання, до яких належать дозвіл, заборона та позитивне зобов'язування. Як у сфері публічного права, так і у сфері приватного права при регулюванні відносин використовуються всі зазначені способи правового впливу, але домінуюче місце в кожній з цих сфер належить окремим із них. Це зумовлено тим, що хоча всі вони і пов'язані з суб'єктивним правом, але якщо при забороні та позитивному зобов'язуванні право вимоги належить третій особі, а зиск суб'єктивного права полягає у забезпеченні виконання активного при позитивному зобов'язуванні або пасивного (при забороні) обов'язку, то при дозволі суб'єктивне право створює самий сенс цього способу і він проявляється у праві особи на свою власну поведінку. При цьому для дозволу характерною є не просто міра можливої поведінки, а переважно така міра, яка полягає у просторі власної поведінки, у можливості проявити свою власну активність, реалізувати свій інтерес². З огляду на це, домінуюче становище при регулюванні відносин у сфері приватного права належить саме дозволу. Особливе місце в побудові правового регулювання в цій сфері посідають загальні дозволи —

¹ Див.: *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. — Пг., 1917. — С. 38—40.

² Див.: *Алексеев С. С.* Теория права. — С. 158.

відповідні нормативні положення, які виступають як спрямовуючі і вихідні засади правового регулювання, що проявляється у формулі «дозволено все, крім того, що прямо заборонено законом». Як чинне цивільне законодавство, так і проект нового ЦК України містять правила про те, що власник володіє, користується, розпоряджається майном на свій розсуд і має право вчиняти щодо нього будь-які дії, що не суперечать закону (ст. 4 Закону України «Про власність», ст. 316 проекту ЦК). Сторони згідно зі ст. 6 проекту ЦК мають право укладати на свій розсуд будь-які договори, не встановлені актами законодавства, за умови, що вони відповідають загальним засадам цивільного законодавства.

Слід погодитися з С. Алексеевим у тому, що загальні дозволи можуть безпосередньо породжувати наслідки, оскільки вони як такі можуть бути безпосереднім критерієм правомірної поведінки. Якщо на тій ділянці соціальної дійсності, де існує загальний дозвіл (наприклад, право власності або договірне право), спеціальна заборона з конкретного питання відсутня, такі дозволи самі по собі є підставою для визнання відповідної поведінки правомірною. І це повною мірою узгоджується з самою природою загального дозволу, який може загальним чином зумовлювати правомірну поведінку особи¹.

Значна роль у формуванні правового режиму приватного права належить принципам права і загальним положенням, що пронизують увесь його зміст. Це зумовлено тим, що однією з їх істотних ознак є регулятивність. І хоча регулятивні властивості принципів права не можна ототожнювати з регулятивними характеристиками норм права через їх більшу абстрактність та меншу активність, все ж таки вплив принципів права на регулювання суспільних відносин існує, хоча це регулювання є регулюванням з більш високих позицій². У сфері приватного права, де існує аналогія права³, роль правових принципів значно зростає, оскільки при аналогії права цивільні відносини регулюються відповідно до принципів права. Проект нового ЦК України в ст. 3 за-

¹ Див.: Алексеев С. С. Теорія права. – С. 164.

² Див.: Колодій А. М. Принципи права України. – К., 1998. – С. 17.

³ За проектом нового ЦК України аналогія права має місце тоді, коли цивільні відносини не врегульовано актами цивільного законодавства або договором.

кріплює такі принципи права, які є іманентними методу та домінуючому способу правового регулювання у цій сфері, а саме: свобода особи та неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя особи; свобода власності та неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, передбачених виключно законом; свобода договору; свобода підприємництва; судовий захист будь-якого цивільного права у разі його порушення; справедливість, добросовісність та розумність. Тут слід підкреслити, що серед них немає принципу юридичної рівності учасників, і це не випадково. Розробники проекту виходили з того, що юридична рівність є однією з ознак цивільних відносин. Цим проект заперечує тезу щодо рівності як «методу цивільно-правового регулювання». Цивільні відносини об'єктивно не можуть ґрунтуватися на юридичній нерівності. Отже, юридична рівність є вирішальною, сутнісною рисою цивільних відносин, а не рисою, доданою до них законодавством¹.

Роль загальних (основних) положень приватного права можна зрозуміти за допомогою такої визначальної властивості права, якою є його нормативність. При цьому саму нормативність слід розуміти не спрощено, не тільки у тому сенсі, що ті чи ті акти мають нормативний характер, а більш глибоко, тобто у тому сенсі, що за допомогою норм, нормативних засад досягається загальна впорядкованість певної групи суспільних відносин. Тобто, кожний нормативний акт має значення не тільки сам по собі, але, в першу чергу, тією мірою, якою він сприяє загальній упорядкованості, вписується в усю систему актів, перш за все кодифікованих, які забезпечують цю впорядкованість². Отже, йдеться про таку нормативність, яка виражається в цілісній регулюючій системі, що пронизана спільними регулятивними засадами. В кодифікованих нормативних актах така нормативність проявляється в загальних положеннях. Це відображено і в проекті нового ЦК України — основному акті цивільного законодавства, кодексі приватного права. Тут слід зазначити, що проект містить спеціальну Книгу першу «Загальна частина», яка охоплює п'ять розділів, 19 глав та

¹ Див.: Ромовська З. В. Проблеми загальної теорії права у проекті ЦК України // Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. — К., 2000. — С. 41.

² Див.: Алексеев С. С. Теория права. — С. 87–89.

260 статей. І хоча правила цієї Книги є загальними у тому розумінні, що вони стосуються всіх підгалузей та інститутів приватного права (речеве право, особисті немайнові права фізичної особи, право інтелектуальної власності, зобов'язальне право, сімейне право, спадкове право та міжнародне приватне право), все ж наявність цієї Книги свідчить більше про те, що розробники проекту, з одного боку, зберегли традиційну для України пандектну систему, а з іншого — відобразили в ній новий зміст сучасного приватного права. Що ж стосується загальних регулятивних засад, які забезпечують упорядкованість усієї системи актів цивільного законодавства, то їх закріплено в розділі першому цієї Книги «Основні положення», який охоплює 23 статті¹. Суть головних з них полягає в такому. По-перше, з метою єдиного регулювання всіх відносин у сфері приватного права, проект закріплює поняття цивільних відносин як відносин, що є основою життя їх учасників як членів громадянського суспільства; цивільними визнаються особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників. Визнаючи приватну сутність відносин у сфері підприємництва, проект закріплює правило про те, що відносини в сфері підприємництва регулюються Цивільним кодексом. І тільки ті з них, які не врегульовано ним (йдеться про публічно-правові відносини), регулюються іншими актами законодавства. Наявність, з одного боку, генетичного зв'язку відносин, що виникають у сферах найманої праці, використання природних ресурсів та охорони довкілля з цивільними відносинами (сферою приватного права), та врахування, з іншого боку, традиції щодо окремої кодифікації законодавства в цих галузях, обумовили включення до проекту правила про те, що положення ЦК застосовуються до регулювання цих відносин у випадках, якщо

¹ Слід зазначити, що Ю. Калмиков, аналізуючи новий ЦК РФ, дійшов загального висновку про те, що найбільш важливою його частиною є та, яку присвячено характеристиці цивільного законодавства, підставам виникнення цивільних прав та обов'язків, здійсненню і захисту цивільних прав, оскільки в ній закріплено вихідні положення, що мають основоположне значення не тільки для всіх розділів кодексу, а й для усієї системи актів цивільного законодавства та правозастосовної практики. (Див.: *Калмыков Ю. Х. О значении общих положений гражданского законодательства // Гражданский кодекс России: проблемы, теория, практика. — М., 1998. — С. 44).*

вони не врегульовані іншими актами законодавства. По-друге, проект закріплює систему актів цивільного законодавства, до якої, крім Конституції України та Цивільного кодексу, входять інші закони та постанови Кабінету Міністрів України. Тут слід зазначити, що проект містить декілька правил, спрямованих безпосередньо на забезпечення цілісності та непорушності основних його положень, упорядкованості всієї системи актів у цій сфері. Так, визнаючи актами цивільного законодавства інші закони України, проект наголошує на тому, що йдеться про закони, котрі видаються відповідно до Конституції України та Цивільного кодексу. В разі подання до Верховної Ради України проекту закону, який регулює цивільні відносини інакше, ніж Цивільний кодекс, суб'єкт законодавчої ініціативи зобов'язаний подати проект закону про внесення змін до ЦК, які розглядаються одночасно. В разі, якщо постанова Кабінету Міністрів України суперечить положенням ЦК або іншому закону, застосуванню підлягають відповідно положення ЦК або іншого закону України. Міністерства, інші центральні органи виконавчої влади України можуть видавати акти, що регулюють цивільні відносини, лише у випадках і в межах, установлених законом. По-третє, проект розглядає як соціальні регулятори приватного права не тільки акти цивільного законодавства, а й договори, у тому числі міжнародні договори, та звичаї, у тому числі звичаї ділового обороту. Особливе значення мають положення проекту щодо співвідношення актів цивільного законодавства і договору. В сфері договірних відносин проект, як відзначає З. Ромовська, відсуває закон на друге місце, віддаючи перевагу договору. Співвідношення питомої ваги імперативних і диспозитивних норм проект вирішує на користь останніх. Положення актів цивільного законодавства тлумачаться як диспозитивні, крім випадків, коли обов'язковість цих актів впливає з їхнього змісту або суті відносин між сторонами. Отже, у сфері договірних відносин закон перестає вважатися істиною в останній інстанції. Сторони мають право відступати від його положень, коригуючи його відповідно до своїх інтересів. І лише тоді, коли сторони не скористуються наданою їм можливістю саморегуляції своїх відносин, застосовуються положення закону. Норми договору, згідно з якими сторони відступають від положень закону, мають вважатися нормами цивіль-

ного права¹. По-четверте, проект закріплює загальні засади здійснення цивільних прав (здійснення на свій власний розсуд в межах, встановлених актами цивільного законодавства або договором; можливість відмови від майнових прав; презумпція добросовісності та розумності здійснення прав), виконання обов'язків (межі обов'язку визначаються договором або актами цивільного законодавства; можливість звільнення особи від обов'язку або його виконання) та захисту цивільних прав (право на самозахист та захист судом чи іншими юрисдикційними органами способами, визначеними законом).

Метод, способи правового регулювання, правові принципи, нормативно закріплені загальні (основні) положення приватного права, інші правові засоби (зокрема, правові норми, договори, юридичні факти, правовідносини, заходи примусу) відіграють свою власну роль у правовому регулюванні, але саме їх взаємодія створює правовий режим як цілісну систему регулятивного впливу на поведінку суб'єктів та зазначені відносини.

Нарешті, слід взяти до уваги думку С. Алексеєва про те, що кожний правовий режим є все ж таки «режимом», а тому він є виразником ступеня жорсткості юридичного регулювання, наявності відповідних обмежень або пільг, допустимого рівня активності суб'єктів, меж їх самостійності².

З урахуванням викладеного правовий режим сфери приватного права може бути визначено як цілісну систему регулятивного впливу, яка створює загальнодозвільний тип регулювання майнових та особистих немайнових відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, забезпечує можливість самовизначення і власних активних дій, спрямованих на виникнення та здійснення суб'єктивних прав і обов'язків у межах, встановлених договором чи законом, з метою досягнення певних приватних цілей та інтересів.

Надійшла до редколегії 25.09.01

¹ Див.: Ромовська З. В. Вказ. праця. – С. 42.

² Див.: Алексеєв С. С. Теорія права. – С. 171–172.

В. Борисова, доцент кафедри
цивільного права НЮА України

Теорії сутності юридичної особи: історія і сучасність

Реформування економіки та необхідність у зв'язку з цим створення нової системи законодавства потребують сучасних теоретичних досліджень подальшого розвитку правових категорій, що обслуговують ринкову економіку, і в першу чергу такої категорії, як юридична особа.

Виходячи з того, що норми права можуть прискорювати або гальмувати дію економічних законів, вирішення питання сутності юридичної особи в сучасних умовах, тих організаційно-правових форм, в яких можуть існувати різні її види, стає **вкрай** необхідним. Безумовно, не можна ставити за мету передбачити розвиток цієї категорії взагалі на майбутнє. В цьому ми поділяємо точку зору тих учених, які, пропонуючи версію відкритої історії, вважають, що «...майбутнє, і цього не можна **унік**нути, невизначене і багатоваріантне, для того щоб ми мали змогу слідувати якомусь єдиному, теоретично осягнутому **повелінню історії**»¹. Тим часом функції законотворчості не обмежуються лише пасивним відображенням і закріпленням відповідних суспільних відносин, а «забігають наперед», що досягається за допомогою випереджаючого бачення суспільних відносин, які регулюються правом. Як вірно відмічає Д. Керімов, система правових категорій стає діючою тільки в тому разі, коли вона не просто пасивно відображує реальність і засновується на органічній єдності, суперечній тотожності, взаємопроникненні об'єктивного і суб'єктивного, але й, що не менш важливо, з випередженням відображує існуючу реальність².

Традиційним аспектом права є його наступність. До того ж випереджаюче бачення суспільних відносин, що регулюються правом, являє собою процес, в якому досвід минулого та сьо-

¹ Див.: Соловьев Э. Чтобы мир до времени не превратился в ад: Религия прогресса и идеал правового государства // Знание — сила. — 1995. — № 7. — С. 20.

² Див.: Керимов Д. А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). — М., 2000. — С. 104.

годення проектується на майбутнє¹. Тому розкриття сутності юридичної особи неможливе без вивчення історії розвитку поглядів на цю категорію в праві.

Але це зовсім не означає, що всі або якийсь певний погляд повинні пристосовуватися до розкриття сутності організацій, які наділяються правами юридичної особи в сучасних умовах, хоча такі спроби можуть мати і мають місце. До того ж будь-яка теорія юридичної особи не може виступати самоціллю. Вона повинна враховувати реалії сучасного етапу розвитку економіки і вписуватися в ту доктрину, що запропонована стосовно розвитку соціальних відносин. При цьому слід визнати, що не можна вивести і універсальну формулу, шлях до розкриття сутності юридичної особи має бути диференційним, залежно від того, про яку організаційно-правову форму і навіть про яку конкретно юридичну особу йдеться², а множинність теорій юридичної особи не тільки не заважає, а навпаки, допомагає обслуговувати потреби цивільного обороту³.

Юридична особа як форма юридичного мислення і правового життя була створена римськими юристами саме за рахунок суворої логіки, шляхом надання сили емпірії (фактам, що склалися), тобто за рахунок втрати якоюсь мірою правом своєї раціональності⁴. Вони виходили з того, що будь-які союзні утворення повинні мати елементи цивільної правоздатності, майно *universitas*⁵ є не майном окремих членів, а майном особливої особи. Втім сама ідея юридичної особи не одержала у творчості римських юристів значного розвитку і іншого виду осіб як суб'єктів приватного права, поряд з фізичними особами,

¹ Див.: Керимов Д. А. Вказ. праця. — С. 103.

² Див.: Толстой Ю. К. К разработке теории юридического лица на современном этапе. // Проблемы современного гражданского права. — М., 2000. — С. 106.

³ Див.: Хохлов Е. Б., Бородин В. В. Понятие юридического лица: история и современная трактовка // Государство и право. — 1993. — № 9. — С. 159.

⁴ Див.: Скловский К. И. Собственность в гражданском праве: Учеб. - практ. пособие. — 2-е изд. — М., — 2000. — С. 18.

⁵ В джерелах з римського права союзні утворення не мали єдиної назви і найчастіше іменувались «*universitas*», «*corpus*», «*collegium*». (докладніше про це див.: Суворов Н. С. Об юридических лицах по римскому праву. — М., 2000; Ельашевич Б. Юридическое лицо, его происхождение и функции. — СПб. — 1910.

тобто людьми, римська науково-юридична систематика взагалі не знала. З цього приводу Л. Дорн писав: «Римляни були дуже обережними, щоб застосовувати термін «юридична особа»¹.

Перша спроба вирішення на теоретичному рівні проблеми правового статусу юридичних осіб припадає на епоху феодалізму, коли було визнано, що корпорація — «ціле, самостійне та індивідуальне утворення, яке існує само по собі і не знаходиться у будь-якій залежності від окремих осіб»². Зі свого боку ставлення до корпорації висловила релігія. Папа Інокентій IV на Ліонському соборі 1245 р. зауважив, що корпорація — лише абстрактне поняття, правове найменування, фіктивна особа (*persona ficta*)³. Вплив папи Інокентія IV на юриспруденцію середньовіччя був вельми великим, тому вже в епоху постглюсаторів терміном *persona ficta* називались всі корпорації та установи. Тобто перша теорія юридичних осіб — теорія фікції одержала свою назву не з вуст науковців-дослідників, а саме з вуст папи Інокентія IV. Наукове ж обґрунтування вона знайшла лише в середині XIX ст. в працях Савін'ї, який виходив з того, що властивостями суб'єкта права, такими як воля, свідомість тощо, володіє лише людина. Але життєва практика дає багато прикладів, коли майнові права належать не окремій людині, а групі осіб — корпорації. Для того, щоб остання змогла виступати в цивільному обороті, законодавець винайшов таку правову форму, як «юридична особа», визнав за нею властивості, які можуть бути притаманні тільки фізичній особі, тобто утворив так звану «фікцію», абстрактне поняття⁴.

«Теорія фікції» мала неабияке практичне значення. За її допомогою, по-перше, було обґрунтовано введення дозвільного порядку виникнення юридичних осіб і можливість їх ліквідації виключно за рішенням органів влади; по-друге, виходячи з того, що юридична особа як така не мала волі, вона не визнавалась суб'єктом кримінальної відповідальності.

Поряд з теорією фікції існували й інші теорії, представники яких або розвивали зазначену теорію, доповнювали її, або

¹ Див.: Дорн Л. Б. Догма Римського права. — Спб. — 1890. — С. 105.

² Ельяшевич Б. Вказ. праця. — С. 1.

³ Див.: Суворов Н. С. Вказ. праця. — С. 65; Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. — Т. I Часть Общая. — СПб., 1911. — С. 17–20.

⁴ Див.: Savigne. System des heutigen romischen Rechts. — 1840–1849.

висловлювали протилежні думки стосовно сутності юридичної особи. З цього приводу в науковій літературі одні вчені розглядають всі теорії як варіанти розвитку теорії фікції¹, інші ж вважають, і з цим можна погодитись, що останні розробляли-ся всупереч цій теорії, хоча в багатьох випадках далеко не повністю звільнилися від її впливу². Розглянемо деякі з них.

Бринц, засновник теорії «персоніфікованої мети», йдучи шляхом дослідження сутності юридичної особи через відповідь на запитання про те, кому належить майно корпорації, дійшов висновку, що воно належить не особам, які створили корпорацію, а меті, яка стоїть перед будь-якою юридичною особою. Звідси остання — це триваючий стан управління майном, яке відділене від усього іншого майна засновників, тобто сама юридична особа і є персоніфікованою метою³.

Ієринг, на відміну від Бринца, визнавав, що майно не може належати меті. Майном можуть володіти тільки фізичні особи, а юридична особа — це засіб існування правових відносин людей, права яких і захищаються законом⁴. На підставі цієї теорії було розроблено інші теорії, представники яких обґрунтовували право власності саме засновників (учасників) юридичної особи на майно, вказуючи, що це право надається тільки людині, а форма надання може бути як одноосібною, так і колективною.

Бартол розробив «теорію розділеної власності майна корпорації», сутність якої полягала в тому, що існують дві групи суб'єктів права — сама корпорація, як суб'єкт фіктивний та її окремі члени як суб'єкти реальні, тому і правомочності стосовно майна корпорації мають належати цим групам суб'єктів: корпорація виступає як вищий власник цього майна, а підлеглими власниками є члени корпорації⁵.

До теорій, які, навпаки, вважали, що юридична особа — реально існуюче утворення, на яке держава впливає, але не закликає до життя, відносять «органічну теорію» Дєрнбург-

¹ Див., напр.: *Телюкіна М. В.* Гражданское право: В 2 т. Том 1: Схемы / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — М., 1999. — С. 19.

² Див.: *Иоффе О. С.* Из истории цивилистической мысли. Избранные труды по гражданскому праву. — М., 2000. — С. 86, 87.

³ Див.: *Brinz.* Lehrbuch der Pandekten. — 1857.

⁴ Див.: *Jhering.* Geist des römischen Rechts. — 1888.

⁵ Див. *Дювернуа Н. Л.* Чтения по гражданскому праву. — СПб., 1908. — Вып. 2. — С. 73–74.

га, Регельсбергера, Гірке¹ і «реалістичну теорію» Мішу і Салейля².

Представники «органічної теорії» виходили з того, що реальна воля існує лише в людини, а тому тільки остання і може виражати волю юридичної особи, будучи її органом, який передає назовні волю колективного суб'єкта. Причому між органом і юридичною особою не існує ніяких юридичних відносин. Це одне юридичне ціле.

Аналогічні погляди поділяли і представники реалістичної теорії, що розвинули ідеї органічної теорії і вперше назвали ознаки юридичної особи: власну волю і інтерес, які й забезпечували останній можливість самостійно виступати як суб'єкт обороту. Виходячи з того, що правоздатність юридичної особи, як і правоздатність людини, виникає незалежно від волі держави, остання повинна лише визнати межі тієї діяльності, якою може займатися та чи інша юридична особа.

Внесок у розвиток теорій юридичної особи зробили і російські цивілісти. Наприклад, Є. Трубецької, розвинувши ідею існування організації як реальності, створив так звану «нормативну теорію юридичної особи», вважаючи, що юридична особа — це реальність, але не жива як людина, а нормативна, створена відповідно до приписів закону. Реальністю вона є тому, що дуже часто існує незалежно від волі осіб, які входять до її складу. Люди змінюються, а сутність юридичної особи залишається. При цьому юридична форма існування організації пов'язувалась ним з наявністю чітко визначеного кола умов, що розглядалися як елементи змісту форми: мета, загальний матеріальний субстрат тощо³. М. Коркунов вважав, що юридична особа як самостійний суб'єкт цивільних відносин не існує, мета юридичних осіб — ті ж людські інтереси, але тільки загальні для конкретної групи людей, їх діяльність — діяльність членів юридичних осіб (людей) або їх представників, їх воля — воля окремих осіб. Тому юридичні норми замість того, щоб розмежовувати тотожні інтереси низки осіб, розглядають однорідні інтереси як одне ціле, як один інтерес, а саму групу — як один суб'єкт юридичного відношення, юридичну особу. Це не більш

¹ Див.: *Gierke*. Deutsches Privatrecht. — 1895.

² Див.: *Salleilles*. De la personalite juridique. — 1922.

³ Див.: *Трубецької Е.* Лекції по енциклопедии права. — М., 1917.

ніж особливий технічний засіб, що спрощує взаємовідносини зацікавлених при цьому людей¹. Ю. Гамбаров стверджував, що юридична особа — це колективне майно, відокремлене від іншого майна, як колективного, так і індивідуального. Правове становище юридичної особи — це сукупність майнових прав, які належать більш або менш значній групі людей. Фіктивні особи не існують навіть фіктивно. Міф юридичної особи слід замінити на таке поняття, як «колективна власність»².

Але про яку б теорію не йшлося, слід погодитися з тим, що заслуга вчених минулого полягає в тому, що, вирішуючи питання про сутність юридичної особи, вони встановили той факт, що дана категорія — це правова форма, за допомогою якої вводяться в майновий оборот різні складні утворення, породжені економічним і суспільним життям, як самостійні носії прав і обов'язків³.

Проблеми юридичної особи не обійшла своєю увагою і радянська цивільна наука, вирішуючи їх переважно до юридичного статусу державних юридичних осіб (державних підприємств і державних установ). До так званих субстративних теорій, які виходили з того, що юридична особа — реально існуюче явище, якому притаманний людський субстрат, прийнято відносити «теорію колективу», «теорію держави», «теорію директора». Засновники «теорії колективу» та «теорії директора» вважали, що будь-які з правовідносин — це відносини між людьми, і тільки люди можуть бути учасниками цивільних правовідносин. Виходячи з цього, А. Венедиктов робив висновок, що колектив у сукупності всіх його підрозділів здійснює як угоди, так і інші акти, які втілюють у собі діяльність юридичної особи⁴, а Ю. Толстой зауважував, що директор, виконуючи функції органу юридичної особи, втілює в своїх діях волю останньої у сфері правовідносин⁵.

¹ Див.: Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. — СПб. — 1986.

² Див.: Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. — Т. I. — Часть Общая. — СПб, 1911.

³ Див.: Ельяшевич Б. — Вказ. праця. — С. 1.

⁴ Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. — М.—Л., — 1948. — С. 664—673.

⁵ Див.: Толстой Ю. К. О государственных юридических лицах в СССР // Вестник Ленингр. ун-та. — 1955. — № 3; його ж. Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР. — Л., 1955. — С. 88. До речі, цю точку зору він поділяє і зараз (див.: Толстой Ю. К. К разработке теории юридического лица на современном этапе. — С. 108—109).

Згідно з «теорією держави», засновником якої був С. Аскназій, державна юридична особа — це і є держава («загальнонародний колектив»), яка діє на конкретній ділянці системи господарських відносин, тобто у юридичних осіб немає відмінних від держави інтересів¹.

Існували теорії, представники яких взагалі не шукали людський субстрат юридичної особи. Наприклад, С. Ландкоф відстоював «теорію персоніфікованого майна»², а Д. Генкін, і Б. Черепакін, представники «теорії соціальної реальності», виходили з того, що в діях органів юридичної особи знаходять вираження дії самої юридичної особи, тобто немає ніякого іншого носія прав юридичної особи, крім неї самої³.

Вже пізніше О. Красавчиковим було розроблено теорію «організації». Він підкреслював, що коли законодавець застосовує вираз «юридичними особами визнаються організації», то йдеться про організацію не як про певний вид діяльності, а як про певне соціальне утворення, тобто систему суттєвих соціальних взаємозв'язків, за допомогою яких люди (або їх групи) об'єднуються для досягнення встановлених цілей в єдине структурове і функціональне диференційоване соціальне ціле»⁴. На наш погляд, цю тео-

¹ Див.: Аскназий С. И. Об основаниях правовых отношений между государственными социалистическими организациями. // Уч. зап. Ленингр. юрид. ин-та. — 1917. — Вып. IV. — С. 5—47.

² Див.: Ландкоф С. Н. Субъекты прав (лица). Выпуск III Научного комментария гражданского кодекса. — М., 1928. Сьогодні цю точку зору поділяє багато вчених, наприклад, Я. Функ, В. Міхальченко, В. Хвалей, Є. Суханов, С. Чеучева та ін.

³ Див.: Генкин Д. М. Изложение доклада на дискуссии о государственном юридическом лице // Сов. государство и право. — 1954. — № 8; його ж. Значение применения института юридического лица во внутреннем и внешнем товарообороте // Сб. науч. работ Моск. ин-та народ. хозяйства. — М., 1955. — Вып. IX. — С. 3; Черепакин Б. Б. Волеобразование и волеизъявление юридических лиц // Правоведение. — 1958. — № 2. — С. 46.

⁴ Див.: Красавчиков О. А. Понятие юридического лица в советском гражданском праве // Советское гражданское право. Вып. 1. — Свердловск, 1976. — С. 126; його ж. Сущность юридического лица // Сов. государство и право. — 1976. — № 1. З приводу цієї теорії і сьогодні в науковій літературі точаться спори, наприклад, Є. Суханов вважає, що ця теорія повинна носити назву «теорії соціальних зв'язків» Див.: Гражданское право. Т.1. 2-е изд. / Отв. ред. Е. А. Суханов. — М., 1998. Про дискусію з цього приводу див.: Свердловск Г. А. Критика и библиография. Гражданское право. Учебник. Т. 1. — 2-е изд. / Отв. ред. Е. А. Суханов // Государство и право. — 1999. — № 8. — С. 120—121.

рію в сучасних умовах поділяє Я. Шевченко, яка вважає, що юридична особа — самостійний правовий вид оформлення спеціальних зв'язків людей в ринковому суспільстві, який є не фікцією, а справжнім суб'єктом права¹.

Б. Пугинський, засновник «теорії правових засобів», вважав, що юридична особа — це вид цивільно-правового засобу, за допомогою якого певна організація допускається до участі саме в цивільному обороті².

Якщо проаналізувати погляди на сутність юридичної особи в сучасних умовах, коли змінюються види і організаційно-правові форми її існування, не випадковістю, а закономірністю слід вважати збагачення старих і появу нових теорій, бо відомо, що форма буття юриспруденції — юридичні розбіжності. В науковому світі зустрічаються прихильники різних теорій, включаючи й теорію фікції³. Деякі правники використовують її для обґрунтування появи в законодавстві товариства однієї особи. Свого часу, досліджуючи питання одноособових корпорацій в буржуазному праві, вчені дійшли висновку, що з їх появою перевагу одержує теорія фікції юридичної особи, а саме її різновид — «теорія цільового майна», бо юридичною особою вважається саме майно, чисельність учасників компанії при цьому не має значення⁴. З цим погодитись не можна. Стосовно будь-якої юридичної особи, включаючи і товариство однієї особи, має йтися не про фікцію — вигадку, припущення. Законодавець застосовує засіб, сутність якого полягає в тому, що дійсність, реально існуючі організації підводяться під умовну правову форму — юридичну особу. В зв'язку з цим слушною є точка зору А. Пушкіна і В. Селіванова, які вважають, що юридич-

¹ Див.: *Шевченко Я. М.* Новий цивільний кодекс — основа ринкових відносин в Україні // Українське право. — 1997. — № 1. — С. 40.

² Див.: *Пугинский Б. И.* Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. — М., 1984. — С. 87.

³ Див, напр.: *Пилипенко П.* Юридичні особи — роботодавці: новий погляд на стару проблему // Юрид. вісник. — 1999. — № 4; *Эрделевский А.* О компенсации морального вреда юридическим лицам // Хозяйство и право. — 1996. — № 11. — С. 106; *Скловский К. И.* Вказ. праця. — С. 183; *Степанов Д.* Компания, управляющая хозяйственным обществом // Хозяйство и право. — 2000. — № 10. — С. 64; *Суханов Е. А.* Гражданский кодекс РФ о коммерческих организациях // Экономика и жизнь. — 1994. — № 45.

⁴ Див.: *Мусин В. А.* Одночленные корпорации в буржуазном праве // Правоведение. — 1981. — № 4. — С. 48, 49.

на особа — це організація, яка являє собою спеціальну реальність, породжену ходом суспільного розвитку¹.

Сьогодні поширеною є теорія інтересу, до якої звертаються, пояснюючи правове становище юридичних осіб — суб'єктів підприємницької діяльності. Категорія інтересу — загальнонаукова і означає обумовлену суспільним характером потребу суб'єкта користуватися конкретним соціальним благом. У праві поширені такі види інтересу, як приватний та публічний (суспільний). До приватних відносять інтереси окремої особи, як фізичної, так і юридичної. Що ж стосується публічних (суспільних) інтересів, то це інтереси не тільки держави як організації публічної влади, а й усього суспільства. Виходячи з цього, наприклад, І. Красько вважає, що основою нового суб'єкта права (юридичної особи. — *В. Б.*) є його засновники, учасники, а сам суб'єкт діє в їх інтересах², тобто в приватних інтересах. Таку ж точку зору поділяє і В. Кравчук, який вказує, що юридична особа — особлива форма реалізації прав засновників, яка виражає їх волю³. На відміну від зазначених правників О. Вінник вважає, що господарські товариства створюються і діють в інтересах дуже широкого кола осіб: їх засновників і учасників, контрагентів, споживачів, найманих працівників, держави тощо⁴, тобто йдеться не про приватний, а про публічний (суспільний) інтерес. Погоджуючись з тим, що тільки засновники можуть визначати мету і види діяльності юридичної особи, а звідси й межі її правоздатності, слід звернути увагу на те, що саме засновники прагнуть створити організацію, яка була б самостійним суб'єктом права, тобто відмінним від них. А коли він виникає, хоча воля засновників і трансформується у волю органів управління юридичної особи, це зовсім не означає, що надалі воля засновників і воля юридичної особи повинні і будуть збігатися. Власні інте-

¹ Пушкін А., Селіванов В. Відносини підприємництва і правовий статус їх суб'єктів // Право України. — 1994. — № 5–6. — С. 12.

² Див.: Красько І. Некоторые проблемы теории юридических лиц и их прикладное значение (классификация, корпоративные права, ответственность участников) // Предпринимательство, хозяйство и право. — 1998. — № 10. — С. 3.

³ Кравчук В. Правові ознаки юридичної особи // Предпринимательство, хозяйство и право. — 1999. — № 1; його ж: Засновник — підприємство: сутність взаємовідносин // Право України. — 1998. — № 8. — С. 103–108.

⁴ Див.: Вінник О. Ключові поняття корпоративної конфліктології // Предпринимательство, хозяйство и право. — 2000. — № 2. — С. 4.

реси засновників починають носити так би мовити вторинний характер, на перше місце виходить інтерес юридичної особи. Цей висновок не зміниться, навіть якщо проаналізувати залежність волі засновника і волі створеного ним товариства однієї особи. Вважаємо, що визнання юридичної особи продуктом тільки інтересів і волі засновників (учасників) можливе лише на такому етапі життєвого циклу юридичної особи, як етап її створення. Поширення ж цієї теорії на всі етапи життєвого циклу юридичної особи робить її фіктивним утворенням.

Деякі вчені вважають, що існування колективних підприємств, працівники яких, за правилом, виступають як співвласники майна (акціонери, члени кооперативу), що мають право обирати правління, одержувати дивіденди тощо, дає можливість застосовувати до них теорію колективної власності¹. Безумовно, ніхто не заперечує, що колективні підприємства ще існують, бо ніхто не скасовував Закон «Про підприємства в Україні», на підставі якого вони створювались і функціонують, а «колективне» в ідеалі повинно означати, що підприємство належить колективу співвласників (це тільки трудовий колектив), які діють як єдиний суб'єкт права колективної власності) Але що таке колективне підприємство і хіба можна ототожнювати його з такими самостійними організаційно-правовими формами існування юридичної особи, як акціонерне товариство (далі — АТ) або кооператив? Якщо відповідно до чинного законодавства АТ, як і колективне підприємство, є самостійними формами підприємства, то кооператив — взагалі самостійна форма існування юридичної особи. Причому останній — єдиний власник цього майна, і член кооперативу не має права розпоряджатися кооперативним паєм. Якщо ж вже взяти АТ, то в ньому дійсно існують колективи найманих працівників, але хіба від них залежить можливість одержання дивідендів? Розглядати ж акціонерів як колектив взагалі неможливо, вони не знають і не можуть знати, хто ще є акціонерами цього товариства, недаремно ж АТ відкритого типу називають анонімним товариством, а значить акціонери не можуть утворити колектив як єдність. На наш погляд, теорія колективної власності, яка виходить з того, що юри-

¹ Див.: Гончарова Г., Жернаков В. Сфера укладення колективного договору // Право України. — 2000. — № 1. — С. 86.

дична особа створюється лише з метою необхідності управління об'єднаним майном певного колективу, може бути застосовна лише до повного товариства.

Починаючи з ХІХ ст. в європейській правовій науці стосовно сутності АТ загальне визнання одержала договірна теорія, засновниками якої вважаються французькі вчені Дома і Потье, які виходили з того, що в основі діяльності будь-якого АТ лежить згода засновників про об'єднання своїх зусиль заради досягнення спільної мети¹. Але вже сьогодні сутність АТ пояснюють з позицій «неодоговірної» теорії, відповідно до якої в основі створення АТ лежить установчий договір, який і обумовлює створення саме цієї юридичної особи. Тим часом остання починає функціонувати, керуючись вже не цим договором, а особливим документом, який носить характер локального нормативного акта — статутом. В Росії прихильником цієї теорії є Д. Ломакін². З'явилась також і «теорія інституціоналізму»³, яка розглядає АТ як інституцію, тобто ідею підприємства, яка здійснюється в соціальному середовищі. Саме для реалізації цієї ідеї і організується влада, а прихильники ідеї створюють із себе спеціальні органи. Тим часом інституцією є не тільки АТ, а й будь-яка інша організація, що має внутрішню структуру і власну мету, тобто не можна стверджувати, що таким чином визначено сутність АТ. Деякі автори вважають, що в АТ найвищого розвитку одержує концепція «приєднання». Учасник мовби приєднується до мети АТ, роблячи обумовлений (за правилом, матеріальний) внесок у досягнення цієї мети. Причому саме внесок набуває характеру єдиної необхідної і достатньої умови⁴. Ми ж вважаємо, що сутність АТ як юридичної особи — це тео-

¹ Див.: Морандьєр Л. Гражданское право Франции. — М., 1992. — Т. 2. — С. 254 — 255. Свого часу в Росії цю теорію поділяли Г. Шершеневич і В. Удинцев (див.: Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. — Т. 1. — С. 384—385; Удинцев В. А. Русское торгово-промышленное право — К., 1907. — С. 385.

² Див.: Ломакин Д. В. Акционерное правоотношение: понятие, содержание, субъекты: Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1996. — С. 61.

³ Див.: Туманов В. А. Буржуазная правовая идеология. — М., 1971. — С. 263—271. Детальніше про інституції див.: Даглас Норт. Інституції, інституційна зміна та функціонування економіки. — К., — 2000; Яременко О. Л. Переходные процессы в экономике Украины: институциональный аспект. — Х., 1997.

⁴ Див.: Любимов Ю. С. Квазисубъектное образование в гражданском праве // Правоведение. — 2000. — № 6. — С. 107.

рія управлінців, що є модифікацією «органічної теорії», так само як своєрідною її модифікацією є і «теорія директора». Саме в АТ основні функції щодо прийняття рішень зосереджено в руках професійних управлінців, що ж стосується акціонерів, то їм залишається право голосу лише в стратегічних питаннях.

Розгляд теорій юридичної особи не можна вважати завершеним, якщо не згадати теорію господарського права, представники якої наполягали на визнанні підприємства окремим суб'єктом господарського права і заперечували значення інституту юридичної особи як суб'єкта господарської діяльності¹. Свого часу таку позицію було піддано критиці². В умовах побудови ринкових відносин, неодмінним атрибутом яких є підприємництво, спостерігається поява двох концепцій підприємницького права: концепції, яка не визнає його галузеву самостійність, і концепції, яка визнає за ним статус галузі права. Аналіз поглядів на підприємницьке право як на самостійну галузь права³ дозволяє стверджувати, що окремі правники прагнуть «реанімувати» традиційну теорію господарського права, «розчинивши» її в ідеї автономності «підприємницького» (комерційного, торговельного, господарсько-підприємницького) права, яке начебто суто відрізняється від цивільного. Основний аргумент — безумовна правонаступність категорій: при переході від планово-адміністративної до ринкової економіки господарська діяльність стає діяльністю підприємницькою, господарські відносини — відносинами між підприємцями, а це визначає новий зміст господарського права, яке стає правом підприємницької діяльності⁴. Окремим суб'єктом тепер вже підприємницького права знов визнається

¹ Див.: Лантев В. В. // Сов. государство и право. — 1975. — № 4. — С. 80–88.

² Див.: Красавчиков О. А. Сущность юридического лица. — С. 47–55; Рахмилович В. А. Хозяйственная правосубъектность и юридическое лицо // Правоведение. — 1977. — № 2. — С. 25–34.

³ Слід зазначити, що їх існує чимало. Наприклад, В. Гайворонський поділяє точку зору В. Хойера, що за всією близькістю і переплетінням між собою господарські і підприємницькі відносини не є повністю тотожними і повинні мати як спільні, так і специфічні способи регулювання (див.: Правове регулювання господарських відносин за участю промислових підприємств: Підручник. — Х., 2000. — С. 13. Цю позицію підтримує й В. Чанкін, хоча він і відокремлює господарське і торговельне (підприємницьке) право (див.: Торгове право: сучасні тенденції // Государство и право. — 1993. — № 2. — С. 60.

⁴ Див.: Лантев В. В. Хозяйственное право — право предпринимательской деятельности // Государство и право. — 1993. — № 1. — С. 36–39.

підприємство, виходячи з того, що категорія «юридична особа» виконує лише службову роль і не охоплює всі зв'язки і відносини, які встановлює підприємство¹. До болю знайомий лейтмотив.

Не торкаючись обговорення питання про те, є підприємницьке право самостійною галуззю права чи ні, бо це питання потребує окремого висвітлення, нагадаємо, що за правосуб'єктне підприємство виступали і виступають представники теорії «персоніфікації» підприємства², які обґрунтовують ідею відокремлення капіталу-власності від капіталу-функції через роз'єднання підприємця і підприємства, приходячи до висновку, що підприємство повинно виступати в цивільно-правовому обороті і визнаватися юридичною особою. І хоча ще О. Флейшиць відмічала, що при серйозному і послідовному здійсненні на практиці конструкції підприємства як юридичної особи не тільки довелося б відмовити підприємцю в праві розпорядження підприємством в цілому, а й неможливо було б взагалі обґрунтувати право підприємця на прибуток підприємства³, можна вважати, що певна модифікація цієї теорії знайшла втілення в соціалістичному законодавстві, коли воно відмовилося від підприємства як об'єкта цивільних прав і спочатку визнало підприємства, що входили на правах структурних підрозділів до трестів, самостійними учасниками цивільно-правових відносин, а згодом визнало підприємство основним господарюючим суб'єктом. Правда, при цьому саме надання підприємству прав юридичної особи означало, що воно має властивість виступати в обороті як самостійний суб'єкт різних за своїм змістом правовідносин.

З тих пір становище докорінно змінилося. [Перехід до ринкової економіки супроводжується відмовою від багатьох, рані-

¹ Див.: *Зинченко С. А., Лапач В. А.* Субъект предпринимательства как юридическое лицо // Государство и право. — 1995. — № 7. — С. 58; *Лантев В. В.* Хозяйственное право — право предпринимательской деятельности // Государство и право. — 1993. — № 1. — С. 34; Проблемы предпринимательской (хозяйственной) правосубъектности. // Государство и право. — 1999. — № 11. — С. 13–21.

² Детальніше про це див.: *Кулагин М. И.* Предпринимательство и право: Опыт Запада. — М., 1992. — С. 44; Гражданское и торговое право капиталистических государств. — М., 1999. — С. 115.

³ Див.: *Флейшиц О.* Торгово-промышленное предприятие в праве западноевропейском и РСФСР. — Л., 1924. — С. 19.

ше уявлюваних непорушними, принципів цивільного права або їх суттєвою модифікацією. Якщо в чинному законодавстві термін «підприємство» має декілька значень, тобто застосовується для визначення істотно різних юридичних категорій, то вже новий Цивільний кодекс України відмовився від поняття підприємства як суб'єкта цивільного права і розглядає його лише як об'єкт цивільних прав, а саме — єдиний майновий комплекс, що використовується для здійснення підприємницької діяльності. Вважаємо це вірним.

Надійшла до редколегії 10.09.01

І. Жилінкова, доцент НЮА України

Інститут заручин: далеке минуле і найближче майбутнє

Своєрідність сучасного процесу нормотворення багато в чому полягає в тому, що у законодавство, теорію та практику повертаються правові інститути, які в далекому минулому були добре відомі і становили невід'ємну частину правового життя, а потім внаслідок об'єктивних чи суб'єктивних причин були з неї витіснені. Підтвердженням цьому служить відродження інституту приватного права, низки договорів і т. ін. Це стосується й інституту заручин, який одержав своє законодавче закріплення в проекті ЦК України. За останні десятиріччя цей інститут не привертав уваги вчених-юристів, хоча свого часу йому було присвячено чимало спеціальних праць. Результати наукових досліджень, яких було досягнуто в науці того часу, стають сьогодні актуальними і дають можливість розглядати інститут заручин не як невідомий юридичний феномен, а як традиційний елемент нашої правової культури, який повною мірою може бути відновлено в сучасному житті.

У цілому правове регулювання відносин, що опосередковують укладення шлюбного союзу, має багатовікову історію. «Цивільний звичай укладення передшлюбних угод діє повсюдно у культурних і первісних народів, якщо в останніх припинилося насильницьке викрадення наречених для шлюбу. Існування

цього роду угод підтверджується як законодавчими пам'ятками європейських народів, так і відомостями про передшлюбні звичаї різних народів»¹.

Історія свідчить, що у всіх народів вступу до шлюбу передував певний (нерідко досить складний) комплекс взаємопов'язаних дій сторін, порядок здійснення яких визначався правовими звичаями, релігійними, а пізніше й законодавчими нормами. Що ж до розвитку форм передшлюбної поведінки українського населення, то справедливо сказати, що вони також є продуктом доісторичних часів. Передвесільний цикл поведінки українців хоча й варіювався у різних етнорегіональних зонах, проте мав цілісну структуру і складався з трьох-чотирьох зустрічей сторін, що бажають вступити до шлюбу, — відвідування, сватання, оглядин і заручин². У різних регіонах правила здійснення такого роду дій мали свої особливості, іноді досить істотні. Проте основною метою дошлюбної активності потенційного подружжя, їх батьків і родичів було, по-перше, принципове вирішення питання про укладення в майбутньому шлюбу і, по-друге, визначення поточних і перспективних відносин сторін. Згода про вступ у майбутньому до шлюбу називалася угодою, договором, зговором, заручинами і т. ін., а в рамках церковної юрисдикції — обрученням.

Домовленість про майбутній шлюб мала певний юридичний аспект, бо вона викликала наслідки особистого, майнового і зобов'язального характеру. У зв'язку з цим у дореволюційній цивілістиці їй було приділено значну увагу. Насамперед у науці ставилося питання про правову природу згоди щодо укладення майбутнього шлюбу. З цього предмета в літературі відбувалася досить жвава дискусія. Спір по суті зводився до трьох основних позицій:

1) згода про вступ у майбутньому до шлюбу — це проста обіцянка, яку дає кожна зі сторін іншій стороні і яка не має якогось правового значення та є елементом особистих людських стосунків;

2) згода про вступ до шлюбу — це домовленість сторін, яка має деякі риси, притаманні договорам;

¹ Дашкевич П. Предбрачные убытки по обычаям малороссов // Юрид. вестник. — 1892. — Т. X. — Кн. 4. — Апрель. — С. 537–538.

² Див.: Украинцы (Серия «Народы и культуры») / Отв. редакторы Н. С. Полищук, А. П. Пономарев. — М., 2000. — С. 291.

3) згода — це цивільно-правовий договір або ж договір особливого роду (*sui generis*).

Кожна з названих позицій мала своїх прибічників і власну базу аргументів, а в процесі обговорення нерідко наводилися доводи не лише юридичного, а й релігійного, морального та соціально-психологічного характеру. Як сама дискусія, так і доводи, що наводилися в ній, становлять сьогодні особливий інтерес, бо дають змогу точніше висвітлити найбільш проблемні юридичні аспекти дошлюбних відносин статей і запропонувати практичні рішення нормативного регулювання цих відносин у новому законодавстві України.

Отже, відповідно до першої з названих позицій згода про вступ до шлюбу носить суто моральний, а не правовий характер. Цікаво відзначити, що в Російській імперії, а, отже, і на території України, що входила до її складу, такий підхід мав, можна сказати, офіційний характер, бо був висловлений правлячим Сенатом у процесі розгляду деяких конкретних справ. Даючи роз'яснення щодо однієї з них, сенат, зокрема, вказав, що вступ до шлюбу не може бути обумовлено жодними зобов'язаннями; обіцянка вступити до шлюбу має характер суто моральний і може бути вільно змінена у будь-який час, до моменту здійснення шлюбу за обрядами церкви. Тому обіцянка вступити до шлюбу не може бути втілена в форму юридичного зобов'язання; договір, що встановлює майнові наслідки на випадок невиконання такої обіцянки, — нікчемний. Відмова від обіцянки, даної нареченою чи нареченим або їхніми батьками, не може служити підставою і для стягнення збитків»¹.

Позиція Сенату є цілком зрозумілою, бо вона відповідала чинному на той час законодавству, в якому були відсутні спеціальні норми, що регулюють передшлюбні відносини сторін, а також позиції православної церкви, що розглядала шлюб як таїнство. «Якихось... загальних правил про зговір, як про попередню угоду чи договір про одруження..., — писав К. Анненков, — у нашому законі зовсім немає, і тільки в окремих правилах 218–227 ст. XI т. 1 ч. статуту іноземних сповідей викладено досить детальні правила про цей договір, як про заручини, що

¹ Див.: *Кавелин К.* Очерк юридических отношений, возникающих из семейного союза // Журнал гражданского и уголовного права. — 1884. — Кн. 3. — Март. — С. 23.

передують укладенню шлюбу між особами євангельсько-лютеранського віросповідання, якими здійснення його допускається у двох видах: або у вигляді угоди цивільної або ж у вигляді заручин, що здійснюються перед їх проповідником у присутності двох свідків»¹.

Деякі цивілісти підтримували позицію Сенату і вважали заручини справою особистою, що не тягне за собою правових наслідків². Основним аргументом такого підходу була теза про свободу шлюбу та неможливість введення будь-яких санкцій відносно сторони, яка відмовилася від його укладення, а тим більше примушення її до укладення шлюбу. Разом з тим ця позиція викликала заперечення. Основне вістря критики було спрямоване проти формального підходу, що його демонстрував Сенат у своїх рішеннях, ігнорування ним відносин, що склалися в реальному житті. «Недоцільно було б, — писав, наприклад, П. Дашкевич, — закривати очі перед цими фактами, подібно до цивільного касаційного департаменту Сенату і стверджувати, що юридичних договорів про шлюб не існує, а є лише одностороння обіцянка одружитися, яка нікого ні до чого не зобов'язує і не має ніякого юридичного значення. Дивною здалася б наречена, яка готувалася б до шлюбу, не маючи нареченого, і навпаки; зазвичай насамперед існує угода — договір нареченого та нареченої про шлюб, а потім сторони вже готуються до шлюбу...» І далі: «... обіцянка завжди є акт лише односторонньої волі, що нікого ні до чого не зобов'язує, а передшлюбна угода є акт двосторонній, що зобов'язує багато до чого»³.

Висловлена критика була значною мірою обґрунтованою. Незважаючи на офіційну позицію церкви та держави, народні правові звичаї, пов'язані з заручинами, мали значне поширення та існували повсюдно. В українського населення факту заручин надавалося особливого значення, вони також називалися «малим весіллям». Більш того, угода про одруження викликала і певні правові наслідки. Заручені в громадській думці вважалися зв'язаними між собою певними узами, а у разі ро-

¹ Анненков К. Система русского гражданского права. — Т. V. Права семейные и опека. — СПб., 1905. — С. 10.

² Див.: Кавелин К. Вказ. праця. — С. 21–22.

³ Дашкевич П. Вказ. праця. — С. 538, 540–541.

зірвання угоди про майбутній шлюб визначалися правила про повернення подарунків нареченого, нареченої, інших родичів, відшкодування збитків тощо¹. З урахуванням цього деякі вчені вважали, що зовсім не надавати правового значення шлюбній угоді не можна, хоча й називати її цивільно-правовою угодою також передчасно. Внаслідок цього сформувалась позиція, відповідно до якої угода про одруження посідає деяке проміжне місце між договорами та звичайними домовленостями, що не мають юридичного значення. Я. Кузнецов з цього приводу, наприклад, писав: «Зближуючи сватання з договором, можна зробити висновок, що сватання несе на собі сліди договору»². К. Кавелін, підкреслюючи складність визначення юридичної сутності заручин, відзначав, що «юридичний характер заручин вловити досить важко. Вони схожі на договір про одруження і на просту обіцянку, що не має ніякої обов'язкової сили»³.

Нарешті, третя позиція з питання про юридичну природу згоди на майбутній шлюб зводилася до визнання її договором. П. Дашкевич, зокрема, відмічав, що «угода двох осіб про майбутній шлюб... не може бути названа інакше, ніж цивільним договором... і такий договір, оскільки мета його не противна ні закону, ні благочинності, ні суспільному порядку, повинен користуватися охороною наших цивільних законів»⁴. В іншому місці автор писав, що «передшлюбні угоди є особливого роду договорами (*sui generis*), які не вміщуються сповна в загальну рамку договорів... і що тому й більшість законодавств присвячують передшлюбним угодам низку окремих статей»⁵.

Дореволюційні цивілісти порівнювали угоду сторін про укладення в майбутньому шлюбу з цивільно-правовим договором запродажу. К. Кавелін, зокрема, відзначав, що запродаж «теж є договір про майбутній продаж, але який не має наслідком примушення до продажу чи купівлі. Подібно запродажу, заручини не мали обов'язкової сили для заручуваних, не мали наслідком примушення до шлюбу, могли бути розірвані з волі тієї чи іншої

¹ Див.: Украинцы. – С. 292.

² Кузнецов Я. Семейное и наследственное право в народных пословицах и поговорках // Журнал Министерства юстиции. – 1910. – № 6. – Июнь. – С. 219.

³ Кавелин К. Вказ. праця. – С. 36.

⁴ Дашкевич П. Вказ. праця. – С. 538.

⁵ Там само. – С. 541.

сторони без усяких причин; але подібно запродажу, і розірвання заручин тягло за собою лише майнові наслідки — повернення заручних завдатків чи дарів удвічі, якщо розірвання відбулося з боку того, хто одержав їх, або втрату їх, якщо заручини розірвані тим, хто їх дав»¹. П. Дашкевич також розвивав думку про схожість конструкції угоди про укладення майбутнього шлюбу з попередніми договорами. За такого роду договорами, писав він, «не можна нікого примусити насильно, проти його волі, підписати купчу... чи орендний договір, хоча б він і зобов'язався це зробити... Однак внаслідок того, що не можна насильно примусити до укладення подібних нових договорів і що сторони мають право відмовитися підписати і здійснити обумовлені раніше нові договори, закон не відкидає ні юридичної сили подібних договорів, ні права сторони, яка потерпіла через подібну відмову, на позов про збитки. Передшлюбні договори по роду своєму безумовно повинні бути віднесені до розряду попередніх договорів»².

Яка з наведених позицій видається сьогодні найбільш переконливою? Відповісти на це запитання можна лише з урахуванням норм проекту ЦК України. Цікаво, що проект ЦК уникає будь-якого визначення домовленості сторін про укладення в майбутньому шлюбу. Вона не називається ні угодою, ні договором, ні якимось іншим юридично значущим терміном. У проекті лише сказано, що сторони можуть оголосити себе зарученими. Але для того, щоб оголосити про це, необхідно, щоб сторони висловили взаємну згоду на укладення шлюбу. Складається парадоксальна для нормативного акта ситуація: сама по собі угода залишається мовби поза увагою законодавця, правове ж значення надається оголошенню про те, що сторони дійшли згоди про одруження. Незважаючи на це, визначити юридичну природу угоди сторін про одруження в майбутньому необхідно. Повертаючись до підсумків дискусії багаторічної давності, можна дійти таких висновків. Після включення в законодавство України інституту заручин говорити про те, що заручини не мають якогось правового значення, не випадає. Отже, перша з названих раніше позицій (яка в Російській імперії була офі-

¹ Кавелин К. Вказ. праця. — С. 36.

² Дашкевич П. Вказ. праця. — С. 538—539.

ційною щодо осіб православного віросповідання) з точки зору сьогодення видається неприйнятною. Стаття 1278¹ проекту ЦК надає заручинам правове значення і вводить цей інститут у правове поле України.

Залишається вибір між двома іншими концепціями: заручини — це а) така домовленість сторін, яка має деякі риси договору, або б) цивільно-правовий договір, який має певні особливості. Потрібно одразу сказати, що друга концепція більш прийнятна. Навряд чи є необхідність визначати угоду про вступ до шлюбу в майбутньому як особливу домовленість, конструкцію якої не розроблено в цивільному і, зокрема, сімейному праві. Цілком прийнятним може бути використання традиційної структури двосторонньої угоди — договору. Г. Шершеневич свого часу писав, що «під іменем юридичної угоди розуміється така юридична дія, яка виявляє волю викликати юридичні наслідки, об'єднані по закону з цією дією»¹. Подібним чином визначається договір і в сучасній теорії права: договір — це узгоджене волевиявлення двох чи кількох формально рівних (у момент укладення договору) суб'єктів, здійснюване з метою викликати юридичні наслідки»².

Які ж риси дають підставу віднести угоду про вступ у майбутньому до шлюбу до договорів? По-перше, така угода являє собою вільне і узгоджене волевиявлення двох сторін. Вони висловлюють свою взаємну згоду на укладення в майбутньому шлюбу. Будь-який тиск на волю сторін не допускається. По-друге, при висловленні згоди на вступ до шлюбу сторони знаходяться в юридично рівному становищі, між ними виключені відносини влади і підпорядкування. По-третє, угода про вступ до шлюбу тягне за собою виникнення певної юридичної зв'язаності сторін і настання юридичних наслідків, зокрема, у разі, якщо одна зі сторін відмовляється в подальшому від укладення шлюбу.

Разом з тим угода про вступ у майбутньому до шлюбу має істотні особливості, які ускладнюють її договірну природу і дають підстави розглядати її як договір особливого роду. По-перше, висловлюючи свою волю на вступ у майбутньому до шлюбу

¹ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. — М., 1912. — Т. 1. — Вып. 3. — С. 624.

² Александров Н. Г. К вопросу о роли договора в регулировании общественных отношений // Уч. зап. ВІЮН. — М., 1976. — Вып. 6. — С. 82.

бу, сторони не можуть брати на себе зобов'язання вступити до шлюбу. Тому тут не можна провести пряму паралель з конструкцією попереднього договору, за яким сторони зобов'язуються в певний строк укласти в майбутньому договір на умовах, передбачених попереднім договором. Ніхто не може ні примусити когось узяти шлюб, ні зобов'язатися зробити це відносно себе особисто, бо свобода вступу до шлюбу є одним з основних прав людини в сучасному суспільстві. Другим моментом є те, що угода про вступ до шлюбу не має прямою метою досягнення правових наслідків, хоча вони й виникають у разі відмови від вступу до шлюбу (повернення подарунків, відшкодування збитків).

Сказане дає підстави розглядати угоду про вступ у майбутньому до шлюбу (заручини) як цивільно-правовий договір особливого роду, який має, з одного боку, ознаки, властиві цивільно-правовим договорам у цілому, а з іншого — певну специфіку.

Важливим є питання про настання чинності такого договору. Тут також цікаво висвітлити питання в ретроспективному плані. Можна відзначити, що у різних народів моменту, з якого сторони вважалися зарученими, завжди приділялося особливе значення. Тому ритуал укладення договору про майбутній шлюб був, як правило, досить складним і точно приписаним. В українців, наприклад, заручини були найважливішою обрядовою дією передвесільного етапу. На заручинах мали бути присутніми певні учасники обряду. При цьому виконувались обрядові пісні, здійснювалися символічні дії (з'єднання рук нареченого та нареченої на хлібові тощо)¹. Договір про шлюб вважався таким, що відбувся, з моменту вручення нареченою сватам рушників чи хусток². У російського населення останнім моментом обрядової дії, яким скріплювалася остаточна угода сторін у шлюбі, були рукобиття (рукостискання сторін), образівка і пропивка. Наречена після заручин повинна була поводитися інакше, практично як заміжня жінка. Зміна становища молодих, і в першу чергу жінки, знайшла своє вираження у багатьох прислів'ях та приказках: «заручена, що подарована», «просватана, що продана», «пропита — продана» і т. ін³.

¹ Див.: Українцы. — С. 292.

² Див.: Дашкевич П. Вказ. праця. — С. 220.

³ Див.: Кузнецов Я. Вказ. праця. — С. 223.

Як же вирішується питання про момент заручин у проекті ЦК України? Відповідно до п. 1 ст. 1278¹ проекту зарученими вважаються особи, які подали заяву про реєстрацію шлюбу. Таким чином законодавство зв'язує формальну сторону заручин з фактом подання і спільного підписання сторонами заяви на вступ до шлюбу. Звичайно, взаємна згода сторін про вступ у майбутньому до шлюбу носить суто особистий характер. Прийшовши до такої угоди, сторони можуть і не розголошувати її перед третіми особами. В цьому разі говорити про правове значення такої угоди не можна. Для набуття договором про майбутній шлюб юридичної значущості необхідне його оприлюднення. Таке оприлюднення дійсно пов'язане з поданням заяви про реєстрацію шлюбу, хоча подання такої заяви і сам по собі, договір — речі різного порядку. Договір визначає внутрішні відносини майбутнього подружжя, в той час як подання заяви, з одного боку, являє собою зовнішній прояв досягнутої сторонами згоди про вступ до шлюбу, а з другого — прохання про санкціонування і державне визнання майбутнього шлюбу. З моменту реєстрації заяви про вступ до шлюбу набуває чинності і угода про укладення в майбутньому шлюбу (заручини). Питання, пов'язані з розірванням угоди про шлюб і відмовою від шлюбу заручених осіб, потребують окремого розгляду.

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

В. Настюк, доцент НЮА України

Особливості правового статусу органів митної служби в Україні

Необхідність неухильного виконання вимог митного законодавства для життєзабезпечення суспільства і держави в цілому обумовила застосування різних засобів державного примусу до учасників митних правовідносин. Гарантовані Конституцією України права та обов'язки фізичних і юридичних осіб, зокрема добровільне проходження митних процедур та справляння загальнообов'язкових митних платежів, визначили спеціалізовану систему органів Державної митної служби, які мають повноваження примусового впливу на порушників митних правил. Це дозволяє забезпечувати надходження мита, митних зборів до бюджетної системи у встановлені строки і відповідно до митних ставок, є умовою відповідальності щодо виконання зобов'язань перед державою всіх юридичних і фізичних осіб.

Державна митна служба пройшла складний шлях — від створення окремих митниць до організаційно-самостійної митної служби, що відповідно до свого конституційно — правового статусу є складним інститутом здійснення митної політики держави. Зміни, які відбулись у статутному становищі митних органів, виділили їх у самостійну структуру, встановили багато нових повноважень для митних органів, які реалізують адміністративний інститут процесуального примусу до осіб, що вчинили правопорушення. Ці питання становлять неабиякий науково-практичний інтерес, що вимагає самостійного дослідження у сфері правосуб'єктності митних органів. В першу чергу необхідно оцінити в умовах України характер і призначення

суб'єктів загальної та спеціальної митної юрисдикції, які наділені певним правовим статусом.

Відповідно до ст. 9 Митного кодексу України, а також ст. 1 Положення про Державну митну службу України, затвердженого Указом Президента України від 24 серпня 2000 р., Держмитслужба України є системою органів, до складу якої входять Державна митна служба України, регіональні митниці, митниці, спеціалізовані митні управління, структурні підрозділи центрального апарату Держмитслужби. Державну митну службу України очолює Голова, якого призначає на посаду та звільняє з посади Президент України за поданням Прем'єр-міністра України.

Державна митна служба України є центральним органом виконавчої влади зі спеціальним статусом. Організація, повноваження і порядок діяльності центрального органу виконавчої влади визначаються Конституцією і законодавством України (ч. 2 ст. 120 Конституції України). Згідно зі ст. 1 Указу Президента України від 15 грудня 1999 р. «Про систему центральних органів виконавчої влади» Державна митна служба України підпорядковується Кабінету Міністрів України. Керує п. 9 ст. 116 Конституції України, Кабінет Міністрів України спрямовує і координує роботу Державної митної служби України.

Голова Державної митної служби України має заступників, яких за його поданням призначає на посаду та звільняє з посади Кабінет Міністрів України. Кількість заступників визначається Кабінетом Міністрів України, розподіл обов'язків між ними проводить Голова Державної митної служби.

Залежно від кількості учасників зовнішньоекономічної діяльності та інших місцевих умов Державна митна служба України може створювати, реорганізовувати та ліквідувати у встановленому порядку регіональні митниці, митниці, спеціалізовані митні управління та організації. Державній митній службі України підпорядковуються всі органи митної служби, керівники яких призначаються на посаду і звільняються з посади Головою Держмитслужби України.

Для погодженого вирішення питань у Державній митній службі України утворюється колегія. Колегія є дорадчим органом і розглядає найважливіші напрями митної діяльності. До її складу входять Голова Держмитслужби (голова колегії), його

заступники за посадою, інші працівники органів митної служби. Членів колегії затверджує Кабінет Міністрів України, рішення колегії проводиться в життя наказами Голови Держмитслужби.

Для обговорення найважливіших програм та інших питань у Державній митній службі можуть утворюватися наукова рада з учених і висококваліфікованих спеціалістів, інші дорадчі та консультативні органи. Склад цих органів і положення про них затверджує Голова Держмитслужби. Структура Державної митної служби затверджується Кабінетом Міністрів України. Голова Державної митної служби України здійснює керівництво дорученими йому сферами діяльності і несе персональну відповідальність перед Президентом України та Урядом України за виконання покладених на нього завдань, визначає ступінь відповідальності заступників та керівників підрозділів.

У разі потреби Державна митна служба України видає разом з іншими центральними та місцевими органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування спільні акти в межах своїх повноважень на основі і на виконання актів законодавства, накази, організовує і контролює їх виконання. Нормативно-правові акти Державної митної служби України підлягають державній реєстрації в Міністерстві юстиції України в порядку, встановленому законодавством.

Відповідно до ст. 5 Положення про Державну митну службу України вона як центральний орган державної виконавчої влади має право представляти Кабінет Міністрів України за його дорученням у міжнародних організаціях та під час укладення міжнародних договорів України. Отже, Державна митна служба України за змістом державно-владних повноважень є вищим органом у системі органів Державної митної служби.

Кожний орган, який входить до складу системи органів Державної митної служби України, має печатку із зображенням Державного герба України та своїм найменуванням, інші печатки та штампи, відповідні бланки, рахунки в установах банків, самостійний баланс. У своїй діяльності органи Державної митної служби України керуються Конституцією України та законами України, актами Президента України, Кабінету Міністрів України, а також Положенням про Державну митну службу України.

Органи Державної митної служби України координують свою діяльність з фінансовими органами, органами Державно-

го казначейства України, органами Служби безпеки, внутрішніх справ, прокуратури, статистики, податкової адміністрації, іншими контролюючими органами, установами банків, а також з митними органами інших держав.

Незалежно від рівня та підпорядкування покладених на них функцій органи Державної митної служби України мають спільні для всіх завдання. Одним з головних завдань, визначених у законодавстві, є вдосконалення митного контролю, митного оформлення і оподаткування товарів та інших предметів, що переміщуються через митний кордон України. Отже, ми маємо справу із системним утворенням, яке має відповідну організаційну структуру і утворене для вирішення конкретних завдань. Організаційна структура Державної митної служби України являє собою складний механізм, за допомогою якого забезпечуються ефективний захист економічних інтересів України і здійснення контролю за додержанням вимог митного законодавства. В основі формування цього механізму, який є сукупністю впорядкованих за відносинами і зв'язками органів, лежить система функцій митної діяльності, сукупність яких і становить зміст процесу здійснення митної справи.

У ст. 4 Положення про Державну митну службу в Україні серед перелічених функцій Держмитслужби виділено специфічні функції, які притаманні лише цій службі, чим підкреслюється місце цієї установи як керівного органу серед органів системи Державної митної служби України. Держмитслужба України безпосередньо виконує, а також організовує роботу регіональних митниць, митниць, митних постів, митних управлінь і організацій за здійсненням контролю, додержанням законодавства про митно-тарифне і позатарифне регулювання під час переміщення товарів та інших предметів через митний кордон, порядком переміщення валютних цінностей, а також контролю за обкладанням митом товарів та інших предметів. Коло повноважень, передбачених законодавством, свідчить і про особливий зміст нормативно-правових актів, які видаються з питань митної справи. Наприклад, такими актами є накази Держмитслужби України: від 5 січня 1999 р. № 4 «Про порядок взяття проб і зразків товарів та інших предметів для проведення досліджень, необхідних для їх митного оформлення», від 16 лютого 2001 р. № 99 «Про спрощення митного оформлення целюлозно-паперової продукції та поліграфічного обладнання» та ін.

Митні органи самостійно визначають напрями, форми і методи проведення перевірок додержання митного законодавства. Характерно, що закон обумовив прямий обов'язок позавідомчої звітності, а саме направлення до Податкової адміністрації України та Міністерства фінансів України звітів про надходження мита, інших митних платежів і зборів.

Інші функції Державної митної служби України, які містяться в ст. 4 зазначеного Положення, притаманні всім органам митної служби. Отже, класифікуючи систему органів Державної митної служби, можна помітити різницю в класифікаціях за функціональними ознаками та структурним підпорядкуванням. Розподіл державних митних органів за функціональними ознаками дозволяє виділити чотири рівні системи органів Державної митної служби України: центральний апарат Державної митної служби України; регіональні митниці; митниці; спеціалізовані митні управління та організації.

Щодо структури митниці підпорядковуються регіональним митницям, які в свою чергу підпорядковуються Державній митній службі України. Відповідно до ст. 7 Положення про Державну митну службу України вона здійснює свої повноваження безпосередньо та через регіональні митниці, спеціалізовані митні управління та організації. Крім того, в ст. 8 цього Положення визначається, що Держмитслужба України у процесі покладених на неї завдань взаємодіє з іншими центральними і місцевими органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, а також з відповідними органами інших держав. У випадках, передбачених законодавством, рішення Держмитслужби є обов'язковими для всіх учасників митних процесів.

Найменування державного митного органу — одна із форм вираження його змісту, тобто митно-правової природи. Застосовуючи найменування до цих органів, законодавець вживає назви «служба», «регіональні митниці», «митниці», що тим самим вказує на відмінність у змісті митно-владних повноважень, тобто на різну правову природу або статус суб'єктів, які входять до системи органів Державної митної служби. Як самостійні організаційно відокремлені в системі митних органів вони одночасно є структурними підрозділами Держмитслужби України, перебуваючи у відносинах підпорядкування, і діють у межах встановлених законом процедури і своєї компетенції самостійно. Тим самим зако-

нодавець створив умови для розподілу функцій між ними, що забезпечує взаємозв'язок підпорядкованості для їх найбільш ефективного функціонування і гарантує дотримання законності. В той же час вони утворюють єдиний, цілісний комплекс з наявністю тісних зв'язків, об'єднаних в єдину систему — систему органів Державної митної служби України. Єдина система митних органів — це вся сукупність митних органів, їх взаємозв'язок у здійсненні митної справи, що ґрунтується на принципах митного регулювання. Крім Державної митної служби України до неї входять підпорядковані їй регіональні митниці, митниці, митні пости, а також утворені нею спеціалізовані організації та установи (митні лабораторії, інформаційно-аналітичні підрозділи, будівельні та господарські служби, кінологічні служби, науково-дослідні підрозділи, навчальні заклади і установи з підготовки та перепідготовки кадрів), інші організації і установи митної системи.

Аналізуючи права органів Держмитслужби, закріплені в гл. 2 Митного кодексу України, можна помітити їх подвійну природу, що відрізняє її від інших органів виконавчої влади і певною мірою наближає до органів внутрішніх справ. Співробітники митної служби наділені майже всіма правами, які передбачені для органів Держмитслужби, а також правами, що містяться в окремих положеннях Закону України «Про міліцію».

Залежно від обсягу наданих прав, передбачених для органів Держмитслужби України, законодавець виділяє особливу категорію суб'єктів їх застосування — «посадові особи». До категорії «посадові особи» митних органів згідно зі ст. 154 Митного кодексу України належать керівники та заступники керівників центрального апарату Держмитслужби України, регіональних митниць, митниць, керівники і заступники управлінь, служб, відділів, секторів, митних постів, а також працівники інших органів, на яких законодавством покладено здійснення організаційно-розпорядчих, консультативно-дорадчих і контрольних функцій при безпосередньому провадженні митної справи.

Маючи деякі спільні для всіх органів виконавчої влади завдання, Держмитслужба України наділена низкою спеціальних повноважень, виконання яких пов'язано з її призначенням. Законодавець наділяє митні органи оперативно-службовою, кримінально-процесуальною та контрольною-охоронною функціями.

Митні органи здійснюють відповідно до закону оперативно-службову діяльність, ведуть досудову підготовку матеріалів за протокольною формою, а також проводять дізнання в межах своєї компетенції. Вони забезпечують безпеку працівників, їх захист від протиправних посягань, пов'язаних з виконанням ними посадових обов'язків, запобігають корупції та іншим службовим порушенням серед працівників Держмитслужби, здійснюють провадження у справах про адміністративні правопорушення.

Держмитслужба України в організаційному і функціональному відношенні має складну квазіконтрольну природу. Для розвитку і зміцнення зв'язків, а також відшукування найбільш оптимальних форм взаємодії митних органів з відповідними контрольними-наглядними і правоохоронними органами держави необхідна нова законодавча база, де б враховувався досвід інших країн у цій справі.

Правова природа митних органів як органічної складової Державної митної служби України обумовила її підпорядкування лише по вертикалі — вищим органам спеціальної компетенції. Це робить державне управління митними органами централізованим, більш предметним і конкретним.

Працівники митних органів у межах наданих їм повноважень самостійно приймають рішення і несуть за свої протиправні дії або бездіяльність встановлену законом відповідальність. У разі порушення прав і законних інтересів громадянина відповідний орган Державної митної служби зобов'язаний вжити заходів до поновлення цих прав, відшкодування завданих моральних збитків, на вимогу громадянина публічно вибачитись. Дії або рішення працівників митних органів можуть бути оскаржені у встановленому законом порядку до суду чи прокуратури або вищого митного органу.

Аналіз структури та функцій системи органів Державної митної служби дає підстави зробити висновок, що система органів Державної митної служби за внутрішньою будовою і структурним зв'язком не є повністю спеціалізованою, вона вимагає концептуального осмислення за результатами практики і застосування як новітнього національного митного права, так і міжнародного законодавства. Таке подвійне підпорядкування цієї системи обумовлено тим, що вона покликана регулювати митні відносини не лише в межах нашої держави, а й на міжнародній арені.

Тому особливого значення для регулювання правового статусу митних органів набуває створення усталених демократичних форм щодо дії у внутрішньому митному законодавстві України норм міжнародного митного права. Вирішення саме цієї проблеми багато в чому зумовлюватиме успішне просування України до Європейського та світового митно-правового простору.

Надійшла до редколегії 15.09.01

В. Єгупенко, начальник обласного управління ДАІ УВС по Харківській області МВС України

Повноваження органів ДАІ по застосуванню заходів припинення, спрямованих на забезпечення провадження в справах про адміністративні проступки

Розгляд питань про повноваження органів ДАІ по застосуванню заходів забезпечення провадження в справах про адміністративні правопорушення є вкрай актуальним у зв'язку зі змінами, що відбулися в законодавстві України. 5 квітня 2001 р. Верховна Рада прийняла Закон «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо відповідальності за порушення правил дорожнього руху», згідно з яким (серед іншого) із ст. 265 виключено частини п'яту і шосту, що передбачали (при вчиненні правопорушення) можливість вилучення посвідчення водія, номерних знаків, затримання і доставлення транспортного засобу до спеціального майданчика на час до оформлення необхідних документів і сплати штрафу. Отже, можна констатувати, що в законодавстві України у сфері дорожнього руху послідовно реалізуються положення Конституції щодо гарантування прав і свобод громадян у стосунках з органами держави. Все це потребує наукового осмислення, внесення відповідних змін до підзаконних актів.

З питань про повноваження органів ДАІ по застосуванню заходів забезпечення провадження в справах про адміністра-

тивні правопорушення у науці адміністративного права відсутні спеціальні роботи.

Вчені-адміністративісти досліджують головним чином загальні проблеми заходів забезпечення у контексті провадження в справах про адміністративні правопорушення¹. Є роботи, присвячені заходам припинення, які застосовуються міліцією². Нарешті, у законодавстві, що стосується діяльності ДАІ МВС України, відсутній чіткий систематизований перелік повноважень по застосуванню заходів забезпечення провадження, ці заходи формулюються поряд з іншими повноваженнями.

Відповідно до положень теорії адміністративного права можна встановити, що заходи забезпечення провадження в справах про адміністративні правопорушення являють собою різновид заходів адміністративного припинення загального призначення. Їх особливістю є те, що завдяки їм забезпечується створення умов для притягнення правопорушника до адміністративної (в деяких випадках — кримінальної) відповідальності. Вони застосовуються працівниками ДАІ для припинення адміністративних правопорушень, коли вичерпано інші заходи впливу, встановлення особи, складання протоколу про адміністративні правопорушення (якщо це є обов'язковим), забезпечення своєчасного і правильного розгляду справ та виконання постанов у справах про адміністративні правопорушення. Заходи забезпечення застосовуються лише у зв'язку із вчиненням правопорушення³. Існують і додаткові (факультативні) підстави застосування цих заходів — неможливість припинення правопорушення іншими засобами, необхідність попередження вчинення особою інших правопорушень тощо.

Застосування заходів забезпечення провадження в справах про адміністративні правопорушення працівниками ДАІ відіграє важливу роль у підтриманні безпеки дорожнього руху.

¹ Див.: Якуба О. М. Административная ответственность. — М., 1972; Адміністративне право України: Підручник / За ред. Ю. П. Битяка. — Х., 2000. — С. 199–202;

² Див.: Бандурка О. М. Основи Управління в органах внутрішніх справ: Теорія, досвід, шляхи удосконалення. — Харків, 1996; Ключниченко А. П. Мери адміністративного принуждення, применяемые милицией. — К., 1979 та ін.

³ Див.: Бахрах Д. Н., Ренов Э. Н. Производство по делам об административных правонарушениях. — М., 1989. — С. 33–49.

сприяє встановленню чіткого адміністративного порядку на автошляхах, забезпечує існуючий порядок реєстрації обліку транспорту і його власників, дозволяє виявляти і затримувати угнані та викрадені транспортні засоби, з'ясовувати причини і умови, які сприяють вчиненню правопорушень. Види, підстави і порядок застосування заходів забезпечення провадження в справах про адміністративні правопорушення (у тому числі у сфері дорожнього руху), деякі повноваження органів ДАІ визначено у КпАП. Окремі загальні норми містяться в законах України «Про міліцію», «Про дорожній рух». Юрисдикційні повноваження органів ДАІ конкретизовано у п. 5 Положення про Державну автомобільну інспекцію Міністерства внутрішніх справ, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 14 квітня 1997 р.¹ Порядок застосування органами ДАІ окремих заходів забезпечення деталізується в нормативних актах (наказах) МВС України.

Заходи забезпечення провадження в справах про адміністративні проступки в КпАП сформульовано в ст.ст. 260–267. У ст. 260 зазначено такі заходи забезпечення: адміністративне затримання особи, особистий огляд, огляд речей і вилучення речей та документів. Стаття 266 передбачає відсторонення водіїв від керування транспортними засобами та огляд на стан сп'яніння. Всі перелічені заходи забезпечення сформульовано в одній главі КпАП, однак ні в її назві, ні у ст. 260 («Заходи забезпечення провадження в справах про адміністративні проступки») наявність останніх двох не передбачено, що є, на наш погляд, істотним недоліком. Уявляється, що у новому Кодексі України про адміністративні проступки, проект якого розроблено, ці зауваження слід врахувати і назвати главу по-новому — «Заходи забезпечення провадження в справах про адміністративні проступки».

Нарешті, іншими главами КпАП передбачено ще два заходи забезпечення: доставлення правопорушника (ст. 259) і його привід (ст. 268). На нашу думку, їх також слід включити до глави 20.

Органами ДАІ застосовуються всі перелічені заходи забезпечення, крім приводу (здійснюється у разі ухилення від явки на виклик органу внутрішніх справ або суду працівниками міліції загального призначення у випадках, передбачених законодавством (ч. 2 ст. 268 КпАП).

¹ Офіційний вісник України. – 1997. – № 16. – Ст. 52.

Доставлення порушника — це адміністративно-примусове вилучення особи, яка вчинила або вчиняє адміністративне правопорушення, з місця вчинення правопорушення чи з місця виявлення правопорушника і супроводження його до органу, який має право вирішити питання про адміністративне затримання або про притягнення до адміністративної відповідальності, яке пов'язано із застосуванням заходів психічного або фізичного примусу і здійснюється уповноваженими на те посадовими особами або представниками громадськості¹. Воно застосовується, згідно із ч. 1 ст. 259 КпАП, з метою складання протоколу про адміністративне правопорушення в разі неможливості скласти його на місці.

У ч. 2 ст. 259 КпАП сформульовано ще одну обставину, за наявності якої виникає право на доставлення, — порушення правил користування засобами транспорту, правил щодо охорони порядку і безпеки руху, правил, спрямованих на забезпечення збереження вантажів на транспорті тощо особою, у якій відсутні документи, що посвідчують особу, і немає свідків, які б могли повідомити необхідні дані про неї. Отже, доставлення працівниками ДАІ може проводитися також з метою встановлення особи правопорушника.

Однак ні у Законі «Про міліцію», ні у Положенні про Державну автомобільну інспекцію не відображено прямо право працівників міліції (ДАІ) здійснювати доставлення. Говориться лише про адміністративне затримання (п. 5 ст. 11 Закону «Про міліцію», пп. 9 п. 5 Положення про Державну автомобільну інспекцію). В той же час про повноваження працівників ДАІ по доставленню порушників правил дорожнього руху, громадського порядку йдеться у п. 2 Типових рекомендацій щодо поліпшення взаємовідносин міліції з учасниками дорожнього руху та власниками транспортних засобів, затверджених Наказом МВС України 30 червня 1998 р. Зокрема, в них сказано, що доставлення порушника допускається з метою припинення адміністративного правопорушення, коли вичерпано інші заходи для встановлення особи, а також для складання протоколу про адміністративне правопорушення, якщо скласти його на місці вчинення неможливо.

¹ Кодекс Украинской ССР об административных правонарушениях: Научно-практический комментарий. — К., 1991. — С. 500.

Здійснення доставлення забезпечується застосуванням психічного або фізичного впливу. Перший полягає у попередженні про застосування фізичного примусу. До фізичного впливу вдаються у випадках недосягнення бажаного результату завдяки застосуванню заходів психічного впливу.

Час, необхідний для доставлення порушника, законодавством чітко не визначено. В ч. 5 ст. 259 КпАП, п. 2 Типових рекомендацій зазначено, що воно має бути проведено у якомога найкоротший час. У кожному конкретному випадку цей час залежить від довжини маршруту доставлення, використовуваних засобів пересування.

Про доставлення порушника обов'язково складається протокол.

Адміністративне затримання (як захід забезпечення провадження в справах про адміністративні правопорушення) — це короткочасне обмеження особистої свободи правопорушника, що застосовується з метою припинити порушення закону, запобігти шкідливим наслідкам, не дозволити уникнути відповідальності¹. Д. Бахрах, на наш погляд, слушно зазначає, що це тимчасове обмеження особистої свободи, яке не є наслідком застосування покарання (стягнення)². Отже, воно завжди застосовується на стадії порушення провадження в справах про адміністративні правопорушення.

Для затримання, на відміну від доставлення, характерним є те, що громадянин розташовується у спеціальному приміщенні протягом певного часу, тривалість якого визначається законодавством (ст. 263 КпАП). Строк адміністративного затримання не може перевищувати трьох годин, а у разі непокорі законній вимозі працівника ДАІ — до розгляду справи суддею, тобто на строк до однієї доби (п. 2 Типових рекомендацій). Разом з тим п. 5 ст. 11 Закону «Про міліцію» передбачає можливість затримання правопорушника на строк до трьох діб, якщо необхідно встановити особу порушника і з'ясувати обставини правопорушення, хоча цей момент у ч. 4 ст. 263 КпАП не передбачено. Вважаємо за необхідне привести ці два нормативні акти (КпАП і Закон «Про міліцію») у відповідність один до одного.

¹ Див.: Коваль Л. В. Адміністративне право: Курс лекцій. — К., 1996. — С. 117.

² Див.: Бахрах Д. Н. Административное право: Учебник. — М., 1996. — С. 275.

Однією з відмінностей адміністративного затримання від доставлення є те, що воно може застосовуватися працівниками міліції не за будь-яке правопорушення, а лише за ті, які передбачено у законі (п. 1 ч. 2 ст. 262 КпАП). Більш детальні роз'яснення щодо переліку випадків, коли працівники міліції, що здійснюють нагляд за дорожнім рухом, можуть затримувати правопорушників, знаходимо у п. 2 Типових рекомендацій. Зокрема, затриманню підлягають особи, які: 1) перебувають у стані сп'яніння під час керування транспортним засобом; 2) не мають документів на право керування або користування транспортним засобом, або коли достовірність цих документів викликає сумнів; 3) вчинили непокору законній вимозі працівника міліції; 4) підозрюються у вчиненні злочину; 5) керують транспортними засобами з підробленими або знищеними номерами вузлів та агрегатів, чи з такими номерами, що не відповідають записам у реєстраційних документах; 6) використовують підроблені або не мають документів на вантаж. Привертає увагу те, що тут не названо дрібне хуліганство, дрібне розкрадання, порушення громадянами правил обігу наркотичних або психотропних речовин.

У п. 5 Положення про Державну автомобільну інспекцію вищезгадані повноваження працівників ДАІ описано досить стисло шляхом надання права здійснювати адміністративне затримання осіб, які вчинили адміністративне правопорушення. На наш погляд, необхідно доповнити Положення наведеним переліком випадків, коли працівники ДАІ можуть застосовувати цей захід забезпечення. Відсутній перелік правопорушень, за які може застосовуватись адміністративне затримання, і у Законі «Про міліцію».

З метою забезпечення законності застосування адміністративного затримання про нього складається протокол, в якому зазначаються: дата і місце складення; посада, прізвище, ім'я та по-батькові особи, яка склала протокол; відомості про особу затриманого, час і мотиви затримання. Затриманому надається право ознайомитися з протоколом і підписати його (або відмовитися від підписання), вимагати повідомити про місце перебування його родичів, адміністрацію за місцем роботи або навчання. Про затримання неповнолітнього повідомлення його батьків або осіб, які їх замінюють, є обов'язковим (ст. 261 КпАП).

Особистий огляд і огляд речей (як засіб забезпечення) проводяться з метою виявлення, закріплення необхідних доказів правопорушення і забезпечення подальшого притягнення правопорушника до відповідальності. Право застосовувати ці засоби забезпечення працівниками ДАІ передбачено ч. 1 ст. 264 КпАП, п. 7 ст. 11 Закону «Про міліцію», п. 9 ст. 5 Положення про Державну автомобільну інспекцію.

Особистий огляд і огляд речей, що проводяться працівниками ДАІ як засоби забезпечення провадження, слід розглядати як заходи припинення, застосування яких пов'язано із вчиненням порушень правил дорожнього руху. Враховуючи поширеність адміністративних правопорушень у сфері що розглядається, зрозуміло, що огляд як захід припинення в діяльності ДАІ використовується часто.

Залежно від об'єкта впливу розрізняють особистий огляд (водія, пасажирів транспортного засобу), огляд речей (ручної поклажі та багажу), огляд транспортного засобу (ч. 3 ст. 2 Типових рекомендацій). Проведення огляду транспортних засобів передбачає і ч. 4 ст. 264 КпАП, однак ні у назві статті, ні у ч.ч. 1–3,5,6 законодавець про нього не говорить. Тому незрозуміло, чи слід його розглядати як один з видів огляду речей, чи як самостійний вид забезпечення провадження. На наш погляд, закон такі питання повинен вирішувати більш чітко.

У разі вчинення порушень правил дорожнього руху, що призвели до пошкодження транспортних засобів, вантажів, шляхів, шляхових або інших споруд, іншого майна, працівники ДАІ проводять огляд місця дорожньо-транспортної пригоди, що є важливим засобом забезпечення провадження у справі про адміністративне правопорушення. Хоча про огляд місця дорожньо-транспортної пригоди у КпАП не йдеться, він є необхідним з огляду доказового забезпечення адміністративного слідства. Його проведення передбачає положення п. 2.12 Інструкції по організації провадження в справах про адміністративні порушення правил, норм і стандартів, що стосуються забезпечення безпеки дорожнього руху (затверджена наказом МВС України від 25 лютого 1994 р.).

Досить часто у практиці діяльності органів ДАІ його працівниками застосовується *огляд водіїв на стан сп'яніння*, який розглядається як самостійний вид забезпечення провадження в справах про адміністративні правопорушення (ст. 266 КпАП).

Підстави для проведення огляду з метою встановлення стану сп'яніння, порядок його проведення та одержання висновків щодо стану особи, яка підлягає перевірці, визначено в Інструкції про порядок направлення громадян для огляду на стан сп'яніння до закладів охорони здоров'я та проведення огляду з використанням технічних засобів (затверджена наказом МВС України, Міністерства охорони здоров'я України та Міністерства юстиції України від 24 лютого 1995 р.).

Підставами для проведення огляду на стан сп'яніння є наявність у особи ознак алкогольного або наркотичного чи іншого сп'яніння. Крім того, підставою для проведення огляду на стан сп'яніння є заява громадян про вживання водієм спиртних напоїв чи визнання в цьому самої особи, а також вчинення дорожньо-транспортної пригоди, внаслідок якої постраждали люди (незалежно від ознак сп'яніння).

Якщо в результаті огляду водія на стан сп'яніння підтверджується факт вживання ним алкогольних чи наркотичних (психотропних) речовин, він відстороняється від подальшого керування транспортним засобом (ст. 266 КпАП).

Відсторонення від керування транспортним засобом — це самостійний вид заходу забезпечення провадження в справах про адміністративні правопорушення, який полягає в примусовому припиненні руху, звільненні транспортного засобу від особи, яка ним керує. При згоді відстороненого від керування автомобілем можуть управляти особи, які знаходяться поруч з ним і мають посвідчення водія. У разі необхідності автомобіль доставляється для зберігання на платну автостоянку або у відповідний орган, що здійснює нагляд за дорожнім рухом.

Вилучення речей і документів застосовується працівниками ДАІ під час огляду транспортного засобу, особистого огляду або огляду речей (ст. 2 Типових рекомендацій). Вилученню підлягають лише речі і документи, які є знаряддям чи безпосереднім об'єктом правопорушення (ч. 1 ст. 265 КпАП).

Вилучення полягає в примусовому припиненні володіння (користування, розпорядження) предметом, документом особою, яка вчинила адміністративне правопорушення.

Вилучення речей і документів проводиться з метою забезпечення провадження у справі доказами, а також для виконання такого виду адміністративного стягнення як конфіскація, оплатне вилучення, для повернення законному володільцю чи

для знищення, якщо обіг цих предметів є незаконним. Вилучені речі і документи зберігаються у камерах схову речових доказів, а там, де їх немає, — в інших приміщеннях підрозділу ДАІ (органу внутрішніх справ) до розгляду справи про адміністративне правопорушення, під час якого вирішується і питання про їх долю.

Чинним законодавством значно обмежено коло предметів і документів, що можуть вилучатися за вчинення порушень правил дорожнього руху. Згадуваний Закон про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення обмежив можливість вилучення працівниками ДАІ посвідчень водія, талона до нього, номерних знаків, затримання транспортних засобів шляхом скасування дії ч. 5 і 6 ст. 265. Разом з тим це вимагає внесення відповідних змін і до інших чинних законів, підзаконних актів, зокрема, до наказів МВС, що стосуються забезпечення безпеки дорожнього руху і діяльності органів ДАІ.

Надійшла до редколегії 10.10.01

ІСТОРІЯ ПРАВОВИХ ВЧЕНЬ

С. Максимов, доцент НЮА України

Природно-правове мислення

Зараз, коли з такою очевидністю проявилася методологічна обмеженість як правового позитивізму, що абсолютизує умовний характер права, його форму, так і правового соціологізму, що ставить право у виняткову залежність від соціально-економічних процесів, які не змогли вберегти право від маніпулювання ним з боку влади, зростає інтерес до концепції природного права, завдяки якій було обґрунтовано ідеї невід'ємних прав людини і правової держави. Однак поняття «природне право» не завжди адекватно тлумачиться, що знижує його привабливість в очах сучасно мислячої людини. Це робить актуальним прагнення розібратися з світоглядно-методологічними підставами природно-правового підходу і його дійсним розумінням. При цьому нас цікавить не стільки доказ істинності або неспроможності тих чи інших природно-правових теорій, які безумовно несуть на собі відбиток історичної обмеженості, скільки універсальне значення природного права, що виражається ними, аналіз самого способу природно-правового мислення.

Елементи природно-правового мислення зароджуються ще в V ст. до н.е., коли із протиставленням праву позитивному, що встановлюється людиною, виникає поняття природного права, як чогось невстановленого, що стає символом усього істинного в правовому сенсі. В основі вчення про природне право лежить ідея про те, що всі правові норми мають засновуватися на якихось об'єктивних засадах, що не залежать від волі людини. Оскільки зразком таких властивостей вважалася природа, то невстановлене право було названо природним. Залежно від тлумачення поняття «природного» (природи) виникали різні типи вчень природного права. Однак при буквальному розумінні поняття «природного» концепція природного права спиралася

на просторово-часові визначення «вічності», «постійності», «загального поширення» і ставала вразливою для критики.

У чому ж полягає універсальне розуміння теорії природного права? В тому, що вона спрямована на пошуки особливої реальності права, яка не зводиться до реальності державно-владних встановлень. Оскільки під природним правом в його узагальненому значенні розуміється надпозитивна інстанція, або «сукупність усіх надпозитивних обов'язковостей людської практики»¹, то й особливість природно-правового мислення полягає, говорячи більш звичною мовою, в розмежуванні і критичному зіставленні права і закону з позицій принципів справедливості.

Це означає, що природно-правове мислення ставить перед собою безпосереднє завдання знаходження підстави, яка виправдовує, і критерію оцінки позитивного права, а отже проявляє себе у двох аспектах: сутнісному (онтологічному) і аксіологічному.

Сутнісний аспект являє собою відповідь на питання «що є право?» насправді, тобто відповідь на основне питання філософії права. У цьому аспекті сутність власне правових явищ («феномена права») розкривається через поняття «справедливість», а природно-правове мислення виконує *функцію пояснення сутності і розуміння сенсу права* («праворозуміння»). Тут вирішується завдання виявлення принципів справедливості (ідеї права) і здійснення їх філософсько-світоглядного обґрунтування. Залежно від філософсько-світоглядних посилок інстанцією, до якої апелює природне право, може виступати: світовий порядок («космологічне природне право»), людська сутність («антропологічне природне право»), розум («раціональне природне право»), або «розумне право».

У аксіологічному аспекті здійснюється оцінка позитивного права («закону»), виходячи з уявлення про сутність (смісл) права. Тут природно-правове мислення щодо «закону» (правопорядку загалом) виконує *критичну функцію*. Ці два аспекти, дві функції природно-правового мислення тісно між собою переплітаються, бо мають на увазі одне і те ж — пошук справедливості як сутності права і критерію оцінки закону.

¹ Хеффе О. Политика, право, справедливость. Основоположения критической философии права и государства. — М., 1994. — С. — 51.

Тому можна сказати, що сутність природно-правового мислення полягає в *філософській і передусім етичній критиці права і держави*, або «етичному критицизмі», як висловився П. Новгородцев. У процесі цієї критики відбувається вимірювання правових і державних відносин на відповідність сфері їх дії, тобто їх суті і смислу. Тим самим ця критика «спрямована на легітимацію і обмеження права і держави».

Внаслідок закладеної в ньому критичної установки природно-правовий спосіб мислення соціально запитується ситуацією назрівання реформ і революцій, яка характеризується загостренням суперечностей між ідеалом і дійсністю, новими прогресивними прагненнями і старим позитивним правом, або, іншими словами, досвідом переживання несправедливості. Цей спосіб мислення — необхідна духовна передумова підготовки і здійснення реформ та змін, у період яких відбувається «оживлення» природно-правових теорій. Саме ця обставина пояснює «розквіт» природного права в Західній Європі в епоху Просвітництва і «відродження природного права» в Росії на рубежі XIX—XX століть, у Німеччині після Другої світової війни і посттоталітарних державах у наші дні.

Безумовно, природно-правове мислення містить момент утопії. Проте це не означає, що воно являє собою лише порожні романтичні фантазії, котрі не мають нічого спільного з такою «прозаїчною» і «жорсткою» реальністю, якою право бачиться позитивістом і «реалістично» мислячим обивателем. Воно якраз підмічає і виражає особливості правового мислення, яке містить тією або іншою мірою момент утопії. Право, формуючи свій світ, паралельний зі світом, який задається соціальною реальністю, утопічне тим, що виходить не з того, що є, а з того, що повинно бути, а тим самим, деякою мірою заперечує існуючий порядок речей. «Правовому мисленню, — пише І. Ісаєв, — іманентно властиві риси, притаманні утопічному мисленню: слід не забувати про такі якості права, як прагнення подолати простір (бути загальним для всіх) і час (бути постійно діючим і не торкатися питання про своє походження)»¹.

У природно-правовому мисленні момент утопічності лише особливо акцентовано. Так, починаючи з Нового часу в природно-правовому мисленні наведено утопічну модель, побудовану

¹ Ісаєв И. А. Политико-правовая утопия в России. — М., 1991. — С. 130.

на «дихотомії» природного стану і цивільного стану, засобом переходу від одного стану до іншого виступає суспільний договір, що виражає принцип згоди (консенсусу). Задум цієї моделі аж ніяк не історичний, а теоретичний, сутнісний: передусім з'ясувати і постулювати ті розбіжності, або веління природи, які має бути поставлено, присвоєно індивіду природно, завдяки факту його народження, потім обґрунтувати необхідність законодавчого обмеження свободи і легітимувати це обмеження через взаємне визнання людей за допомогою конструкції суспільного договору. Всі ці гіпотетичні стани не є в той же час лише ілюзією, вони справляли і справляють реальний інспіруючий вплив на свідомість і поведінку людей. Адже, хоча утопічні проекти насправді не збуваються, людина, перебуваючи під враженням нової дійсності і надихаючись цією картиною, своїми вчинками змінює соціальний світ, користуючись при цьому символами і категоріями утопічного проекту. Так, європейське Просвітництво перетворило природно-правове мислення на політико-філософську систему, яка докорінно змінила практику державно-правового життя... «Природно-правове мислення Нового часу, — пише О. Хеффе, — справило інспіруючий вплив на американську і Французьку революції і привело до виникнення спільності сучасного типу — демократичної конституційно-правової держави»¹.

Зміна одного правопорядку на інший, як правило, мислиться і очікується людьми як встановлення якогось «раю», тобто ідеального гармонічного стану людства (вищої справедливості). І хоча насправді такого «раю» на землі встановити неможливо, людина не може про нього не мріяти. Однак це не просто мрії, а вираження сутності власне правової реальності, що носить деонтологічний характер. Реальність природного права являє собою реальність людського імперативу досягнення «раю людяності», тобто ідеального гармонічного стану, заснованого на засадах вищої справедливості як такої життєвої вимоги, яка ставиться самому собі в процесі людського співіснування кожним, хто став людиною хоч якоюсь мірою². Це положення перекли-

¹ Хеффе О. Вказ. праця. — С. 52.

² Luijpen W. A. Phenomenology of Natural Law. Pittsburg, 1968. — P. 62–63. Ср.: «Рай людяності» — чи є це просто мрією, або це також імператив, життєва вимога, що пред'являється самому собі в процесі людського співіснування кожним, хто став людиною хоч якоюсь мірою? Відповідь може бути тільки позитивною. Реальність цього імператива є реальність природного права».

кається з висновком П. Новгородцева: «Природне право становить собою невикорінну потребу людського мислення і споконвічну належність філософії права»¹.

Отже, те загальне, що властиве різноманітним формам природного права, може бути виражено формулою «боротьба за гуманізацію правопорядку». У цьому полягає дійсний (гуманістичний) смисл природного права, в горизонті якого і здійснюються пошуки виправдовуючої підстави і критерію для оцінки правопорядку. Імператив гуманізації правопорядку є «вічним» людським сподіванням, однак реалізація цього імперативу здійснювалася в різних формах, іноді навіть у таких, в яких ця спрямованість одержувала абсолютно протилежне втілення.

Можна виділити різні підходи до типологізації концепцій природного права.

1. В основі першого і основного з них лежать ключові категорії природно-правового мислення: «природа», «розум», «природа людини», які виступають підставами для легітимації принципів справедливості. Залежно від того, на якому із ключових понять робиться акцент, виділяють і різні типи природно-правових концепцій: *космологічні* (натуралістичні та теологічні), що апелюють до такої інстанції, як світовий порядок; *раціоналістичні*, що апелюють до розуму, і *антропологічні*, що апелюють до природи людини.

А. Термін «природа» в найбільш прямому сенсі вживався в найперших концепціях «природного права», в яких природа (а точніше, космос) розглядалася як джерело норм для людських стосунків («право природи»). Ці концепції абсолютизували те значення, яке мала природа для людини «традиційного» землеробського суспільства, норми котрого було нав'язано природою, і де домінувала міфологічна свідомість.

Однак це не означає, що право обґрунтувалося більш низьким рівнем організації матерії (природою порівняно з суспільством). Насправді конструкція «природного права» (*lex naturale*) виступала як посередник між Божественною волею, з одного боку, і правопорядком і авторитетом влади — з іншого. У своєму джерелі право є теонічним, оскільки спрямовано до трансцендентного, абсолютного. І якщо спочатку Бог розглядався як пряме джерело правосвідомості і правопорядку («Закони Хаммурапі», «Закон Мойсея») або авторитету правителя (боже-

¹ Новгородцев П. И. Сочинения. — М., 1995. — С. 116.

ственне походження Олександра Македонського, римських імператорів тощо), то надалі цей зв'язок став опосередковуватися природним правом. Але цей момент трансцендентного (як прагнення до абсолютного ідеалу) зберігся у праві на-завжди.

Для давньої людини природа мала не утилітарне, а сакральне значення, оскільки вона (людина) намагалася вписати себе в життя природи, і вона ставала джерелом всіх норм її поведінки. Внаслідок міфологічної свідомості норми природного права, «природжені» норми, нав'язували себе з тією ж самою необхідністю, яка існує у середовищі речей. Така концепція виявлялася вельми вразливою для критики.

Доки людина залежала від природи, підкорялася їй, то і природа з її законами вважалася священною. Коли така залежність зникла, то і таке «природне право» втратило свою легітимуючу силу. Натуралістичне обґрунтування природного права могло бути дійсним лише доти, доки людина не стала справжнім суб'єктом. Сучасна людина вже не контролюється природою, а навпаки, сама її контролює. Тому для неї виявляється очевидним, що «природа» і «право аж ніяк не пов'язані, а вираз «право природи» є суперечність у термінах, бо право не належить до сфери природи, а тільки до сфери суб'єкта з його незалежністю і свободою щодо природи. Однак позитивну легітимаційну роль концепт «природа» все ж відіграв, тому, ніби за традицією, апеляція до природи перейшла й до інших історичних епох як елемент природно-правового мислення.

Б. У XVII–XVIII століттях під впливом схиляння перед силою мислення було запропоновано раціоналістичний погляд на природне право. У рамках цього підходу вважалося можливим вивести із декількох дуже загальних і самоочевидних принципів цілком завершену систему юридичних норм. Під впливом донаукових міфологічно-натуралістичних концепцій таке право було названо «природним правом», оскільки природа вважалася зразком досконалості. Воно оцінювалося як вище і більш довершене порівняно з позитивним правом, оскільки виходило не з волі законодавця, а було значущим скрізь, завжди і для всіх людей.

Проте на відміну від міфологічно-натуралістичних уявлень ці теорії розуміли природу вже в природно-науковому сенсі слова. Вчення про природне право ототожнювалося з соціальною

фізикою. Об'єктивне природне право перетворюється на суму природних законів. Суб'єктивне природне право стає проявом природних сил. Найбільш крайні представники подібного природно-правового натуралізму прагнули витлумачити правові явища як суто механічні, як вид соціального руху і його законів, що визначаються математично. У цих тлумаченнях уперше знаходить своє філософське обґрунтування ідея «вічності» і «всезагальності» природно-правових законів як справжніх законів природи. Однак саме посилення на природу є в цих ученнях найбільш вразливими і навіть реакційними.

Крайніми формами раціоналістичних теорій природного права були концепції Пуффендорфа, Томазія і Вольфа, які стали обґрунтуванням ідеології та політики патерналізму. Раціоналістична концепція природного права в ХІХ ст. зійшла зі сцени під натиском юридичного позитивізму, оскільки була далекою від реальних процесів створення норм позитивного права. Адже абсолютно незрозуміло, як логічне мислення може із самого себе створити розгалужену систему норм, якщо на створення тільки однієї норми позитивного права йдуть місяці, а то й роки напруженої праці, або як може розум винайти таку систему, значущу скрізь і завжди, якщо час, місце і люди постійно змінюються? Існували і більш помірні форми раціоналізму, такі, як у Канта і Штаммлера, які аж ніяк не вважали, що всю складну систему юридичних норм може бути виведено з ідеї права. Проте, всі форми раціоналізму робили акцент на самій ідеї права, а наявним умовам відводилася другорядна роль.

В. Третій вид концепцій природного права пов'язаний зі спробами обґрунтувати позитивний правопорядок природою людини. Якщо поняття «природа» не вживати в значенні «об'єкт», «річ», а розглядати його в значенні «сутність», як те, завдяки чому є те, що воно є, тобто людина, таке вживання не тягне з неминучістю натуралістичний погляд на людину. Так зрозумілий антропологічний спосіб обґрунтування права по суті є універсальним, оскільки найбільш адекватно виражає його онтологічну основу — суб'єкта. Існування різних антропологій зумовлює і різноманіття поглядів на природне право. Будь-яке розуміння права засновується на певному погляді на людину.

Типовий погляд на природне право з антропологічних позицій наведено у вченні Фоми Аквінського (1224–1274). Томістське поняття природного права засновується на телеологіч-

ному погляді на людську природу. Людина природно зорієнтована на певні цілі, серед яких кінцевою метою є блаженство і щастя. Те, на що вона орієнтується як на мету, є здійснення природних людських схильностей. Те, завдяки чому людина може назвати «своїм» внаслідок природних схильностей, є право. Суб'єктивне право дає можливість володіти чимось або робити щось, наприклад, право на життя, на самовідтворення, право одержувати зовнішні блага, право на спілкування з іншими людьми, право на істину, право діяти розумно тощо. Справедливість у томізмі визначається як прагнення дати кожному те, що йому належить. «Кожному своє» розглядається як те, що кожний одержує внаслідок його прагнення до досконалості. Справедливість визначається не позитивним правом, а природними схильностями людської природи. Якщо позитивний закон спрямовано проти того, що властиве людині, то такий закон визнається несправедливим на основі природного права.

Як це не парадоксально, але антропологічний підхід ще не дає гарантій для правильного, тобто направленого на гуманізм, розв'язання проблеми природного права. Прикладом тому можуть служити погляди Т. Гоббса і Б. Спінози, які хоча і засновували природне право на антропологічному базисі, однак їх пошуки виправдовуючої підстави і норми для критики позитивного правопорядку вилилися в абсолютно протилежне змісту природного права — в теорію абсолютної сили¹.

Короткий аналіз трьох типів концепцій природного права показав, що достоїнством перших було прагнення підкреслити вищий, трансцендентний характер права, однак недоліком було прагнення вивести природне право із буття, належне із сущого. Другі акцентували увагу на ідеї права, відмічали міць людського розуму, однак ставили перед ним недосяжні завдання, вважаючи, що зусиллям одного тільки розуму, без звернення до реальних обставин, можна сконструювати ідеальну систему права, яка б служила зразком для будь-яких конкретних правових систем. Треті вірно вказували на зв'язок права з сутністю люди-

¹ Більш докладний аналіз антропологічних концепцій права див.: *Максимов С. І.* «Образ людини» і «образ права»: до конституювання предмета правової антропології // *Філософські перипетії*. Вісник Харк. нац. ун-ту. № 474. — 2000. — С. 46–48.

ни, але при різному тлумаченні цієї сутності (природи людини) іноді втрачався гуманістичний смисл права.

2. Залежно від розуміння сенсу права слід розрізняти «старе» і «нове» природне право. «Старе природне право» являло собою систему теоретичних (метафізичних) постулатів, призначених для пояснення наявно існуючого державно-правового порядку в його «істинній дійсності», що служать обґрунтуванню «станової нерівності» (середньовічні теорії, в яких справедливість тлумачилася з акцентом на групові привілеї — дворянству, духовенству тощо за принципом «кожному по його силі і чину»), або «необмеженій владі монарха» (Ж. Боден, Б. Спіноза, Т. Гоббс). Вимога рівності тут обмежилася лише рівністю громадян поміж собою перед встановленим державою законом. «Нове природне право» мислилося як основний закон розумного суспільного, такого що новостворюється, устрою. В наш час воно одержало назву прав людини. Воно зародилося в епоху Реформації на основі обґрунтування права на свободу совісті як основоположного «природженого» права і стало підставою юридичної доктрини Просвітництва. У XVIII ст. «природжені» права одержали статус «невідчужуваних прав», які обмежували свавілля держави і встановлювали відносини свободи і рівності не тільки між громадянами, а й між громадянами і державою.

3. За способом обґрунтування концепції «нового природного права» може бути поділено на натуралістичні, деонтологічні та логоцентричні, що розрізняються трактуванням онтологічного статусу природного права. Останнє розумілося відповідно як таке, що існує до позитивного права (як закон природи), над позитивним правом (як моральний ідеал) і в самому позитивному праві (як його розумне ядро). Ці три типи класичних учень природного права представлені ключовими фігурами філософії права Нового часу — Дж. Локком, І. Кантом і Г. Гегелем.

Нарешті, залежно від виокремлення різних епох у розвитку філософії і всієї культури загалом (класика і сучасність) концепції природного права поділяються на класичні і сучасні (некласичні). Такий поділ важливо враховувати, оскільки зустрічаються твердження, нібито природно-правове мислення вичерпало себе. Вичерпала себе лише історична форма такого мислення. Законовою спадщиною традиції природного права є мислення в категоріях справедливості або сучасні теорії справедливості.

У рамках неklasичного природно-правового мислення за точку відліку береться не позиція зовнішнього спостерігача, що співвідносить право з яким-небудь зовнішнім критерієм, а внутрішній досвід учасника правового спілкування. Тут право розглядається як притаманний людині спосіб її буття. Такий спосіб мислення характерний для екзистенціально-феноменологічних (М. Мюллер, В. Майхофер), герменевтичних (А. Кауфман, П. Рікер), дискурсивно-комунікативних (К.-О. Апель, Ю. Хабермас), трансцендентально-аналітичних (Дж. Роулс, О. Хеффе) концепцій справедливості.

Отже, сучасне природно-правове мислення полягає у визнанні принципів справедливості як інстанції, що існує до і незалежно від державних установлень. У нинішній ситуації соціальних і культурних трансформацій природно-правовий підхід в його сучасній інтерпретації має особливе значення. Його прерогатива — давати критичну оцінку існуючим правовим інститутам і одночасно знаходити момент їх узгодження (примирення) з цінностями, що змінилися, та історичними тенденціями. Саме концепція «прав людини», історично виникла як «нове природне право» в епоху Просвітництва, дозволить, як «магнітне поле», утримувати «плазму» суспільства від хаосу і розвалу, а також наблизити вітчизняне законодавство до міжнародних (загальнолюдських) стандартів.

Надійшла до редколегії 10.09.01

Н. Осипова, професор НЮА України

Вчення М. Ковалевського про особисті права людини (до 150 річчя від дня народження)

В 2001 р. виповнилося 150 років від дня народження Максима Максимовича Ковалевського, всесвітньо відомого правознавця, соціолога, етнографа.

М. Ковалевський (1851–1916) народився в Харкові. У 1872 р. він закінчив юридичний факультет Харківського університету, його залишають при університеті по предмету державного права європейських держав. Підготовку до магістерського екзамену

Ковалевський проходить у вищих навчальних закладах Берліна, Парижа, Лондона. У червні 1880 р. Рада Московського університету затверджує його в ступені доктора державного права, а в грудні того ж року — ординарним професором. Повернувшись у 1905 р. з майже 18-річної напівеміграції, Ковалевський став професором Харківського університету і був ним до обрання депутатом першої Державної Думи від Харківської губернії¹.

Свою генеалогію Ковалевський веде від роду, що аж до батька вченого включно, належав до слобідського українського шляхетства. І сам він любив називати себе козаком².

Важко перебільшити внесок Ковалевського у правознавство, досить лише нагадати про розробку ним історично-порівняльного методу в правознавстві, одним із найвизначніших творців якого він вважається. Саме прагнення Ковалевського втілити в життя нове розуміння процесу виникнення і функціонування держави і права привело його до занять соціологією і етнографією, які здобули йому світову славу.

В кожному епоху завжди виникає певна проблема, що стає основною, провідною в процесі суспільного розвитку і боротьби. Зараз такою, як і в часи Ковалевського, є проблема прав людини. Сьогодні, коли в усьому світі триває нелегка боротьба за торжество прав людини, не тільки цікаво, а й корисно з теоретичної і практичної точки зору повернутися до того, як розумів і бачив вирішення цієї проблеми Ковалевський.

Якщо поглянути на багатомісячні дискусії відносно значення, змісту і реалізації прав людини, то в своїй найглибшій основі всі вони стосуються двох питань: яку позицію щодо природи прав людини слід зайняти, щоб зробити можливою концепцію прав людини, та в чому полягає специфічний характер прав людини в системі права взагалі, а також стосовно інших прав³. М. Ковалевський, відповідаючи на ці фундаментальні

¹ Див.: *Куприц Н. Я. Ковалевский*. — М., 1978. — С. 7—9.

² Див.: *Дженіс М., Кей Р., Бредлі Е.* Європейське право у галузі прав людини: джерела і практика застосування: Пер. з англ. — К., 1997. — С. 6—16.

³ Див.: *Гарник О. В.* Проблема філософського осмислення прав людини // Актуальні проблеми формування правової держави в Україні (до 50-ї річниці Конвенції про захист прав людини та основних свобод): Мат. міжнарод. наук.-практ. конф.: У 2 ч. / За ред. проф. М. І. Панова. — Х., 2000. — Ч. 1. — С. 88.

питання, створив своє вчення, як він називав, «про особисті права». Фактично воно було новою парадигмою прав людини.

Нова парадигма виникає тоді, коли в межах уже існуючих парадигм виникає аномалія, тобто явище або процес, що не може знайти обґрунтованого вирішення в межах цих парадигм¹. В період початку і розквіту наукової діяльності Ковалевського пануючими були дві доктрини (парадигми) права, які врешті-решт визначали походження, зміст і характер прав людини.

Згідно з першою доктриною держава має необмежену владу щодо своїх підданих, і лише вона може бути суддею стосовно меж своїх повноважень. Вона не може допустити існування у громадян якихось інших прав, окрім створених самою державою. Більше того, ніяка конституція для держави нібито не обов'язкова, за її волею можуть упасти проголошені нею права особи.

Другою доктриною було вчення про природне право. Відповідно до нього держава є лише суб'єктом захисту природжених прав свободи власності людини і створюється для захисту цих прав і не може здійснити на них руку. Верховенство держави обмежується правами людини, вони мають незалежне від держави походження, а тому не можуть бути ні створені, ні скасовані державними законами².

Ці доктрини, наголошував Ковалевський, не могли дати критеріїв для своєї оцінки і можливі зразки подальших реформ. Ідея неможливості пізнавати будь-що через само себе має давню філософську традицію, вона висловлювалася ще Аристотелем³ і була повністю сприйнята Ковалевським. Саме ця неможливість і була тією аномалією, що обумовила наукове прагнення Ковалевського створити власну правознавчу систему. Ця система одночасно стала методологічною основою вчення про права людини.

Ідеї вроджених прав, на яку спиралася теорія природного права, Ковалевський протиставив поняття солідаризму як рушійної сили виникнення і розвитку права як соціального яви-

¹ Див.: Кун Т. Структура научных революций. — М., 1977. — С. 134–135.

² Див.: Ковалевский М. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии. Методы сравнительного изучения права // Сборник по общественно-юридическим наукам. — СПб., 1889. — Вып. 1. — С. 6.

³ Див.: Аристотель. Сочинения в четырех томах. — Т. 2. / Ред. Э. Н. Миkelадзе. — М., 1978. — С. 237.

ща. Полемізуючи з прибічниками природного права, Ковалевський зазначав, що, коли йдеться про вплив природи, то вона навчає аж ніяк не праву, а відсутності його, оскільки існує необхідність жертвувати ближніми в інтересах самозбереження. Боротьба за існування сприяла виникненню права, але тільки тому, що інстинкт самозбереження підказав учасникам цієї боротьби необхідність організуватися в певні групи для більш успішного виживання. В будь-якій такій групі виникає необхідність у формуванні «замиреного середовища», а «місце боротьби» посідає в ній солідарність або усвідомлення¹.

Критикуючи теорію природного права, Ковалевський разом з тим вважає вірним у науковому сенсі висновок її представників про те, що право виникає раніше держави. Ковалевський наполягає лише на тому, що, по-перше, апіорні судження про «державне право» і «природний стан» має бути замінено конкретно-історичним вивченням дійсного процесу встановлення права; по-друге, надуману категорію «ізолюваного індивіда» при розгляді права необхідно замінити реальними поняттями «соціальна група», «спільноти», «суспільство».

І сучасним правознавством природне право іноді розглядається як «одна з провідних парадигм філософсько-правового і юридичного мислення, спирається на ідею єдиних нормативно-ціннісних принципів, які панують у космосі, природі і соціумі і які здатні бути мірилом справедливості установлених державою законоположень»², тобто як таке, що за своїм походженням виходить за рамки суспільства. Ковалевський саме за нібито вродженість природних прав і називав теорію природних прав метафізичною і критикував її за це. Що ж стосується природженості певних юридичних ідей і уявлень, то про них «можна говорити тільки в тому розумінні, що вони успадковані від предків, але аж ніяк не в тому, що вони насаджені нам природою або є, кажучи мовою Канта, категоричним імперативом нашого розуму»³.

¹ Див.: Ковалевський М. М. Учение о личных правах. — М., 1906. — С. 3.

² Див.: Бачинин В. А. Естественность как парадигма классического и современного правосознания // Права людини і правова держава (до 50-ї річниці Загальної декларації прав людини): Тези доп. та наук. повідомлень наук. конф. проф.-викл. складу, 10–11 грудня 1988 р. / За ред. проф. М. І. Панова. — Х., 1988. — С. 30.

³ Ковалевський М. М. Учение о личных правах. — С. 4.

У зв'язку з цим цікаво нагадати, що на позиціях, аналогічних поглядам Ковалевського стосовно вродженості природного права, фактично стояли свого часу перші американські законодавці. Конгрес під час розгляду проекту Декларації незалежності, що була йому запропонована Т. Джеферсоном, з положення, що «всі люди створені рівними і наділені Творцем певними природженими і невід'ємними правами» слова «природженими і невід'ємними» викреслив при остаточному затвердженні Декларації¹.

Зважаючи на все це, Ковалевський виходив з того, що між двома протилежними точками зору на право (правовий позитивізм і доктрина природного права) є місце для третьої. Вона, як саме він і обґрунтував, полягає в тому, що право і держава випливають з одного джерела, мають одне завдання і відповідають одній і тій же суспільній потребі — забезпеченню людської солідарності. Вимоги солідарності в різні часи мають різний характер. Залежно від обставин середовища і особистої підготовленості індивідів, які входять до складу держави, виникає більша або менша самодіяльність з їх боку, а відповідно більша або менша опіка над ними в процесі реалізації потреби їх взаємного спілкування. Головну перевагу такої точки зору Ковалевський вбачав у тому, що вона при розгляді стосунків між державою і правом припускає в першому виконавця волі другого. Держава таким чином не може начебто з якоїсь причини скасувати особисті права, оскільки визнання їх є фундаментальною вимогою суспільної солідарності і основою самого факту співжиття в межах держави².

Виходячи із цього постулату, Ковалевський визначає сутність і природу права. Право, за ним, це відображення вимог солідарності і породженої нею ідеї обов'язку, які врешті-решт примушують індивідів брати на себе обов'язки з метою збереження можливості жити в межах групи³.

Теоретики права іноді закидають Ковалевському, що в розумінні права у нього є певний дуалізм. З одного боку, право у

¹ Див.: *Джефферсон Т.* Автобіографія. Заметки о штате Вірджинія / Под общ. ред. А. А. Фусенко. — Л., 1990. — С. 34.

² Див.: *Ковалевський М.* Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии. Методы сравнительного изучения права. — С. 6—7.

³ *Ковалевский М. М.* Учение о личных правах. — С. 4—5.

нього — це відображення вимог солідарності, що породжує ідею обов'язку і змушує брати на себе обов'язки перед суспільством, а з іншого — воно носить нормативний характер і забезпечується силою держави. Ці два аспекти тільки здаються несумісними. Адже право — це не абстрактний перелік прав, воно реалізується на практиці лише через державу, принаймні після того, як вона виникла. Саме цю обставину мав на увазі Ковалевський, коли стверджував недоречність протиставлення прав і державного централізму. Недоцільність такого протиставлення визнається сучасною правознавчою наукою. «Держава повинна визнавати права людини на життя, гідність, недоторканність особи, житла тощо. І хоча ці права належать людині «від народження», але «захищеність» їм надає юридична форма, тобто форма закону. Тому ці права не можуть бути протиставлені державі, яка повинна брати на себе функцію не тільки їх захисту й забезпечення, але і їх законодавчого формулювання»¹.

Права людини, особисті права, за термінологією Ковалевського, є основним елементом правових систем. Верховенство прав і свобод людини означає, що саме людина є основоположною ланкою всього суспільного устрою.

Багато хто з дослідників, особливо коли йдеться про права людини, відмічали деяке англофільство Ковалевського у підході до них. Ми не вважаємо це таким вже принциповим недоліком, оскільки за часів Ковалевського Англія була не тільки більш розвинутою економічно країною. Англійська буржуазія, вміло користуючись правами людини, домоглася того, що вона управляла країною без значних соціальних потрясінь і з максимальною вигодою для суспільно-економічного розвитку держави.

Особливістю конституційних актів Англії Ковалевський вважав те, що особисті права тут не знаходили собі визнання в якійсь особливій декларації і що вони «не мають іншої основи, крім загального принципу панування закону, що є єдиним і незмінним, незалежно від того, до яких осіб він застосовується, до приватних чи посадових»².

¹ Тодика Ю. М. Конституція України: проблеми теорії і практики. — Х., 2000. — С. 109–110.

² Ковалевский М. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии. Методы сравнительного изучения права. — С. 27.

З таким тлумаченням не можна погодитися. Річ у тім, що конституційні акти Англії, не маючи тоді переліку прав, в той же час вільні від будь-якого свавілля. А оскільки це так, то виникає необхідність встановити співвідношення свободи і права.

За висловом Гегеля, свобода існує лише там, де для особистості немає нічого іншого, що не було б нею самою, її вибором, її діяльністю¹. Це субстанціональна ознака свободи і вона присутня в будь-якій сфері буття, не виключаючи і право. З погляду на свободу як на сутнісну ознаку права впливає, що вона визначає також зміст прав особистості. Погляд на права людини (особисті) як на певним чином унормовану свободу, що найбільш адекватно відображає онтологічну сутність прав людини, є майже загальноновизнаною точкою зору сучасного правознавства².

Отже, змістовною основою, онтологічним першоджерелом існування прав людини є свобода. Значення свободи особистості для формування системи прав особистості полягає у тому, що вона в собі у зародковій формі несе необхідність певних прав особистості. Без них цю свободу на практиці не може бути реалізовано. Цікаво зазначити, що Ковалевський багато які права, наприклад, право на мітинги і право на виступи проти уряду, що здійснює свавілля, виводив із свободи особистості.

Окреслення в англійських конституційних актах системи свобод означало необхідність певної системи конкретних прав, бо без них ці свободи не могло бути реалізовано. Оскільки такі права часто не було сформульовано, механізмом захисту свобод і впливаючих із них прав стали судові вирoki, які встановлювали в кожному окремому випадку, які права має особа, щоб не було порушено її свободи. Ці рішення стають правилом для випадків одного характеру, або так званими прецедентами. Величезну кількість конкретних прав в англійській правовій системі породжено саме прецедентами, які, в свою чергу, виникли в процесі захисту свобод особистості.

¹ Див.: Гегель Г. В. Ф. Философия права: Пер. с нем. / Редакторы и составители Д. А. Керимов и В. С. Нерсесьянц. — М., 1990. — С. 90.

² Див.: Гетьман А. Законодавчі аспекти зародження екологічних прав людини // Вісник Академії правових наук України. — Х., 2000. — № 1 (20). — С. 129; Рабінович П. М. Основні права людини: загальнотеоретична характеристика // Вісник Академії правових наук України. — 1994. — № 2. — С. 25.

Саме тому Ковалевський і вважав основою прав людини існування в суспільстві законності.

Це не означає, що Ковалевський не визнавав значення декларацій прав. По-перше, він вважав, що вони мають велике значення і виправдовують себе тим, що відображають вимоги часу. По-друге, перехід від проголошення декларацій прав до їх реалізації означає новий імпульс суспільного розвитку.

Ковалевський як представник раціонального ставлення до проблем права на перше місце ставив існування механізму забезпечення прав і свобод особистості і вважав, що їх фактична наявність пов'язана не з визнанням у деклараціях, а з неухильним додержанням законності. Вирішальною ланкою такого механізму Ковалевський, спираючись перш за все на досвід Англії, вважав судову відповідальність за порушення цих прав і свобод.

Вихідним моментом забезпечення законності, на думку Ковалевського, є справжня рівність будь-якого громадянина перед законом.

Високо цінуючи рівень додержання законності і захисту прав особистості в Англії, Ковалевський разом з тим підкреслював, що англійський парламент у будь-який час має право вжити заходів до скасування особистих вольностей і проти цього немає ніякого засобу захиститися. Правда, судді, що користуються в Англії високою свободою внутрішньої оцінки, можуть ухилитися від санкціонування своїми рішеннями норм, що в їх очах не відповідають вимогам права.

Але такий посередній судовий захист прав і свобод особистості від неправових дій законодавця вкрай непевний, бо визначається особистими якостями суддів, а не законом. Ось чому Ковалевський вважав, що індивідуальні свободи охоронялися на той час конституцією лише в Сполучених Штатах Америки, бо там існує можливість таких змін конституції, що є сприятливими для забезпечення індивідуальних прав. Крім того, лише в них існувало право центральних судів давати інтерпретацію тих норм конституції, що забезпечують особисті вольності і права, а підкорення рішенням цих судів стосовно особистих прав для виконавчої влади є конституційним обов'язком.

Розглядаючи здійснений Ковалевським аналіз прав і свобод людини, не можна не звернути увагу на два моменти. По-пер-

ше, Ковалевський надає надзвичайної ваги аналізу свобод. По-друге, дослідження конкретних прав і свобод має західноєвропейську орієнтацію.

Історія прав людини, за Ковалевським, становить собою історію прогресуючого її визнання, збагачення, а також поширення принципу правової рівності на все більш широке коло суспільства. В свою чергу, виникнення і розвиток прав і свобод людини визначаються розвитком так званого правового порядку. Визначальним критерієм такого порядку Ковалевський вважав не відмову держави від ролі провідника культурних засад у суспільстві і навіть деякого розширення сфери контролю за особистістю, а такий стан правових відносин, коли поліцейська відповідальність і нагляд замінюються судовою відповідальністю. Це не усуває, а підсилює відповідальність осіб, що порушили встановлений порядок. Ось чому в правовій державі судова відповідальність у сфері прав людини повинна проводитися незрівнянно ширше і послідовніше.

Відсутність у Ковалевського розмежування прав людини і громадянських прав може здатися незначною обставиною, але оскільки існують і держави, і їх громадяни, ця проблема була завжди актуальною.

Незважаючи на те що після Другої світової війни в центрі уваги опинилися права людини, багато які держави (ФРН, Італійська республіка та ін.) розмежовували права людини і права громадянина. Після розпаду Радянського Союзу, прагнучи забезпечити свій суверенітет, нові держави звернулися до прав громадянина. При цьому в деяких країнах громадяни мають не лише політичні права, а й також певні економічні та соціальні привілеї. Тільки статут громадянина є свідченням людської повноцінності¹. В ст. 29 Конституції Естонської республіки зазначено: «Громадянин Естонії має право вільно обирати собі рід занять, професію та місце роботи. ... Якщо законом не встановлено інше, то цим правом нарівні з громадянами Естонії користуються також громадяни іноземних держав, які перебувають в Естонії»².

¹ Див.: *Страхов М. М.* Права людини і громадянина: історія і сучасність // Актуальні проблеми формування правової держави в Україні (до 50-ї річниці Конвенції про захист прав людини та основних свобод). – С. 68.

² Конституції нових держав Європи та Азії / Упоряд. С. Головатий. – К., 1996. – С. 7.

За таким же принципом побудовано і ст. 31: «Громадянин Естонії має право займатися підприємництвом і вступати в комерційні об'єднання та спілки. ... Якщо закон не встановлює іншого, то цим правом нарівні з громадянами Естонії користуються також громадяни іноземних держав, які перебувають в Естонії та особи без громадянства»¹.

Застереження «якщо закон не встановлює іншого» свідчить, що зазначені права — це не невід'ємні права людини, а позитивні права, що встановлюються державою на її розсуд. Такий підхід суперечить п. 1 ст. 23 Загальної декларації прав людини, яка проголошує: «Кожен має право на працю, на вільний вибір виду зайнятості (виділено нами. — *Н. О.*), на справедливі та сприятливі умови праці та на захист від безробіття».

До речі, в ст. 42 Конституції України зафіксовано право кожного, а не лише громадян на підприємницьку діяльність, яку не заборонено законом, а ст. 43 кожному надає право на працю, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується.

В ст. 32 Конституції Литовської республіки проголошено: «Громадянин може вільно пересуватися та обирати собі місце проживання у Литві, може вільно виїжджати з Литви»², а на негромадян це не поширюється. У такій редакції ст. 32 прямо суперечить ст. 13 Загальної декларації прав людини («Кожен має право на свободу пересування і проживання в межах кордонів кожної держави»).

Конституційні положення Республіки Польща взагалі формулюють основні права та обов'язки лише громадян. Наприклад, «Республіка Польща забезпечує громадянам свободу совісті та віросповідання» (ст. 82) або «Республіка Польща забезпечує громадянам свободу слова, друку, зборів та мітингів, процесій та маніфестацій» (ст. 83). Що ж стосується громадян іноземних держав та осіб без громадянства, то про них сказано лише те, що їм надається «право притулку в порядку, визначеному законом» (ст. 88).

Наведені ситуації свідчать, що проблема змісту і співвідношення прав людини і громадянина ще далека від правознавчого і практичного вирішення.

На основі аналізу призначення держави, виникнення, ствердження і забезпечення прав людини Ковалевський робить фунда-

¹ Конституції нових держав Європи та Азії / Упоряд. С. Головатий. — С. 8.

² Paul Gordon Lauren. The Evolution of International Human Rights Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998. — P. 55.

ментальний висновок, що «держава в процесі своєї поступової еволюції безперервно розширює сферу індивідуальної самодіяльності. А тому і сума так званих особистих прав неухильно зростає»¹. Це положення деякі правознавці оцінюють як «принципово помилкове»². У відповідь на це слід звернути увагу на два моменти.

По-перше, якщо взяти реальний процес розвитку права в останні десятиліття, то виявиться, що принцип солідарності відіграв провідну роль у розвитку і забезпеченні прав людини. Революцією в філософії, політиці і змісті прав людини було прийняття Загальної декларації прав людини³. В ній людство розглядається як людська сім'я і провідною є думка про те, що безправ'я людини — загроза існуванню людства. Незаперечним свідченням панування принципу солідарності в сфері прав і свобод людини є створення згідно з Європейською конвенцією про захист прав людини і основних свобод Європейської комісії з прав людини і Європейського Суду з прав людини. Причому рішення Суду є остаточним, а учасники договору зобов'язуються виконувати його рішення в будь-якій справі, де вони є сторонами. Без солідарного підходу до прав людини створення і повноваження цих органів неможливі в принципі.

По-друге, після Другої світової війни почався бурхливий процес зростання значення і розширення прав людини, перетворення їх на одну з головних засад устрою будь-якої держави. Цей процес охопив усе людство. Сьогодні більш як 100 національних конституцій захищають права людини⁴ і супроводжуються значним розширенням обсягу прав людини.

У світлі розглянутих процесів цілком природним буде висновок про те, що концепція Ковалевського стосовно прав людини, їх виникнення, розвитку та гарантування не лише має історичний інтерес, а багатьма своїми гранями стикається з сучасністю і може сприяти більш глибокому її розумінню.

Надійшла до редколегії 03.09.01

¹ Див.: Ковалевский М. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии. Методы сравнительного изучения права. — С. 8–9.

² Див.: Куприц Н. Я. Ковалевский. — М., 1978. — С. 80.

³ Див.: Paul Gordon Lauren. The Evolution of International Human Rights Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998. — P. 139, 172.

⁴ Див.: Дженіс М., Кей Р., Бредлі Е. Європейське право у галузі прав людини: джерела і практика застосування. — С. 13.

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

Ю. Грошевий, академік АПрН України

Кримінально-процесуальні аспекти «малої судової реформи»

Зміцнення української державності припускає вирішення таких основних завдань: оптимізація державного устрою країни; поліпшення системи управління, створення дійсно незалежної судової влади, що на практиці означає реалізацію принципу поділу влад, без якого неможливо побудувати правову державу. При цьому як обов'язкова умова виступає також співробітництво всіх трьох гілок влади з громадянським суспільством, участь його представників у функціонуванні державних інститутів і в контролі за захистом та забезпеченням прав і свобод громадян.

Конституція України проголосила права і свободи людини найвищою соціальною цінністю і поклала на державу обов'язок щодо їх додержання і захисту. Судовий захист може стати ефективним за умови доступності і самостійності судової влади, ефективності діяльності органів досудового слідства і судового контролю за дотриманням законності в їх кримінально-процесуальній діяльності. Дослідження цих проблем у контексті гарантій прав і свобод громадян мають актуальне значення і тому, що нормативна (процесуальна) база, на основі якої функціонують органи досудового слідства і суд, повинна як відповідати реальному додержанню прав і свобод людини, так і достатньою мірою сприяти повному розкриттю злочинів і здійсненню справедливого правосуддя.

Тому проблеми «малої судової реформи» вирішуються шляхом прийняття Верховною Радою України 21 червня 2001 р. низки законів, якими внесено істотні зміни і доповнення до чинного процесуального законодавства, а також законів «Про судустріч України», «Про статус суддів», «Про органи судового

самоврядування», «Про прокуратуру України», справедливо віднесених рейтингом «Юридичного вісника України» — 2001 рік до числа актуальних проблем теорії та практики юридичної науки, зокрема, науки кримінального процесу¹.

Законами від 21 червня і 12 липня 2001 р. Верховна Рада України внесла до Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК) істотні зміни, обумовлені вимогами «Перехідних положень» Конституції України про приведення процесуального законодавства у відповідність до Конституції України, міжнародних актів, ратифікованих Верховною Радою України, а також у відповідність до нового Кримінального кодексу України.

Позитивно оцінюючи ці зміни і доповнення чинного КПК, у рамках цієї статті торкнемося лише деяких питань неповноти внесених змін і невдалості низки законодавчих новел.

Загальновідомо, що організована злочинність давно переступила національні кордони і являє собою серйозну загрозу для світового співтовариства.

Яскравим прикладом для ілюстрації світового ринку можна вважати незаконний обіг у багатьох країнах наркотиків, що стали світовим товаром. Саме цей злочинний бізнес слід визнати основним у кримінальній діяльності транснаціональних злочинних організацій.

Будучи однією з найбільш поширених у всьому світі, незаконна діяльність злочинних транснаціональних організацій щодо поширення наркотиків за допомогою зазначених співтовариств перетворилася на гігантську індустрію з окремими стадіями виробництва наркотиків і реалізації їх на оптовому і роздрібному ринках. Індустрія наркобізнесу, що приносить багатомільярдні річні доларові доходи, у свою чергу сприяє ще більшому розвитку і фінансовому зміцненню транснаціональних злочинних організацій. Крім того, частина цих доходів є головним засобом підкупу чиновників у державному апараті з метою забезпечення безпечних умов для діяльності транснаціональних злочинних співтовариств у місцях їх перебування.

Більш того, незаконний обіг наркотиків, що має в останні роки стійку тенденцію до зростання, становить сьогодні одну з найбільш складних самостійних проблем, що стоять перед Україною. Специфіка геополітичного положення України, недо-

¹ Див.: Юридичний вісник України. — 2001. — № 52.

сконалість чинного законодавства, труднощі в організації та забезпеченні митного і прикордонного контролю дозволяють іноземним наркогрупам не тільки легалізувати в Україні великі капітали, а й упродовжуватися в економіку країни, використовувати злочинні доходи для підкупу представників органів державної влади.

З цим видом злочинного бізнесу тісно пов'язаний незаконний обіг зброї. Тут необхідно відзначити, що на відміну від незаконного обігу зброї усередині держави, що ускладнює кримінальну обстановку лише в цій державі, небезпечність такого обігу зброї, що здійснюється транснаціональними організованими злочинними організаціями на територіях декількох держав, багаторазово збільшується, оскільки цей процес загрожує правопорядку не однієї країни світу, вносить свій кривавий (і чималий) внесок у політичні безпорядки, перевороти, загострення міжетнічних і міждержавних конфліктів.

До поширених видів злочинної діяльності транснаціональних організованих злочинних груп слід віднести крадіжку і контрабанду автомобілів.

З порнобізнесом досить тісно стикається торгівля жінками і дітьми. До цього виду злочинної діяльності приєднуються незаконна міграція, торгівля придатними для пересадки органами людського тіла. Зазначені злочини теж включені до сфери інтересів транснаціональних злочинних співтовариств. Виділяються транснаціональні злочинні організації, що діють у країнах СНД.

Чималу частку транснаціональної організованої злочинної діяльності займають розкрадання коштів із застосуванням комп'ютерної техніки, системи Інтернет. Досягнення комп'ютерної техніки використовуються й в інших діяннях, наприклад, для торгівлі українськими немовлятами, інформація щодо яких відразу ж після їх народження з'являється в Інтернеті. Економічні втрати від таких злочинів, вчинюваних транснаціональними злочинними організаціями, щорічно обчислюються мільйонами доларів. За окремими даними, уже сьогодні збиток, що завдається так званими «комп'ютерними злочинами», можна порівняти з перевагами, одержуваними від упродовження сучасних комп'ютерних технологій, не кажучи вже про моральні втрати.

Розуміння міжнародним співтовариством ситуації, що склалася, як справедливо зазначається в літературі, призвело до

того, що Генеральна Асамблея ООН на своїй 53-й сесії в 1998 р. прийняла рішення про необхідність якнайшвидшої підготовки Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності, яка б містила положення про встановлення кримінальної відповідальності за створення організованої злочинної організації, за «відмивання» злочинних доходів і передбачала надання міждержавної правової допомоги в боротьбі з транснаціональною злочинністю.

Відповідно було прийнято рішення створити Спеціальний комітет для розробки цієї Конвенції та інших документів, що стосуються боротьби з незаконним обігом зброї та торгівлею людьми з метою сексуальної експлуатації.

У підготовці цієї Конвенції взяли участь делегації понад 100 країн, що мали намір здійснити реалізацію її положень у боротьбі з транснаціональною злочинністю.

В результаті активної роботи членів Спеціального комітету Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності була підготовлена і прийнята на політичній конференції високого рівня в Палермо (Італія) 12 грудня 2000 р.¹

У цьому найважливішому міжнародно-правовому документі передбачено конкретні заходи для боротьби з транснаціональною організованою злочинністю, з «відмиванням» грошей і корупцією. Водночас у плані уніфікації кримінальних законодавств країн-учасниць цієї Конвенції щодо порушених у ній питань тлумачаться використовувані в тексті Конвенції основні поняття, що рекомендуються для однакового розуміння. Так, у Конвенції сформульовано поняття організованої злочинної групи (більш ударне, ніж у нашому Кримінальному кодексі); містяться визначення її окремих понятійних елементів, арешту, виїмки, конфіскації, контрольованого постачання тощо. Відповідно розкривається і поняття злочину, що носить транснаціональний характер. Зокрема, таким він вважається, якщо: а) вчинений в більш ніж одній державі; б) вчинений в одній державі, але істотна частина його підготовки і планування, керівництва або контролю має місце в іншій державі; в) вчинений в одній державі, але за участю організованої злочинної групи, яка

¹ Аналіз Конвенції здійснено за її повним текстом, опублікованим у додатку до книги В. С. Овчинського «XXI век против мафии. Криминальная глобализация и Конвенция ООН против транснациональной организованной преступности» (М., 2001. – С. 51–106).

здійснює злочинну діяльність у більш ніж одній державі; г) вчинений в одній державі, але його істотні наслідки мають місце в іншій державі.

Однак головним є те, що в зазначеній Конвенції докладно викладені різні форми міжнародно-правового співробітництва в боротьбі з транснаціональною організованою злочинністю, «відмиванням» коштів і корупцією. При цьому регламентуються такі процедури: координація в сфері кримінального провадження у справах, що підпадають під дію цієї Конвенції; конфіскація та арешт доходів, отриманих від злочинів; видача осіб, наближених до організованої злочинної діяльності; захист свідків від ймовірної помсти або залякування з боку злочинців; надання допомоги потерпілим і організація їх захисту.

Взаємна правова допомога відповідно до цієї Конвенції може надаватися у разі, якщо необхідно: 1) одержати показання свідків або заяви від окремих осіб; 2) вручити судові документи; 3) зробити обшук, виїмку або арешт; 4) провести огляд об'єктів і ділянок місцевості; 5) надати або одержати інформацію, речові докази і висновки експертів; 6) надати або одержати оригінали або засвідчені копії відповідних документів і матеріалів, включаючи урядові, банківські, фінансові, корпоративні чи комерційні документи; 7) виявити або відстежити доходи від злочинів, здобуте злочинним шляхом майно, засоби вчинення злочинів або інші предмети, що мають доказове значення; 8) сприяти добровільному з'явленню відповідних осіб до органів запитуючої держави-учасника.

Крім того, відповідно до Конвенції може бути надано допомогу будь-якого іншого виду, якщо вона не суперечить внутрішньому законодавству запитуваної держави-учасника.

Передбачено і можливість створення в державах-учасниках на основі двосторонніх або багатосторонніх угод спеціальних органів для проведення спільних розслідувань і застосування спеціальних методів розслідування (з використанням контрольованих постачань електронного та іншого способів спостереження, агентурних операцій та ін.).

З метою практичної реалізації цієї Конвенції державам-учасникам рекомендується укладати двосторонні або багатосторонні угоди (домовленості) про безпосереднє співробітництво між їх правоохоронними органами. Разом з тим за відсутності таких угод (домовленостей) між зацікавленими державами-учасниками ос-

танні можуть розглядати зазначену Конвенцію як основу для взаємного співробітництва між правоохоронними органами в розслідуванні злочинів, передбачених цим міжнародно-правовим актом.

Взаємодію з західними європейськими країнами в боротьбі з транснаціональною організованою злочинністю Україна здійснює поки що в рамках Європейської конвенції «Про взаємну правову допомогу по кримінальних справах», прийнятої в Страсбурзі ще в 1959 р. Україна приєдналася до неї. Ця конвенція теж дозволяє вирішувати багато завдань у спільній боротьбі з транснаціональною організованою злочинністю. Разом з тим слід звернути увагу на те, що відповідно до цього акта передача доручень і клопотань про надання правової допомоги по кримінальних справах, як правило, повинна йти по лінії міністерств юстиції взаємодіючих сторін.

У цій статті немає необхідності зупинятися на інших міжнародних актах у сфері боротьби зі злочинністю, ратифікованих Верховною Радою України.

Викладене дає змогу дійти висновку про те, що в КПК повинна міститися окрема глава, що регулює загальнопроцесуальні положення про виконання на території України вимог міжнародних конвенцій, до яких приєдналася Україна, у тому числі щодо видачі осіб, які вчинили злочини¹, як іншою державою, так і органами міжнародної кримінальної юрисдикції. У цій главі доцільно сформулювати правила допустимості доказів відповідно до вимог іноземного кримінально-процесуального законодавства.

Згідно зі ст. 46 «Обов'язкова сила судових рішень та їх виконання» розділу II «Європейський суд з прав людини» Конвенції про захист прав і основних свобод людини держави, які ратифікують цю Конвенцію, зобов'язані «виконувати остаточне рішення Суду в будь-якій справі, у якій вони є сторонами». Отже, якщо Україна є стороною при розгляді справи в Європейському суді з прав людини, то рішення цього суду є обов'язковим і для національних судів. Отже, рішення Європейського суду з прав людини є джерелом кримінально-процесуального права з питань, пов'язаних з тлумаченням положень Конвенції

¹ Див.: Лукашук И. И., Наумов А. В. Выдача обвиняемых и осужденных в международном уголовном праве. — М., 1998.

про захист прав і основних свобод щодо відповідності законодавства, на підставах якого національним судом вирішена відповідна кримінальна справа, вимогам вказаної Конвенції.

Прецедентний характер рішень, винесених Європейським судом з прав людини, впливає на національні правові системи європейських країн. За 50 років його роботи держави — учасники страсбурзького контрольного механізму близько 300 разів вдавалися до так званих «заходів загального характеру», вносячи за підсумками розгляду скарг у Європейському суді або Європейській комісії з прав людини відповідні корективи до свого законодавства і правозастосовної практики¹.

Виходячи з цього, доцільно включити до нового КПК розділ, що регулював би механізм перегляду судових вироків національних судів у зв'язку з рішеннями Європейського суду з прав людини, у яких Україна виступає як сторона.

У резолюціях комітету міністрів Ради Європи № R (2000) містяться рекомендації щодо перегляду і поновлення провадження у справі на національному рівні в зв'язку з рішеннями Європейського суду.

У рекомендаціях, зокрема, йдеться про те, що «не дивлячись на те що Конвенція не містить положень, які зобов'язують Договірні Сторони передбачати у внутрішньому праві можливості для перегляду справ і поновлення провадження у справі, наявність таких можливостей була за певних обставин надзвичайно важливою, а в деяких справах дійсно єдиним засобом досягнення *restitutio in integrum*. Усе більша кількість держав приймає спеціальне законодавство, яке забезпечує можливість перегляду справ і поновлення провадження у справі. В інших державах така можливість з'явилася в результаті діяльності судів або національних органів влади в рамках існуючого права».

Комітет міністерств закликає всі Договірні Сторони переконатися, що в їх національних правових системах існують необхідні можливості для досягнення, наскільки це можливо,

¹ Див.: *Марк Дженис, Річард Кей, Ентоні Бредлі*. Європейське право у галузі прав людини: джерела і практика застосування / Пер. з англ. — К., 1997; *Донно Гомьен, Давид Харрис, Лео Звасек*. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика / Пер. с англ. — М., 1998; *Європейський суд з прав людини: рішення щодо України*. — К., 2001, а також збірники перекладів рішень Європейського суду з прав людини (Львівська лабораторія з прав людини АПРН України).

restitutio in integrum, і особливо забезпечити відповідні можливості для перегляду справ, включаючи і поновлення провадження у справі.

У судовій рекомендації особливо підкреслюється, що термін «перегляд» використовується як загальний термін. Термін «поновлення провадження у справі» означає поновлення судового розгляду як характерний засіб перегляду справи.

У цьому зв'язку, а також враховуючи триваючі дискусії про реформування українського кримінального процесу, становлять інтерес кроки, зроблені Францією на підставі рекомендацій, що містяться в рішенні Європейського суду з прав людини у справі Хаккара¹.

Законом Франції № 2000-516 від 15 червня 2000 р. «Про захист презумпції невинності і прав потерпілих» 16 червня 2000 р. Кримінально-процесуальний кодекс доповнено главою «Про повторний розгляд рішень щодо кримінальних справ після винесення рішення Європейським судом з прав людини».

Стаття 626¹ Кримінально-процесуального кодексу передбачає, що «перегляд остаточного рішення по кримінальній справі може бути здійснено на прохання будь-якої особи, визнаної винною у правопорушенні, коли з рішення, винесеного Європейським судом з прав людини, випливає, що вона була засуджена в порушення положень Конвенції про захист прав людини і основних свобод або протоколів до неї, і коли встановлене порушення внаслідок свого характеру і тяжкості заподіяння засудженій особі шкоди, яку не можна було відшкодувати «шляхом справедливої компенсації», присуджуваної відповідно до статті 41 Конвенції».

Статтями 626²–626⁷ передбачено створення ради з повторного розгляду справ, що складається з суддів касаційного суду, і встановлено порядок роботи цієї ради.

Статтею 626³ встановлено, що «рада або сам касаційний суд можуть призупинити виконання вироку на будь-якій стадії повторного розгляду справи».

І, нарешті, тимчасовими положеннями закону передбачається, що заяви з проханням про перегляд справи, які подані відповідно до статті 626¹ et seq. Кримінально-процесуального

¹ Див.: Хаккар против Франции // Российская юстиция. – 2001. – №12. – С. 65–69.

кодексу і ґрунтуються на рішенні, винесеному Європейським судом з прав людини до опублікування цього закону в «Журналь офис'ель де ля Республік Франсез», можуть бути подані протягом року після опублікування. Для цілей вищезгаданих статей рішення, прийняті Комітетом міністрів Ради Європи услід за рішенням Європейської комісії з прав людини відповідно до (колишньої) ст. 32 Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод або ст. 5 (пункт 6) Протоколу № 11 до Конвенції, прирівнюються до рішень Європейського суду з прав людини.

Надійшла до редколегії 10.12.01

В. Зеленецький, член-кореспондент
АПрН України

Порушення кримінальної справи при повторності однорідних злочинів

Якщо в основі розробки поняття про тотожність злочинів лежить уявлення про тотожність, то при формуванні знань про повторність однорідних злочинів вихідним є смислове значення терміна «рід». Справді, якщо в слові «однорідний» основною частиною його структурно-сислової організації є корінь «рід», то без аналізу його кореневого змісту розкрити сутність однорідності, а разом з нею і поняття «повторність однорідних злочинів» неможливо.

У новому тлумачному словнику української мови слово «рід» інтерпретується як «вид, тип чого-небудь, категорія, гатунок» чи як «подібний до кого-, чого-небудь»¹. Якщо, наприклад, йдеться про крадіжку, то злочин, що за законом вважається повторно-однорідним вчиненому діянню, повинен мати відповідні ознаки, риси, властивості, притаманні всім злочинам такого роду. У нашому прикладі, виходячи з наведеного смислового значення розглядуваного явища, однорідним злочином логічно вважати повторно вчинену крадіжку. В кримінально-правовій науці цей випадок (варіант) повторності іменують по-

¹ Новий тлумачний словник української мови: У 4 т. / Укладачі В. Яременко, О. Сліпущкб. — К., 1998. — Т. 3. — С. 916.

вторністю однакових або тотожних злочинів. Таке її позначення відповідає не тільки смислового (сутнісного) визначенню повторності, а й тому, що міститься в його нормативній регламентації. У цьому можна переконатися, ознайомившись із диспозицією будь-якої норми закону, що передбачає відповідальність за повторне вчинення тотожного злочину.

Разом з тим у примітці 1 до ст. 185 КК дається законодавче роз'яснення, відповідно до якого «у статтях 185, 186 та 189–191 повторним визнається злочин, вчинений особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених цими статтями, або статтями 187, 262 цього Кодексу». Оскільки, крім крадіжки, всі інші, передбачені зазначеними статтями склади злочинів не є тотожними крадіжці, але їй подібні, правомірно поряд із цим видом повторності виділяти і окремо характеризувати повторність подібних чи схожих злочинів. Незважаючи на відмінності названих складів злочинів і перші (тотожні діяння), і другі (схожі з ними) злочини є однорідними.

З метою визначення місця повторності у правовій регламентації всього різноманіття складів злочинів було проведено кількісний і логіко-гносеологічний аналіз Особливої частини КК, результати якого наведено в такій таблиці:

Номер розділу Особливої частини КК	Назва розділу КК	Кількість статей у розділі КК	Кількість частин у статтях розділів КК		Процент: відношення до загальної кількості статей розділу
			Кількість частин, що передбачають повторність	Номери статей, що передбачають повторність як кваліфікаційну ознаку	
1	2	3	4	5	6
1	Злочини проти основ національної безпеки України (ст.ст. 109–114)	6	2	ч. 3 ст. 109 ч. 2 ст. 110	33,3
2	Злочини проти життя та здоров'я особи (ст. ст. 115–145)	31	2	ч. 2 ст. 127 ч. 2 ст. 133	6,45
3	Злочини проти волі, честі та гідності особи (ст. ст. 146–151)	6	1	ч. 2 ст. 149	16,6
4	Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи (ст. ст. 152–156)	5	2	ч. 2 ст. 152 ч. 2 ст. 153	40
5	Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина (ст. ст. 157–184)	28	5	ч. 2 ст. 164 ч. 2 ст. 165 ч. 2 ст. 169 ч. 2 ст. 176 ч. 2 ст. 177	17,8

Продовження

1	2	3	4	5	6
6	Злочини проти власності (ст. ст. 185–198)	14	5	ч. 2 ст. 185 ч. 2 ст. 186 ч. 2 ст. 189 ч. 2 ст. 190 ч. 2 ст. 191	35,7
7	Злочини у сфері господарської діяльності (ст. ст. 199–235)	37	21	ч. 2 ст. 199, ч. 2 ст. 200 ч. 2 ст. 201 ч. 2 ст. 203 ч. 2 ст. 204 ч. 2 ст. 205 ч. 2 ст. 206 ч. 2 ст. 207 ч. 2 ст. 208 ч. 2 ст. 209 ч. 2 ст. 210 ч. 2 ст. 211 ч. 2 ст. 213 ч. 2 ст. 216 ч. 2 ст. 217 ч. 2 ст. 222 ч. 2 ст. 224 ч. 2 ст. 225 ч. 2 ст. 226 ч. 2 ст. 228 ч. 2 ст. 234	56,75
8	Злочини проти довкілля (ст. ст. 236–254)	19	4	ч. 2 ст. 238 ч. 2 ст. 240 ч. 2 ст. 248 ч. 2 ст. 249	21,05
9	Злочини проти громадської безпеки (ст. ст. 255–270)	16	4	ч. 2 ст. 256 ч. 2 ст. 258 ч. 2 ст. 259 ч. 2 ст. 262	25
10	Злочини проти безпеки виробництва (ст. ст. 271–275)	5	-	-	-
11	Злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту (ст. ст. 276–292)	17	3	ч. 2 ст. 280 ч. 2 ст. 289 ч. 2 ст. 292	17,64
12	Злочини проти громадського порядку та моральності (ст. ст. 293–304)	12	3	ч. 3 ст. 300 ч. 3 ст. 301 ч. 2 ст. 302	25
13	Злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення (ст. ст. 305–327)	23	16	ч. 2 ст. 306 ч. 2 ст. 307 ч. 2 ст. 308 ч. 2 ст. 309 ч. 2 ст. 310 ч. 2 ст. 311 ч. 2 ст. 312 ч. 2 ст. 313 ч. 2 ст. 314 ч. 2 ст. 315 ч. 2 ст. 316 ч. 2 ст. 317 ч. 2 ст. 318 ч. 2 ст. 319 ч. 2 ст. 320 ч. 2 ст. 323	69,5

Закінчення

1	2	3	4	5	6
14	Злочини у сфері охорони державної таємниці, недоторканності державних кордонів, забезпечення призову та мобілізації (ст. ст. 328–337)	10	2	ч. 2 ст. 331 ч. 2 ст. 332	20
15	Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян (ст. ст. 338–360)	23	1	ч. 2 ст. 358	4,34
16	Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж (ст. ст. 361–363)	3	1	ч. 2 ст. 362	33,3
17	Злочини у сфері службової діяльності (ст. ст. 364–370)	7	2	ч. 2 ст. 368 ч. 2 ст. 369	28,57
18	Злочини проти правосуддя (ст. ст. 371–400)	30	1	ч. 2 ст. 393	3,35
19	Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини) (ст. ст. 401–435)	35	2	ч. 2 ст. 407 ч. 2 ст. 410	5,75
20	Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку (ст. ст. 436–447)	12	1	ч. 2 ст. 446	8,3
21	Всього:	339	78	78	

Наведені дані свідчать про те, що із 339 статей (100 %) Особливої частини 78 (або 23 %) передбачають відповідальність за вчинення однорідних злочинів; із загальної кількості останніх 66 (84,6 %) встановлюють відповідальність за повторне вчинення тотожних злочинів і, нарешті, 12 статей (тобто 18,18 %) — за вчинення схожих (або подібних) злочинів.

Яким же чином викладене уявлення про повторність злочинів узгоджується з її правовою регламентацією? Відповідно до ч. 3 ст. 32 КК «вчинення двох або більше злочинів, передбачених різними статтями цього Кодексу, визнається повторним лише у випадках, передбачених в Особливій частині цього Кодексу».

За думкою законодавця, яку поділяв М. Бажанов, саме в цій нормі КК «закріплюється такий вид повторності, як повторність однорідних злочинів»¹. Гадаємо, що це не зовсім так, бо якщо повторність однорідних злочинів визначати з урахуванням пра-

¹ Бажанов М. И. Множественность преступлений по уголовному праву Украины. — Х., 2000. — С. 55.

вової регламентації ч. 3 ст. 32 КК, то до складу названої безлічі слід було б включати будь-які злочини, відповідальність за вчинення яких передбачено, як сказано в законі, «різними статтями цього Кодексу», тобто такими діяннями, що за своїм складом належать до різного роду злочинів. При такому положенні вимоги ч. 3 ст. 32 КК можна, скоріше за все, інтерпретувати як правила формування і визначення повторності саме різнорідних (а не однорідних) злочинів, оскільки всі розділи Кодексу містять саме «різні статті», про які йдеться в зазначеній нормі закону.

Це твердження близьке до істини, оскільки вважати його абсолютно достовірним можна лише з певною натяжкою, бо в ст. 35 КК нічого не говориться про ті родо-видові ознаки, за якими слід (чи можна було б) відмежовувати діяння одного роду від діянь іншого роду і, на цій підставі, визначати повторність однорідних (чи різнорідних) злочинів. З огляду на викладене можна стверджувати, що ч. 3 ст. 32 КК формулює не правила визначення повторності однорідних злочинів, а вимогу обов'язковості додержання принципу законності при формуванні повторності будь-якого виду злочинів. І це справді так, оскільки відповідно до положень ч. 3 ст. 32 КК повторно вчиненим злочиним вважається те, що передбачено різними статтями КК. На підтвердження слушності цього висновку можна навести ще один довід: якби в названій нормі закону формулювалося правило визначення повторності однорідних злочинів, то не потрібно було б у законі додержуватися перелікового підходу до правової регламентації розглядуваного виду повторності стосовно кожного індивідуально-визначеного складу злочину. Більш того, якби при вирішенні обговорюваної тут проблеми законодавець додержувався родо-видового підходу до визначення однорідних злочинів, то було б цілком достатньо сформулювати правило, згідно з яким, спираючись на відповідні родо-видові ознаки конкретних діянь, правозастосувач міг би кваліфікувати встановлену безліч злочинів як повторне вчинення сукупності однорідних (чи різнорідних) злочинів з усіма наслідками, що випливають із цього.

Аналогічного висновку ми доходимо і при аналізі однорідності на підставі таких ознак, як «схожий» і «подібний» діянь, котрі деякі автори використовують для підтвердження правомірності своєї інтерпретації цього феномена. Якщо «схожий» — це

той, «який має спільні або подібні риси з ким-, чим-небудь»¹, то «подібний» — це «такий самий, такий, як той (про який іде мова); аналогічний, тотожний, ідентичний»², то що схожого можна виявити, наприклад, між крадіжкою (ст. 185), грабежем (ст. 186), вимаганням (ст. 189) і шахрайством (ст. 190) з одного боку, і розбоєм (ст. 187), а також викраденням, привласненням, вимаганням вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів або заволодінням ними шляхом шахрайства або зловживанням службовим становищем (ст. 262 КК), з іншого боку, які теж вважаються однорідними злочинами? На це запитання ст. 32 відповіді не дає.

Чи означає це, що перелічені у відповідних статтях закону (і наведені в таблиці) норми КК не є однорідними і, якщо вони все ж такими (однорідними) є, то що саме покладено в основу їх належності до зазначеної безлічі? На це запитання цілком визначену відповідь дає сучасна кримінально-правова наука. Однорідними злочинами прийнято вважати такі діяння, які мають тотожні чи схожі безпосередні об'єкти і вчинені вони з однією і тією ж формою вини³. Такої ж позиції з цього питання додержується і судова практика. Якби в законі так само чітко було викладено ці критерії, то проблем з віднесенням тих чи інших діянь до числа однорідних не виникало б.

Отже, правове положення, сформульоване в ч. 3 ст. 32 КК, що видається за кримінально-правове визначення повторності однорідних злочинів, не знаходить у логіко-гносеологічному аналізі позитивного підтвердження і не витримує науково обгрунтованої критики. Констатуючи цю обставину, видається за доцільне дати його змістово-сміслову визначення в такій редакції: під повторністю однорідних злочинів розуміється така безліч діянь, передбачених статтями Кримінального кодексу, які мають схожі безпосередні об'єкти і вчинені два чи більше разів з однією і тією ж формою вини⁴.

Але це в плані бажаного законодавства. Що ж стосується чинного закону, то ніхто з органів чи осіб, що ведуть криміналь-

¹ Новий тлумачний словник української мови. — Т. 4. — С. 474.

² Там само. — С. 496.

³ Див.: *Бажанов М. И.* Вказ. праця. — С. 54—55.

⁴ Основні елементи такого розуміння повторності однорідних злочинів юридичною практикою можна знайти в документах Верховного Суду СРСР (див.: *Бюллетень Верховного Суду СРСР.* — 1962. — № 6).

На цю обставину справедливо звертає увагу *М. Бажанов* (див.: *Бажанов М. И.* Вказ. праця. — С. 55).

ний процес (у тому числі й автор цих рядків у своєму дослідженні) не має права ігнорувати існуючу правову регламентацію, яка з урахуванням співвідношення ч. 3 ст. 32 КК і 78 статей КК, що регламентують притягнення винного до кримінальної відповідальності за повторно вчинений злочин, є опосередкованим визначенням повторності однорідних злочинів.

У зв'язку з викладеним відмітимо, що розуміння повторності однорідних злочинів у повній відповідності зі змістовим змістом кримінально-правової норми слід іменувати нормативно-автентичним.

До такого розуміння розглянутих проблем повинен прагнути кожен правозастосувач, у тому числі і при вирішенні питань, пов'язаних із порушенням кримінальної справи. Серед останніх головним, зрозуміло, є питання про кримінально-правову кваліфікацію повторно вчинених однорідних злочинів. У літературі воно обговорювалося неодноразово. Оскільки йдеться про злочини не тотожні, а однорідні, тобто такі, що мають однакові або схожі безпосередні об'єкти і при цьому вчинені з однією і тією ж формою вини, то їх юридична оцінка припускає самостійну кримінально-правову кваліфікацію кожного діяння за відповідною нормою КК з тією особливістю, що друге діяння, вчинення якого обумовило формування повторності, і повинно кваліфікуватися за цією ознакою як вчинене повторно. Отже, для прийняття правильного рішення про порушення кримінальної справи і забезпечення його законності і обґрунтованості слід враховувати не тільки характер вчиненого діяння (наприклад, крадіжки, грабежу і т. д.), а й послідовність їх учинення. Як показує вивчення конкретних справ, саме ігнорування послідовності вчинених злочинів, що у своїй єдності утворюють повторність, призводило до неправильної кримінально-правової кваліфікації діянь, прийняття незаконних і необґрунтованих рішень про порушення кримінальної справи. Результати прийняття такого рішення у свою чергу обумовлюють велику розмаїтість негативних наслідків і, насамперед нераціональну витрату сил і засобів органів, що ведуть дізнання чи досудове слідство; необґрунтоване обвинувачення конкретних осіб у вчиненні більш тяжкого злочину порівняно з тим, який вони дійсно вчинили; обмеження прав і свобод особи, що, зрозуміло, приводить до дискредитації не тільки відповідних правоохоронних органів, а й держави в цілому.

Сучасна парадигма інформатизації судочинства і питання захисту прав і законних інтересів учасників кримінального процесу

Формування інформаційного правового простору європейських країн офіційно розпочалося в 1965 р., коли в структурі Комітету міністрів Ради Європи було створено Комітет експертів з інформаційних технологій та права. У травні 2000 р. в Кембриджі відбувся черговий (XIV) Колоквіум Ради Європи, присвячений сучасним комунікаційним технологіям у правовій сфері. Зокрема, було розглянуто рекомендації Комітету експертів з питань автоматизації процедури судочинства¹. Розробники документа на основі вивчення світового досвіду рекомендували державам-учасницям РЄ запроваджувати інформаційні технології на всіх стадіях судочинства, у тому числі в інтерактивному режимі за допомогою телемостів та інших сучасних засобів телекомунікацій. З цією метою пропонується обладнати відповідними електронними засобами зали судового засідання, органи розслідування, слідчі ізолятори, адвокатські контори тощо. Наводиться приклад Австрії, яка однією з перших країн Європи інкорпорувала такі технології у процесуальне право.

Перші кроки щодо впровадження у судочинство телекомунікаційних технологій зробила і Росія. Після постанови Конституційного Суду РФ, яким визнано неконституційними положення ч. 2 ст. 335 КПК РФ щодо права суду касаційної інстанції відмовляти засудженому, який утримується під вартою, брати участь у розгляді судом його касаційної скарги², Верховний Суд РФ почав використовувати телекомунікаційну технологію. За її допомогою засуджений з будь-якого регіону Росії

¹ Див.: Морозов А. В., Полопанова И. С. Результаты работы XIV Коллоквиума Комитета экспертов Совета Европы по информационным технологиям и праву // Информатизация правоохранительных систем. IX Международная научная конференция (7–8 июня 2000 г., Москва). Сборник трудов. – М., 2000. – С. 38–44.

² Див. Постановва Конституційного Суду РФ від 10 грудня 1998 р. № 27-П «По делу о проверке конституционности части второй статьи 335 УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина М. П. Баронина».

може брати участь у судовому розгляді його касаційної скарги (для цього телекомунікаційною апаратурою обладнано два зали Верховного Суду і дві спеціальні камери у пересильному СІЗО № 3 м. Москви)¹.

Сучасна парадигма інформатизації судочинства повинна засновуватися на законодавчому дозволі використання в кримінальному, цивільному, арбітражному і адміністративному процесах інформаційних технологій (комп'ютерної та телекомунікаційної техніки з відповідними програмними продуктами їх функціонування) з метою оптимізації діяльності всіх правових інституцій, що охоплюються процедурами судочинства (діяльність органів досудового слідства, прокуратури, судово-експертних установ, судів, установ виконання покарань, адвокатури). Використання інформаційних технологій в судочинстві має бути дозволено при проведенні будь-яких процесуальних дій, як в «очному», так і в інтерактивному (дистанційному) режимі, з одночасним веденням документообігу та діловодства на паперових та електронних носіях, з яких для учасників процесу у випадках, передбачених процесуальним законодавством, виготовляються автентичні за змістом копії процесуальних документів².

Вважаємо, що основні засади інформатизації судочинства сприятимуть зміцненню правової системи держави, захисту прав учасників судочинства, передбачених Конституцією України та Конвенцією 1950 р. про захист прав людини та основних свобод.

Перш за все інформатизація судочинства призведе до істотної «процесуальної економії» в усіх видах судочинства, особливо у галузі кримінально-процесуального провадження³. Застосування електронних технологій не тільки сприятиме скороченню строків окремих слідчих і судових дій, а й докорінно змінить

¹ Див.: *Авербух В.* Из кинозала суда. Рассмотрение дел ускорят мониторы в тюремных камерах // Известия. — 2000. — 11 июля. — № 126.

² Докладніше про це див.: *Сегай М.* Концептуальні засади інформатизації судочинства // Вісник Академії правових наук України. — Х., 2000. — № 4(23) — С. 193–200.

³ Про «болючі точки» кримінального процесу, пов'язані з системним порушенням строків судочинства, слушно наголошував В. Маляренко у статті «Щодо строків кримінального процесу» (див.: *Право України.* — 2000. — № 1. — С. 16–23).

«технологію» ведення кримінальних справ у цілому, що набагато скоротить завершальні стадії досудового розслідування, а також судового розгляду кримінальних справ. Тим самим інформатизація судочинства сприятиме виконанню ст. 6 Конвенції 1950 р., а також Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, в яких проголошено принцип «розумного строку судового розгляду справ» і право людини бути судимою «без невинуватої затримки».

У світлі вимог статей 28, 30, 31 і 32 Конституції України і відповідних статей Конвенції 1950 р. застосування інформаційних технологій у судочинстві повинно гарантувати допустимість і достовірність доказової інформації, одержаної за допомогою електронних засобів. Виходячи з цієї важливої засади судової інформатизації розглянемо дві проблеми, безпосередньо пов'язані з нею.

Перша проблема стосується допустимості застосування у кримінальному судочинстві інтерактивних (дистанційних) телекомунікаційних технологій для проведення слідчих і судових дій. Вважаємо, що така процедура буде легітимною лише за умови додержання вимог, які забезпечують і гарантують обвинуваченому, підсудному, потерпілому, свідку можливість вільного вираження своїх свідчень та заяв під час спілкування з слідчим, судом, прокурором, адвокатом. Тому в процесуальному законі повинно бути застереження, по-перше, щодо згоди особи, яку допитують, на спілкування в інтерактивному режимі; по-друге, особа, яка веде допит, мусить переконатися, що ніщо в умовах дистанційного спілкування не перешкоджає особі, яку допитують, вільно висловлювати свої думки, заявляти клопотання, заперечувати чи підтверджувати обставини справи.

Друга проблема стосується правомірності застосування електронних засобів для негласного (конфіденційного) спостереження і прослуховування особи під час проведення оперативно-розшукових заходів та подальшого використання такої інформації як доказів у судочинстві.

Основним законодавчим актом, яким встановлено легітимність одержання негласної оперативної інформації (в тому числі і за допомогою електронних засобів) в цілях розшукової, розвідувальної та охоронної діяльності, є Закон України 1992 р. «Про оперативно-розшукову діяльність».

З прийняттям Конституції України 1996 р. тексти статей 8 і 9 цього Закону, які визначають права підрозділів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, і гарантії законності проведення таких дій, неодноразово доповнювались і змінювались. Такі зміни в цілому поліпшили зміст Закону, але водночас призвели до неузгодженості щодо порядку одержання, оформлення, зберігання і використання негласної інформації.

Перша неузгодженість стосується ролі прокуратури у здійсненні державного нагляду за додержанням законності під час проведення оперативно-розшукових заходів.

Нова редакція ст. 8 Закону відповідно до вимог Конституції України замість санкції прокурора на дозвіл одержання негласної інформації у випадках, пов'язаних з обмеженням конституційних прав фізичних і юридичних осіб (ч. 2 ст. 8), визначила виключно судовий порядок одержання такого дозволу за безпосереднім поданням до суду керівника відповідного оперативно-розшукового підрозділу. Останній лише повідомляє прокурора про одержання дозволу на «зняття» конфіденційної інформації. На нашу думку, це не узгоджується зі змістом ст. 14 Закону, яка наділяє саме прокурора широкими повноваженнями щодо здійснення державного нагляду під час проведення оперативно-розшукових заходів. Виходячи зі змісту саме цієї статті Закону, одержання дозволу суду у випадках, визначених другою частиною ст. 8, має здійснюватися керівником оперативного підрозділу за погодженням з прокурором, який здійснює нагляд за діяльністю цього підрозділу.

Саме таку форму нагляду передбачено у новій редакції ст. 177 УПК України «Підстави для проведення обшуку та порядок надання згоди на його проведення», де зазначено, що при необхідності проведення обшуку житла слідчий за погодженням із прокурором звертається з поданням до суду за місцем провадження слідства».

Друга неузгодженість стосується строків ведення оперативно-розшукових справ. Доповнення ч. 5 ст. 9, де зазначено, що «під час здійснення оперативно-розшукової діяльності не допускається порушення прав і свобод фізичних та юридичних осіб... Окремі обмеження цих прав і свобод мають винятковий і тимчасовий характер» суперечить ст. 9¹ зазначеного Закону, до якої ніяких змін не внесено і де передбачаються строки ведення оперативно-розшукових справ від 6 до 18 місяців. До того ж

визначити і продовжувати ці строки мають право самі керівники оперативно-розшукових підрозділів або керівники відомств, яким законом дозволено здійснення оперативно-розшукової діяльності. Про участь суду чи прокурора у вирішенні цього питання (за винятком погодження продовження з Генеральним прокурором строку понад 18 місяців щодо іноземців) навіть не згадується.

І це у той час, коли основний строк проведення кримінальної справи у рамках гласного судочинства обмежено тільки двома місяцями, а його продовження може бути здійснено лише за санкцією прокурора. За законодавчою логікою не тільки дозвіл на проведення оперативно-розшукових дій, які обмежують конституційні права і свободи людини, а й строки його дії повинен вирішувати суд.

Саме таку позицію визначено Верховним Судом України у листі від 19 листопада 1996 р. за № 16/6 «Про тимчасовий порядок розгляду матеріалів про дачу дозволу на проникнення до житла та іншого володіння особи... та зняття інформації з каналів зв'язку». Зокрема, в цьому листі зазначено, «що суди, розглянувши подання відповідного органу, який здійснює оперативно-розшукову діяльність, «виносять постанову про: а) дачу дозволу, вказавши термін дії дозволу; б) відмову в застосуванні цих заходів».

Третя неузгодженість стосується порядку використання негласної оперативної інформації, одержаної за допомогою технічних засобів, як доказів у судочинстві. Нова редакція (від 18 січня 2001 р.) ч. 2 ст. 8 «Права підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність» визначає, що за результатами здійснення оперативно-розшукових заходів, які обмежують конституційні права громадян, «складається протокол з відповідними додатками, який підлягає використанню як джерело доказів у кримінальному судочинстві».

В той же час у Законі залишився без змін абз. 10 ст. 9 «Гарантії законності під час здійснення оперативно-розшукової діяльності», яким передбачено, що «підрозділи, що використовують автоматизовані інформаційні системи в оперативно-розшуковій діяльності, повинні забезпечити можливості видавати дані про особу на запит органів розслідування, прокуратури, суду. В місцях зберігання інформації має бути гарантовано її достовірність та надійність охорони». Отже, згідно зі ст. 8 Закону за

результатами оперативно-розшукових дій «складається протокол з необхідними додатками», а згідно зі статтею 9 — ці ж самі додатки (аудіо- чи відеозаписи) повинні знаходитись на зберіганні у підрозділах, які їх виготовлювали і якими до того ж повинно бути гарантовано достовірність інформації. Саме на достовірності інформації, одержаної під час спецоперацій за допомогою сучасних електронних засобів, наголошують деякі автори, коли йдеться про використання такої інформації як доказів у судочинстві. Так, М. Каретніков вважає, що у випадках, коли джерело конфіденційної інформації не може бути розкрито у суді, оскільки воно є державною таємницею, акцент треба перенести на достовірність змісту інформації (наприклад, одержаної за допомогою так званих «закладних пристроїв», які працюють в автоматизованому режимі і в яких застосування «крипточипів» гарантує незмінність і достовірність зафіксованої електронними приладами інформації)¹. Така позиція — не що інше, як намагання перевести вирішення суто юридичної проблеми з юридичної, процесуальної площини у технічну: ніяка оперативна інформація, якщо слідчому і суду невідоме джерело її походження, не перетворюється на доказову, якщо навіть немає сумніву, що з технічної точки зору вона може вважатись достовірною (об'єктивною, незмінною).

Адже сам факт негласного нагляду, особливо за допомогою використання сучасних електронних засобів, спроможних здійснювати приховане зняття інформації цілодобово, треба кваліфікувати як вимушений захід втручання держави у сферу гарантованих Конституцією прав і свобод громадянина. Тому ми поділяємо думку тих учених, котрі вважають, що визначення допустимих обмежень основних прав і свобод людини у всіх випадках має бути поставлено під контроль суду і чітко врегульовано у процесуальному законодавстві, «оскільки саме в процесуальних механізмах стикаються інтереси суб'єктів основних прав і суспільства в цілому»². Саме тому всі питання дачі дозволу суду

¹ Див.: *Каретніков М. К.* К вопросу об использовании результатов оперативно-розыскной деятельности, представленных в цифровом виде, в доказывании по уголовным делам // Информатизация правоохранительных систем. IX Международная конференция. Сборник трудов. — М., 2000. — С. 23—25.

² Див.: *Тацій В., Грошев Ю.* Проблеми імплементації норм міжнародного права в національні процесуальні процедури (до 50-річчя Конвенції про захист прав людини та основних свобод) // Вісник Академії правових наук України. — 1999. — № 4 (19). — С. 8.

на одержання конфіденційної інформації, яка стосується обмеження прав і свобод фізичних і юридичних осіб, а також «переведення» такої інформації з оперативної у доказову та її використання у судочинстві, має бути чітко визначено не тільки у спеціальних законодавчих актах, а насамперед у кримінально-процесуальному законодавстві.

Зокрема, вбачається за доцільне у спеціальному додатку до КПК України визначити порядок дачі дозволу суду на одержання негласної інформації при проведенні оперативно-розшукових заходів. В основу такого законодавчого акта може бути покладено вже згаданий лист Верховного Суду України від 19 листопада 1996 р. за № 16/6¹.

І вже безпосередньо у КПК треба чітко визначити умови визнання за оперативною (негласною) інформацією сили доказів, а також права і обов'язки сторін, які обґрунтовують чи заперечують правомірність використання такої інформації як доказів у судочинстві. До таких умов, прав і обов'язків сторін треба віднести: а) легітимність одержання такої інформації (дозвіл суду за поданням керівника оперативного підрозділу, погодженого з прокурором); б) фактичну обґрунтованість необхідності її одержання; в) протокол про джерело і зміст такої інформації з оригіналами додатків (аудіо- чи відеозапису); г) право обвинуваченого (відповідача) заперечувати легітимність, обґрунтованість та достовірність відомостей, одержаних при проведенні оперативно-розшукових дій.

Законом також треба передбачити режим розгляду справи у випадках, коли дані про джерело одержання конфіденційної інформації є державною таємницею і надаються лише безпосередньо суддям, які розглядають справу.

¹ Згідно з цим листом: а) розгляд матеріалів здійснюється Верховним Судом, обласним і прирівняними до них судами за поданням відповідного органу, який здійснює оперативно-розшукову діяльність, дізнання чи досудове слідство (на думку автора статті, слід додати «погодженого з прокурором»); б) для розгляду подання суддя може затребувати для ознайомлення матеріали, якими обґрунтовується необхідність обмеження конституційних прав особи; в) розглянувши подання, суддя виносить постанову про: дачу дозволу, вказавши термін дії дозволу; відмову в застосуванні таких заходів; г) дані, одержані в результаті застосування зазначених заходів, долучаються до справи лише у разі, коли їх визнано доказами у справі (тоді до справи долучається і копія постанови судді про застосування заходів); д) матеріали провадження (оригінали подання і постанови судді) зберігаються у відповідного судді за правилами таємного діловодства.

На завершення розглянемо ще одне питання, де стикаються технічні та правові аспекти використання інформаційних технологій у кримінальному судочинстві. Йдеться про легітимність негласного застосування електронних засобів спостереження за поведінкою особи, яку направлено на стаціонарну судово-психіатричну експертизу. Чи не порушуються у цьому разі права людини, гарантовані ст. 28 Конституції України («Жодна людина без її вільної згоди не може бути піддана медичним, науковим чи іншим дослідям»).

З точки зору методики проведення судово-психіатричної експертизи застосування електронних систем спостереження треба вважати цілком допустимим і прогресивним. Фіксація автоматизованими інформаційно-візуальними системами дій «підекспертної» особи значно збільшує обсяг об'єктивних ознак, за якими діагностується наявність чи відсутність психічного захворювання. Але сам факт призначення слідчим стаціонарної судово-психіатричної експертизи на стадії попереднього розслідування без згоди обвинуваченої особи (ст. 205 КПК) з подальшим, за рішенням суду, примусовим лікуванням у психіатричному закладі знов-таки без згоди особи, яку визнано неосудною (ст. 419 КПК), безумовно не узгоджується зі ст. 28 Конституції України і Рекомендацією Асамблеї Ради Європи від 8 жовтня 1977 р. № 818.

У цій резолюції Асамблея рекомендувала Комітету міністрів Ради Європи звернути увагу урядів країн — учасниць РЄ на те, «щоб судові рішення не базувались лише на медичних висновках, а щоб пацієнтам з психічним захворюванням, як і іншим людям, було забезпечено повне право бути почутими судом».

Доки цього немає, пише відомий український експерт-психіатр В. Первомайський, при недосконалості закону і судово-психіатричної практики, у будь-якої особи, звинуваченої у вчиненні злочину, завжди є шанс всупереч її волі потрапити на стаціонарну судово-психіатричну експертизу, одержати висновок про неосудність і, не побувавши в суді, вирушити до психіатричної лікарні на примусове лікування»¹. Певний крок до підвищення ролі судового контролю за застосуванням медичних заходів процесуального примусу зроблено в проекті КПК України, підготовленому робочою групою Кабінету Міністрів України (1999 р.).

¹ Див.: *Первомайский В. Б.* Невменяемость. — К., 2000. — С. 175.

Але, на жаль, послідовно така позиція в проекті КПК не витримується. Якщо у статтях 124 і 226 проголошено виключне право суду (судді) вирішувати питання про призначення стаціонарної психіатричної експертизи, то в інших статтях цього ж проекту (наприклад, у п. 4 ст. 411, п. 5 ст. 414) право на призначення стаціонарної експертизи вже надається не тільки суду, а й дізнавачу та слідчому. Крім того, як і у чинному Законі, жодна стаття не передбачає право учасника кримінального процесу, до якого застосовують примусові заходи медичного характеру, бути присутнім і «почутим» у суді у разі категоричної незгоди (його особистої, захисника чи родичів) з призначенням стаціонарної психіатричної експертизи або з примусовим лікуванням у психіатричній лікарні.

Отже, легітимність використання доказової інформації, одержаної за допомогою сучасних електронних засобів, слід вважати однією з головних передумов інформатизації судочинства.

Надійшла до редколегії 10.10.01

*В. Шепітько, член-кореспондент
АПрН України*

Криміналістичні проблеми збирання доказів технічними засобами у кримінальному процесі

Криміналістична техніка — важливий розділ криміналістики, який виник у результаті впровадження досягнень природничих і технічних наук у практику боротьби зі злочинністю. Методи фізики, хімії, біології, медицини та інших галузей знань пристосовувалися для виявлення слідів злочину, одержання інформації з метою здійснення кримінального судочинства. Кримінальна, або поліцейська, техніка в ХІХ ст. заклала основу, фундамент криміналістики.

Науково-технічні засоби криміналістики — це такі прилади, пристрої і матеріали, які використовуються для збирання і дослідження доказів або створення умов, що ускладнюють учинення злочинів. Науково-технічні засоби можуть бути розділені

на такі групи: 1) прилади, інструменти, пристрої, взяті без змін із різних технічних і природничих наук; 2) спеціально пристосовані прилади, інструменти та інші технічні засоби для криміналістичних цілей; 3) спеціально розроблені прилади, інструменти, пристрої для цілей криміналістики.

Основними формами застосування криміналістичної техніки є: 1) використання науково-технічних засобів оперативними працівниками при проведенні оперативно-розшукових заходів; 2) застосування науково-технічних засобів слідчими при проведенні слідчих дій; 3) використання науково-технічних засобів спеціалістами та експертами в процесі відповідних досліджень; 4) застосування науково-технічних засобів учасниками судового розгляду. Виділення таких форм використання криміналістичної техніки пов'язано із суб'єктом, що її застосовує.

Криміналістична техніка розвивається за трьома основними напрямками: оперативно-слідча, науково-дослідницька, профілактична. Кожний з напрямків передбачає розробку не тільки відповідних приладів, пристроїв, інструментів, матеріалів, а й найбільш ефективних прийомів, методів використання науково-технічних засобів.

Найбільш складним напрямком є розвиток науково-дослідницької техніки. Така криміналістична техніка застосовується в основному в лабораторних умовах висококваліфікованими фахівцями. До науково-дослідницької техніки належить різне обладнання та апаратура, які дозволяють здійснювати дослідження в рентгенівських променях, застосовувати радіоактивні ізотопи, проводити люмінесцентний або спектральний аналіз та ін.

Використання криміналістичної техніки є допустимим, якщо не порушуються законні права та інтереси громадян, моральні та етичні вимоги. Засоби і методи криміналістики повинні мати наукову основу, бути науково обґрунтованими, базуватися на вивчених об'єктивних закономірностях. Тому не можуть використовуватися в доказуванні пристрої і прилади, засновані на не встановлених наукою явищах.

Застосування техніко-криміналістичних засобів і прийомів у боротьбі зі злочинністю визнається правомірним, якщо воно прямо передбачене законом (іншими нормативними актами), або рекомендоване законом, або не суперечить закону за своєю

сутністю. Найбільш загальні правові основи використання технічних засобів визначаються ст. 2 КПК, яка регламентує завдання кримінального судочинства. У ст. 22 КПК встановлено, що суд, прокурор, слідчий і особа, яка проводить дізнання, зобов'язані вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи. Для виконання таких завдань необхідно використовувати всі передбачені законом засоби, в тому числі технічні.]

У кримінально-процесуальному законодавстві відсутня спеціальна норма, що визначала б правові основи застосування криміналістичної техніки. У статтях 79, 85, 851, 852, 191, 194, 195 КПК перелічено окремі прийоми та засоби фіксації речових доказів, місця події та умови проведення інших слідчих дій. Ці норми дають можливість у необхідних випадках використовувати ті чи ті технічні засоби.

У літературі висловлювалася думка про необхідність перелічення в законі всіх науково-технічних засобів, прийомів і методів, що можуть бути використані при розслідуванні та розкритті злочинів. Це стосується в першу чергу нових науково-технічних засобів роботи з доказами, технічних засобів і прийомів, що можуть бути використані при проведенні слідчих дій. Водночас у законі неможливо передбачити всі прийоми і засоби роботи з доказами через їх постійне вдосконалення і відновлення. Залежно від особливостей конкретної обстановки місця події, специфіки проведення інших слідчих дій слідчий на свій розсуд, з урахуванням найбільшої раціональності обирає відповідні технічні засоби і прийоми. Отже, може йтися про ситуаційну обумовленість застосування науково-технічних засобів, технічних прийомів і методів.

Поповнення арсеналу науково-технічних засобів, що застосовуються у боротьбі зі злочинністю при здійсненні кримінально-процесуальної процедури, ставить на порядок денний питання про необхідність перевірки їх науковості, про заборону використання антинаукових та таких, що не відповідають принципу демократичності кримінального судочинства, прийомів.

При використанні технічних засобів необхідно процесуально оформити: 1) факт застосування технічних засобів і прийомів; 2) матеріали, одержані в результаті їх застосування.]

Слідчому надане право широко використовувати науково-технічні засоби у кримінальному процесі. При проведенні слід-

чих дій криміналістична техніка застосовується для вивчення і фіксації матеріальної обстановки злочину, виявлення, фіксації, вилучення і збереження доказів, їх попереднього дослідження і при підготовці об'єктів для експертизи.

Науково-технічні засоби можуть застосовуватися окремо або в комплектах. Спеціальні комплекти науково-технічних засобів розроблено у вигляді: слідчих валіз, слідчих портфелів, оперативних сумок та ін. Слідча валіза (слідчий портфель, слідча сумка) — це комплект техніко-криміналістичних та інших засобів (приладів, пристроїв, інструментів, матеріалів) для роботи з доказами під час проведення огляду та інших слідчих дій. На практиці слідчі набори бувають трьох типів: універсальні (призначені для вирішення різноманітних завдань), спеціалізовані (для роботи експерта-криміналіста, співробітника ДАІ, спеціаліста-вибухотехніка та ін.) і набори зі змінним вмістом (формується безпосередньо перед проведенням певної слідчої дії). Останнім часом нами розпочато розробку комплектів науково-технічних засобів вузької спрямованості: комплект пошукових засобів слідчого (набір-пошук), комплект науково-технічних засобів огляду місця дорожньо-транспортної події; комплект науково-технічних засобів для огляду місця пожежі (набір-пожежа); комплект науково-технічних засобів для огляду вибухових пристроїв і місця вибуху (набір-вибух); комплект науково-технічних засобів для роботи з мікрооб'єктами (набір-мікро); комплект науково-технічних засобів для роботи зі слідами рук (дактилоскопічний набір); комплект слідчого для огляду документів; оперативний одорологічний комплект.

Криміналістична техніка має велике значення в попередженні злочинів. Розробка спеціальних захисних науково-технічних засобів і методів попередження злочинності є завданням криміналістичної науки.

Технічні засоби профілактики розробляються на підставі вивчення та узагальнення слідчої, оперативно-розшукової та експертної практики, виявлення причин і умов, що сприяли вчиненню злочинів. Важливим є вивчення типових способів учинення певних видів злочинів з метою розробки науково-технічних засобів протидії злочинності.

Відмінність технічних засобів профілактики від інших криміналістичних засобів полягає в тому, що вони застосовуються

до виникнення злочинного діяння. Використання таких засобів і методів має превентивний характер. Вони перешкоджають вчиненню злочину або допомагають його виявленню.

Розвиток технічних засобів попередження злочинів має такі головні напрямки: 1) вдосконалення захисту документів від підробок (розробка бланків різних типів документів; запропонування певних реквізитів документів; нанесення спеціальних захисних сіток; застосування поліграфічних особливостей виготовлення документів; використання спеціальних захисних чорнил або відбитків печаток тощо); 2) розробка профілактичних приладів і пристроїв (наприклад, пристроїв охоронної сигналізації, електронних контролерів, приладів спостереження в нічний час, відеоспостереження важливих об'єктів, протиугінних автомобільних пристроїв різних конструкцій, хімічних засобів захисту та ін.).

До науково-технічних засобів попередження злочинів належать також засоби фіксації правопорушника на місці вчинення злочину. Це перш за все різного роду хімічні пастки — спеціальні хімічні сполуки, що використовуються в профілактичній і оперативно-розшуковій діяльності для штучного слідоутворення. Потрапляючи на об'єкт, деякі спецсполуки викликають появу яскраво забарвлених слідів, що погано змиваються, або люмінесценцію в ультрафіолетових променях.

Сучасний стан боротьби зі злочинністю характеризується необхідністю застосування спеціальної криміналістичної техніки і новітніх технологій. Тому важливе значення має створення у 1996 р. при Інституті вивчення проблем злочинності Академії правових наук України лабораторії «Використання сучасних досягнень науки і техніки у боротьбі зі злочинністю», яка покликана розробляти нові методи, науково-технічні засоби, інформаційні технології розкриття і розслідування злочинів.

Зараз лабораторія працює над удосконаленням системи для створення суб'єктивних портретів (зокрема, розробки комп'ютерного фоторобота).

Фоторобот комп'ютерний — найбільш сучасний засіб формування суб'єктивного портрета розшукуваної особи. Він являє собою використання комп'ютерної програми і засобів комп'ютерної графіки з метою побудови фотокомпозиційних портретів за словами очевидця (потерпілого). Сутність полягає в тому, що використовується база даних (фотографічних карток)

підоблікових (або інших) осіб. У процесі співбесіди з очевидцем за методикою словесного портрета в комп'ютер вводяться відповідні дані про ознаки зовнішності розшукуваної особи. Комп'ютер відшуковує певну групу подібності за внесеними даними (групу вибірки). Після цього очевидець вибирає осіб зі схожими, на його думку, ознаками. Комп'ютерна програма дозволяє змінювати певні елементи зовнішності, переміщати їх щодо частин портрета особи, зображувати особливі прикмети та ін. Надалі здійснюється комп'ютерне ретушування (рис. 1).

Інтерв'ювання очевидців (потерпілих), які брали участь у складанні комп'ютерного фоторобота, показує, що схожість суб'єктивного портрета з реальною розшукуваною особою становить 80–85%.

Переваги комп'ютерного фоторобота такі: 1) широкість бази даних; 2) режим автоматичного вибору групи подібності; 3) можливість зміни (перенесення) окремих елементів зовнішності з будь-якого портрета; 4) використання ресурсу комп'ютерної графіки і ретушування; 5) можливість масштабування складових елементів конкретного портрета; 6) кінцевий результат у вигляді фотозображення розшукуваної особи; 7) можливість виготовлення будь-якої (достатньої) кількості портретів — тиражування; 8) швидкість складання комп'ютерного фоторобота (30–40 хв.).

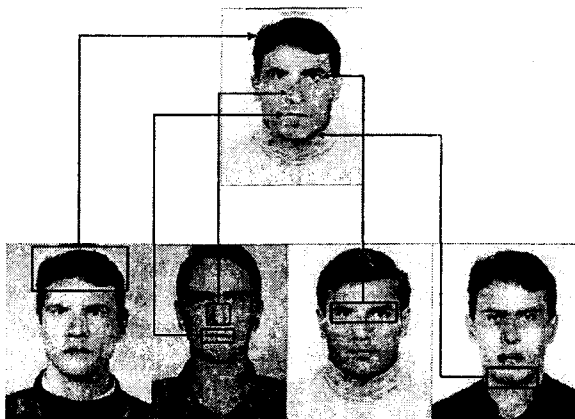


Рис. 1. Схема створення комп'ютерного фоторобота (у нижній частині — вихідні портрети)

Співробітники лабораторії розробляють технологію одержання об'єктивних характеристик нових ідентифікуючих ознак у процесі дослідження документів комп'ютерного друку. Зокрема, досліджуються паперові документи, фальсифіковані з використанням комп'ютерних технологій. Зважаючи на те, що в міру вдосконалювання техніки і програмного забезпечення удосконалюються і урізноманітнюються технологічні процеси, пов'язані з їх використанням, безупинно урізноманітнюються і вдосконалюються методи фальсифікації друкованої продукції. Зараз вивчаються технологічні процеси виготовлення друкованих документів з використанням комп'ютерної техніки, конкретно — з використанням матричних принтерів ударного способу дії. Матрична технологія друку сьогодні ще міцно займає свою нішу в таких сферах діяльності, як банківська, нотаріат, у малих офісах і скрізь, де потрібно виконувати друк швидко, без особливих вимог до якості паперу і кількості копій, що одночасно друкуються, до температурних умов процесу друку, гнучкості документа тощо. Ці друковані документи найчастіше малоформатні (від А4 до А8) і являють собою рахунки-фактури, накладні, акти, довідки. Завдання полягає у виявленні спільних і окремих ознак на документах, виконаних за допомогою матричних принтерів. Серед них виявлено такі:

— вплив конструктивних особливостей електромеханічної частини принтера, геометричних розмірів, ступеня зношування механізму (і в першу чергу друкуючих голок), люфта елементів кінематичної схеми руху головки, каретки;

— особливості дизайну використовуваного набору гліфів, що утворюють гарнітуру шрифту з постійно запам'ятовуючого пристрою (ПЗП) принтера, або завантажуються в його оперативному запам'ятовуючій пристрій (ОЗП) під час друку;

— особливості елементів електронного керування електромеханічною частиною та їх вплив на якість сформованого зображення друкованого символу в створюваному документі (друк рядка за один або декілька проходів, друк виконується тільки в момент руху друкуючої головки у прямому напрямку або й у зворотному, текстовий або графічний режим формування друкованого зображення);

— особливості алгоритму програмного керування процесом формування зображення як окремого гліфа друкованого символу, так і повного рядка друкованих символів документа (рядко-

вий або символний друк), використання постійно вмонтованого в ПЗП або завантажуваного в його ОЗП шрифту або точкового друку гліфа за допомогою спеціальних програм;

– особливості процесу перенесення зображення друкованого символу, з літероносія (літероформувача) на сприймаючий (паперовий) носій;

– особливості барвників (барвної стрічки), копівки, використуваної для перенесення зображення друкованого символу;

– особливості сприймаючого носія (паперу), якість його поверхні, товщина, наявність чутливого до удару чи іншого покриття тощо.

Всі ці складові певним чином беруть участь у формуванні ознак, виявлення яких і є метою дослідження експерта-криміналіста. Крім того, матричний принтер завжди має безліч індивідуальних (особливих) ознак, які в процесі експлуатації поступово змінюються внаслідок зношування механічних деталей, однак на інтервалі, як мінімум, декількох місяців експлуатації, досить стійкі. На рис. 2 зображено кінці голок (вертикальний стовпчик з 9 світлих плям) друкуючої голівки 9-голкового принтера Epson LX-1050. Це свідчить про відсутність однаковості у формі і геометричних розмірах кінців голок у топології їх розташування — відхилення вправо і вліво від вертикалі, значне зношування четвертої згори (більш темне зображення) голки. Ці та інші дефекти друкуючої голівки на момент друку породжують окремі ознаки конкретного друкуючого пристрою, які є стійкими досить тривалий час.

Дослідження документів, відрукованих на матричних 9-голкових принтерах ударного типу, показало, що різні фірми у своїх принтерах використовують різноманітні гліфи для відображення кирилических шрифтів конкретного виду, наприклад РІСА. У результаті дослідження ми дійшли висновку, що ці відмінності при порівнянні досліджуваного до-

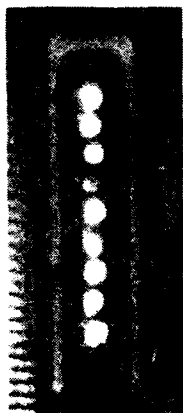


Рис. 2. Вид на закінчення голок друкуючої голівки 9-голкового принтера Epson LX-1050

кумента зі зразковим можуть бути: *значними*, коли гліфи істотно відрізняються у більшій частині символів шрифту, використаного в документі; *незначними*, коли відрізняються гліфи декількох символів, але відмінності ці легко помітні, наприклад, за наявності зарубок (серіфів) у окремих гліфів або значних відмінностей геометричних пропорцій, а також великої різниці в кількості точок, утворюючих рисунок гліфу; *малопомітними* — це найбільш складна ситуація. Цю групу ми поділяємо на такі підгрупи. Перша — ті, відмінність яких полягає, наприклад, у зміщенні однієї точки у гліфі символу на мінімальну відстань (наприклад, $1/120''$). Друга — це ті ситуації, коли розбіжність зображення гліфів полягає у відсутності (присутності) однієї точки серед десятка інших точок, розташованих відповідно до оригіналу. Третя — це горизонтальне зміщення на мінімальну відстань усього зображення символу. Всі ці відмінності (крім зміщення точки і горизонтального зміщення всього зображення символу) можна визначити візуально з використанням, наприклад, 4 кратної лупи. Зміщення точки та горизонтальне зміщення усього зображення символу можна визначити і виміряти його розмір тільки за допомогою прецизійного сканування документа та наступної обробки одержаного зображення у комп'ютері.

Співробітники лабораторії досліджують також проблему диференціації ідентифікаційних ознак мовного сигналу, заснованих на аналізі структурних характеристик елементарних сегментів.

Зазначимо, що в жодному із відомих на цей час методів розпізнавання мовних сигналів, принаймні, які доведено до рівня практичного застосування, не використовуються ні принципи аналізу структурних характеристик, ні елементарні сегменти як безпосередні об'єкти аналізу.

Щодо таких об'єктів, якими є елементарні сегменти, то вони у нашому розумінні є квантами мовлення, тобто найменшими функціонально неподільними частинами мовних сигналів, у яких зосереджено критично розподілену полімодальну інформацію про результат мовного акту (хто говорить, що говорить, як говорить). Визначення «критично розподілена» вказує на те, що зміна розміру ділянки мовного сигналу, яка безпосередньо аналізується (тобто порушення фізичних меж еле-

ментарного сегмента), неодмінно призводить до втрати інформації. Друга властивість елементарних сегментів, що надає їм перевагу як об'єктам безпосереднього дослідження, полягає в тому, що саме в них зосереджено найбільшу енергію мовного сигналу. Це забезпечує їм високу стійкість щодо впливу на них різноманітних акустичних та електричних перешкод, а разом з тим і високу стабільність їх параметрів. Третя властивість елементарних сегментів, що також надає їм перевагу як об'єктам безпосереднього дослідження, полягає в тому, що їх тривалість у часовому вимірі лежить у межах приблизно від 0,006 до 0,010 секунди, і в акті мовотворення елементарні сегменти є результатом дії механізму динамічного мовного стереотипу, в якому закріплено неповторний індивідуальний мовний рефлекс кожної людини. Завдяки тому, що їх тривалість у часовому вимірі є дуже короткою, мовець у певних фазах мовотворення не може сумлінно впливати на їх формування, а отже, і не може сумлінно їх спотворювати.

Наявність елементарних сегментів притаманна тільки вокалізованим звукам мови, зокрема голосним звукам. Залежно від індивідуальних особливостей мовця і темпу мовлення кількість елементарних сегментів на ділянках голосних звуків може змінюватися в досить широких межах, наприклад, від 4 до 50. Але в звичайному «нормальному» мовленні їх кількість на ділянці кожного звука становить у середньому 15–20.

У результаті проведених досліджень ще на попередніх етапах роботи було розроблено методіку визначення на кожному елементарному сегменті 60 структурних характеристик (елементарних ознак), які вже на тих етапах уможлилювали проведення ідентифікаційних фоноскопичних експертиз за умов додержання вимоги порівнянності апаратів звукозапису, на яких було зафіксовано спірні та експериментальні зразки мовлення. З часом було знайдено систему певних правил та дій, які й складають власне основу принципово нової методіки проведення ідентифікаційного фоноскопичного дослідження зашумленого, спотвореного та обмеженого за своїм обсягом мовного матеріалу.

Надійшла до редколегії 10.09.01

В. Корж, доцент кафедри
криміналістики Національного
університету внутрішніх справ

Криміналістична характеристика способів формування організованих злочинних утворень у сфері економічної діяльності

Особливістю економічної організованої злочинності сучасного періоду є встановлення нею контролю над значною частиною економічного потенціалу і фінансовими ресурсами України, істотне розширення діапазону кримінальних видів діяльності організованих груп, організацій, спільнот. Соціально-кримінальні утворення сьогодення на відміну від «цеховиків» 70-х років і псевдокооператорів 80-х років ХХ ст. зазнають еволюційних змін у процесі свого формування, функціонування і розвитку. На наш погляд, процес формування організованих груп, злочинних організацій, спільнот на сучасному етапі розвитку деякою мірою є стандартним. Вихідним етапом, першоосновою процесу самоорганізації (формування) соціально-кримінальної спільноти людей є чітке визначення цілей і завдань, що ставляться «перед організаційною структурою і визначають характер її діяльності; потребу в ресурсах (цільовий підхід) і визначення функцій (функціональний підхід)»¹.

Серед комплексу загальноорганізаційних цілей можна виділити три, притаманні будь-якій структурі в процесі її формування і розвитку. По-перше, це цілі-завдання, плани; по-друге — цілі-орієнтири, коли загальні інтереси учасників реалізуються через організаційні, такі, що відповідають властивості організації; по-третє — цілі-системи рівноваги, стабільності, цілісності, встановлені керівництвом і необхідні для функціонування структури². Слід зазначити, що викладені організаційні цілі допустимі при формуванні й організованих злочинних ут-

¹ Мильнер Б. З., Евенко Л. И., Рапорт В. С. Принципы формирования состава подразделений аппарата управления и механизма взаимодействия между ними // Сборник трудов ВНИИ СИ. — М., 1978. — № 7. — С. 22.

² Див.: Российская социологическая энциклопедия / Под ред. Г. В. Осипова. — М., 1992. — С. 607.

ворень у сфері економіки. У той же час можна виділити специфічні цілі, притаманні злочинним колективам корисливо-господарської спрямованості. Люди, які самоорганізуються в злочинні колективи, мають на меті одержання незаконних доходів та їх легалізацію. У зв'язку з цим вважаємо, що закономірними для формування організованих злочинних утворень є: сумісність особистих цілей кожного учасника з цілями колективу; можливість досягнення цих цілей шляхом вчинення економічних злочинів; забезпечення ефективної та безпечної легалізації незаконних прибутків.

Водночас можна зазначити, що вказані цілі є загальними для організованих груп, злочинних організацій, спільнот на стадії їх формування. В міру становлення, подальшого розвитку організованих злочинних утворень можуть виникнути й інші цілі. Зокрема, це проникнення в політичні інститути, окремі галузі промисловості, засоби масової інформації, міжнародний бізнес.

Проблема дослідження засобів формування (створення) організованих злочинних утворень у сфері економіки має певне наукове і практичне значення. У криміналістиці способи формування організованих кримінальних структур та закономірності, притаманні організованим злочинним утворенням, специфіці їх функціонування, вперше досліджували М. Яблоков і В. Куліков¹. Вони виділяють три способи формування організованих злочинних утворень: 1) ситуативно-вольовий; 2) функціонально-договірний; 3) формально-виробничий.

Оперативні дані та матеріали слідчої практики свідчать про наявність п'яти способів формування (створення) організованих злочинних утворень у сфері економіки, зокрема: формально-виробничого, управлінсько-вольового, нелегітимно-виробничого, функціонально-договірного і ситуативно-вольового.

Формально-виробничий спосіб. Організовані групи створюються в структурі господарських підприємств, фінансових установ, владно-управлінських органів, офіційної підприємницької діяльності незалежно від форм власності з метою одержання незаконних прибутків шляхом вчинення розкрадань,

¹ Див.: Основы борьбы с организованной преступностью / Под ред. В. С. Овчинского, В. В. Эминова, Н. П. Яблокова. – М., 1996. – С. 239–246.

фінансового шахрайства, економічної контрабанди та інших господарських злочинів. До складу зазначених груп входять: посадові особи промислових підприємств, галузей; центральних, регіональних органів; банківських установ («білокомірцева» злочинність); підприємці. Члени таких кримінальних колективів зв'язані поміж собою та з керівництвом групи надмірним корисливим прагненням, тобто одержанням незаконних капіталів. До основних закономірностей, що сприяють утворенню цих груп, можна віднести такі: спільність особистих цілей членів кримінальних колективів з цілями групи; їх психологічна, соціально-культурна, професійна сумісність; матеріальні, інтелектуальні, службово-посадові, організаторські можливості організатора («боса», «патрона») групи; взаємоузгодженість дій, помислів членів кримінального колективу, їх попереднє об'єднання для цілеспрямованої планомірної злочинної діяльності під прикриттям офіційного підприємства, комерційного банку, фірми; наявність подвійних функцій у посадових осіб (офіційних і кримінальних) та ін.

За даними наших досліджень, кожне шосте організоване злочинне утворення корисливо-господарської спрямованості було створено на базі промислових підприємств, а кожне четверте — у структурі кредитно-фінансових установ. Органами внутрішніх справ у 2000 р. відповідно до офіційної статистики виявлено і розкрито 51,7 тис. злочинів в економічній діяльності. З них кожний третій злочин — це організоване групове розкрадання шляхом зловживання службовим становищем, у тому числі кожний сьомий — розкрадання, вчинене в особливо великих розмірах¹.

Зокрема, спецпідрозділами по боротьбі з організованою злочинністю органів внутрішніх справ м. Києва було виявлено організовану групу з восьми осіб, які спеціалізувалися на придбанні приватизаційних сертифікатів громадян, використовуючи різноманітні протизаконні методи. Ця група була створена посадовими особами на базі трьох офіційно діючих акціонерних товариств. Посадові особи цих акціонерних товариств очолювали організовану групу. Вони незаконними способами

¹ Див.: Звіт перед українським народом: про оперативно-службову діяльність органів внутрішніх справ України у 2000 році // Іменем Закону. — 2001. — № 4. — С. 1, 3, 6.

придбали 25 тис. приватизаційних сертифікатів громадян України, на які викупили майно київського державного підприємства за заниженими цінами¹.

На наш погляд, зазначений спосіб закономірний для формування організовано-корумпованих злочинних груп у складі посадових осіб владно-управлінських органів. Як свідчать оперативні дані, матеріали слідчої практики, результати наших досліджень, кожна четверта організована група була сформована на базі владно-управлінських органів. Корумповані посадові особи безпосередньо або завуальовано: а) беруть участь у створенні фіктивних фірм з метою акумуляції значних грошових коштів, перетворення їх на готівку з подальшою конвертацією; б) сприяють вказаним фірмам організаційно або ресурсами; в) докладають зусиль до адміністративного протегування комерційних структур кримінальної орієнтації для участі у конкурсах, аукціонах, приватизації майна державних підприємств (наприклад, приватизація Миколаївського глиноземного заводу, Запорізького алюмінієвого комбінату та ін.); г) сприяють кримінально-комерційним структурам в одержанні кредитів, пільг та інших переваг; г) лобіюють зміни, доповнення до законодавчих актів, рішення уряду або безпосередньо готують законопроекти, інші акти в інтересах корупційних структур корисливо-господарської орієнтації; д) протидіють контрольно-наглядним, правоохоронним органам. Слід погодитися з В. Лунеєвим у тому, що «ядро цієї інституційної організовано-корумпованої злочинності складають злочинні спільноти бюрократії, яка використовує у своїх цілях державні і суспільні інститути»². Їх злочинна діяльність старанно законспірована і латентна, прикрита або депутатською недоторканністю, або високою посадовою недосязністю.

Управлінсько-вольовий спосіб закономірний для організованих злочинних утворень, котрі формуються ніби «зверху», в тому числі і тоді, «коли вихідним пунктом становлення і розвитку є не відокремлена група, а керівний центр, який надалі лише «обростає» підпорядкованими йому структурами»³.

¹ Див.: Звіт Головного управління МВС України в м. Києві перед мешканцями столиці // Іменем Закону. – 2001. – № 1. – С. 1.

² Лунеєв В. В. Правовое регулирование общественных отношений — важный фактор предупреждения организованной и коррупционной преступности. — М., 2000. — С. 4.

³ Основы борьбы с организованной преступностью. — С. 254.

Гадаємо, що спосіб формування «зверху», «із центру» характерний для організованих злочинних утворень у сфері фінансової, банківської, інвестиційної діяльності в тих випадках, коли урядом, іншими відомствами приймаються необґрунтовані рішення, що створюють сприятливі умови для організованої злочинної діяльності. Зокрема, на підставі декретів Кабінету Міністрів України від 17 березня 1993 р. № 23–93 «Про довірчі товариства» і від 10 травня 1993 р. № 47–93 «Про страхування» в Україні значно розширилася підприємницька діяльність довірчих, страхових та інших небанківських фінансових установ. Зазначені декрети надавали широкі права страховим компаніям, довірчим товариствам в одержанні готівкових грошових коштів, у тому числі іноземної валюти, в необмеженій кількості. В умовах відсутності державного контролю з боку Фонду державного майна, Міністерства фінансів і Національного банку України ці нормативні акти сприяли створенню і активної діяльності організованих злочинних утворень у системі довірчих, страхових товариств та інших небанківських фінансових установ. За даними правоохоронних і судових органів, із 4861 офіційно зареєстрованих страхових (довірчих) товариств кожне третє мало кримінальну спрямованість¹, тобто, по суті, являло організоване злочинне утворення. Зокрема, в ході розслідування злочинної діяльності закритого акціонерного товариства недержавного пенсійного фонду «Оберіг» була встановлена мета його створення — одержання шляхом обману вкладників їх заощаджень для особистого збагачення. У справі виявлено понад 200 тис. обманутих вкладників. Цей фонд, по суті, був організованою злочинною організацією. В її складі — керівний центр у м. Харкові; 31 структурний підрозділ у 22 областях України². Аналогічним способом були створені організовані злочинні утворення у сфері приватних інвестицій: у м. Тернополі — «Український будинок селенгу», його члени шляхом обману залучили 806 тис. довіртелів, у яких вилучили та привласнили багатомільйонні суми, котрі використали в корисливих цілях; у м. Харкові — обласна

¹ Див.: Узагальнення Верховного Суду України від 31 січня 1997 р. «Про практику розгляду судами кримінальних справ, пов'язаних з діяльністю довірчих, страхових товариств та комерційних банків // Архів Верховного Суду України.

² Див.: Кримінальна справа слідчого управління МВС України в Харківській області.

національна страхова компанія «Оранта»; у м. Миколаєві — страхова компанія «Кобра-Юг-Сервіс»; у м. Києві — трастова компанія «Шуліка» і багато інших¹.

Як свідчать статистичні дані правоохоронних органів, організовані групи шахраїв, які працюють за принципом «піраміди», шляхом обману залучили 4 млн вкладників і привласнили їх грошові заощадження на суму 24,6 трлн крб. (у цінах до грошової реформи), із котрих 10,5 трильйонів крб. були проконвертовані у іноземну валюту та перераховані на рахунки іноземних банків².

На наш погляд, зазначеним способом були сформовані організовані злочинні утворення при деяких комерційних банках. Зокрема, це конвертаційні центри, що утворюються з метою забезпечення клієнтам банків системи безпечного і ефективного переведення безготівкових грошових коштів у готівку з подальшою їх конвертацією та перерахування на рахунки зарубіжних банків. Це перший рівень злочинної організації. Організує, керує та координує злочинну діяльність у сфері фінансів керівна верхівка комерційних банків. У її складі, як правило, засновники комерційних банків, керівництво, члени правління банку, корумповані посадові особи відповідного відділення Нацбанку України, які здійснюють контроль над діяльністю комерційних банків, та ін.

Другий рівень злочинної організації, тобто основний її структурний підрозділ, — це конвертаційні центри, в яких чітко розмежовані обов'язки керівника, організатора, менеджера, диспетчера-координатора і виконавців низових ланок³.

Третій рівень злочинної організації — фірми-конвертанти, тобто фіктивні фірми, утворені за кримінальною технологією менеджерів конвертаційних центрів.

Четвертий рівень злочинного утворення — постійні клієнти комерційних банків, які прагнуть оперативно перевести безготівкові грошові кошти в готівку та конвертувати їх у валюту. Так, тільки в 1998 р. за даними Державної податкової адміністрації України, було виявлено та розкрито діяльність 14 таких центрів,

¹ Див.: Узагальнення Верховного Суду України. — С. 8.

² Див.: Там само. — С. 1.

³ Савченко О. Особливості боротьби з податковою злочинністю в сучасних умовах: актуальні пропозиції // Право України. — 2000. — № 10. — С. 80.

через які проводили незаконні фінансово-господарські операції фіктивні фірми, спеціально створені для переведення безготівкових грошових коштів у готівку.

Отже, за зазначеною кримінальною технологією комерційні банки під прикриттям конвертаційних центрів забезпечували своїм клієнтам безпечне та ефективне кримінальне переведення безготівкових грошових коштів у готівку з подальшою конвертацією. За даними Державної податкової адміністрації України (ДПА), податковою міліцією і підрозділами СБУ було виявлено понад тисячу підприємств різних форм власності, у тому числі державної, на рахунках яких акумулювалися значні фінансові кошти. Згодом керівники підприємств перераховували ці кошти на рахунки фіктивних фірм для здійснення кримінальної технології переведення безготівки у готівку, а потім — в іноземну валюту з перерахуванням у банки офшорних зон. Як свідчать статистичні дані ДПА, в 1998 р. було створено понад 2,7 тис. таких псевдофірм, у тому числі 479 — у Києві, 304 — у Дніпропетровську¹. Конвертаційні центри, створені при комерційних банках, були виявлені спеціальними підрозділами по боротьбі з організованою злочинністю СБ України, крім Києва і Дніпропетровська, також у Харкові, Одесі, Сумах та інших регіонах України. В 2000 р. правоохоронні органи м. Києва виявили 26 конвертаційних центрів і 103 фіктивних підприємства, які перевели безготівку в готівку та проконвертували 5,7 млн грн. суб'єктам підприємницької діяльності різних форм власності². Як свідчать результати наших досліджень, кожна четверта злочинна група створювала псевдопідприємницькі структури для прикриття своєї кримінальної діяльності.

Нелегітимно-виробничий спосіб формування організованих злочинних утворень пов'язаний з тіншовим бізнесом, а в більш широкому аспекті — з тіншовою економікою. В економічній літературі наводяться різноманітні визначення тіншової економіки: «чорна», «підпільна», «сіра економіка», «четвертий сектор», «паралельний обіг» і т. под. В українській та російській науковій літературі під тіншовою економікою розуміють

¹ Див.: Довідка ГУ ПМ ДПА України. — К., 1998.

² Див.: Звіт Головного управління МВС України в м. Києві перед мешканцями столиці. — С. 1.

приховану, підпільну, неофіційну, невраховану економічну діяльність¹.

Аналізуючи різні підходи економістів, кримінологів до цього явища, вважаємо, що правильно визначає тіньову економіку А. Ларьков. Він її розуміє як підпільну (приховану від обліку, банківського і податкового контролю) економічну діяльність, пов'язану з вчиненням правопорушуючих виробничих, посередницьких, збутових, торгових і обмінних операцій, корисливих угод, спрямованих на неправомірну наживу, а також вчиненням посягань на власність, свободу економічної діяльності та інтереси служби в комерційних організаціях, які використовуються з метою одержання незаконних прибутків, накопичення капіталу, його економічної та політичної експансії². За деякими експертними оцінками обсяг тіньової економіки в Україні перевищує половину внутрішнього валового продукту і становить 60–70 %.

Тіньова економіка проникла в різноманітні галузі промисловості, аграрний сектор, сфери виробництва і розподілу, послуг і споживання. Вона створює сприятливу обстановку для формування організованих злочинних утворень у паливно-енергетичному комплексі, кредитно-фінансовій системі, сфері приватизації, зовнішньоекономічної діяльності, аграрному секторі, інших галузях промисловості (металургійної, алюмінієвої) і комерційних структурах. За даними проведених нами досліджень, кожне шосте організоване злочинне утворення було сформовано на базі тіньового виробництва. Слід зазначити, що, за даними органів внутрішніх справ України, в 2000 р. організованими групами вчинено 700 злочинів корисливо-господарської спрямованості, з них: у кредитно-фінансовій системі — 172, у тому числі 90 — у банківській сфері; 87 — у паливно-енергетичному комплексі; 15 — у вугільній промисловості; 24 — у нафтогазовій; 42 — в електроенергетиці; 45 — у сфері

¹ Див.: Глинский С. П. Причины усиления и специфика теневой экономики на этапе перехода России к рынку // Изучение организованной преступности. — М., 1997; Есипов В. М. Теневая экономика. — М., 1997; Горщак А. А., Дидоренко Э. А., Розовский Б. Г. Теневая экономика: опыт криминологического исследования. — Луганск, 1997; Попович В. М. Тіньова економіка: закономірності, механізм функціонування, методи оцінки. — К., 1996 та ін.

² Див.: Ларьков А. Н. Теневая экономика и меры борьбы с ней // Сб. Экономическая преступность. — М., 2000. — С. 6.

приватизації; 54 — в системі зовнішньоекономічної діяльності; 127 — у комерційних структурах¹.

Для організованих груп у кредитно-фінансовій сфері характерна цілеспрямована, організована злочинна діяльність, зокрема фінансове шахрайство, випуск і обіг цінних паперів, легалізація незаконних прибутків та ін. Члени організованих груп, як правило, перераховують тіньовий капітал, тобто незаконні прибутки, на банківські рахунки іноземних держав через фіктивні фірми. До числа поширених в останні роки способів легалізації незаконно одержаних прибутків у межах України слід віднести: неправомірне придбання акцій високорентабельних підприємств, інвестиції раніше незаконно вивезених валютних коштів в економіку, політичні інститути, засоби масової інформації України та ін.

Функціонально-договірний спосіб формування організованих злочинних утворень² має місце тоді, коли організатори організованого злочинного утворення заздалегідь визначають об'єкти і цілі злочинних посягань і планують створення злочинної групи для виконання поставлених цілей і завдань. У зв'язку з цим вони підбирають членів групи на основі їх кримінальної, фахової спеціалізації з урахуванням майбутніх кримінальних функцій і можливостей кожного учасника. Функціонально-договірний спосіб характерний для створення організованих груп, які займаються: виготовленням і збутом підроблених грошей або цінних паперів (фальшивомонетництво), випуском і обігом цінних паперів (емісія), економічною контрабандою, випуском і реалізацією недоброякісної продукції та іншими злочинами корисливо-господарської спрямованості. Водночас слід зазначити, що, за результатами наших досліджень, майже кожна десята організована група сформувалася у структурі споживчих ринків. Зокрема, співробітниками УСБУ в Закарпатській області було виявлено організовану групу, яка протягом 1999—2000 рр. завезла в Україну понад тисячу контрабандних іноземних автомобілів на суму десятків мільйонів доларів. Ця група була створена в Ровенській області. До її складу входили фахові водії, автомехан-

¹ Див.: Звіт перед українським народом: про оперативно-службову діяльність органів внутрішніх справ України у 2000 році. — С. 3.

² Див.: Основи боротьби с організованою преступностью. — С. 255.

іки, корумповані працівники Острозького відділення ДАІ, митних органів¹.

Для організованих груп, створених з метою незаконного ввозу та наступної реалізації техніки, товарів, предметів, що користуються попитом у споживачів, тобто контрабанди, характерна вузька спеціалізація. Одні з них спеціалізуються на контрабанді тютюнових виробів; другі — на незаконному вивезенні металів, у тому числі кольорових; треті — на нафтоматеріалах. Як свідчать матеріали практики, організовані злочинні групи планують кримінальні технології вчинення економічної контрабанди на базі як офіційного, так і кримінального підприємництва. Зокрема, на споживчому ринку є організовані групи, які спеціалізуються на оптовій та роздрібній торгівлі. Поміж членами цих груп чітко розподілені рольові функції: вивчення попиту, кон'юнктури ринку; встановлення кримінальних зв'язків з постачальниками; контрабандне доставляння товарів до місця призначення; забезпечення безпеки зазначеного кримінального обігу за допомогою корумпованих працівників митних, податкових органів і міліції та реалізації контрабандного товару оптом або в роздріб.

Ситуативно-вольовий спосіб формування організованих злочинних утворень у сфері економіки² притаманний організованим злочинним групам корисливо-насильницької і корисливо-господарської орієнтацій. До складу цих злочинних утворень входять: а) особи з кримінальним минулим, які мають схильність до злочинної діяльності, «ділові» контакти зі злочинним світом; б) підприємці, в тому числі представники колишньої номенклатури, працівники правоохоронних органів, торгових установ тощо. Закономірним для створення зазначених груп є те, що їх учасники мають різний соціальний статус. Це посадові особи державних підприємств, працівники торгівлі, міліції, особи, раніше засуджені за корисливо-господарські злочини. Вони, як правило, беруть на себе певні організаційні функції і у подальшому створюють організовану злочинну групу, метою якої є злочинний бізнес і одержання незаконних прибутків і надприбутків. Як свідчать матеріали оперативних і

¹ Див.: Галас Я. Ровенские аферисты ввезли в Украину более тысячи контрабандных иномарок на десятки миллионов долларов // Факты. — 2001. — 21 янв. — С. 24.

² Див.: Основы борьбы с организованной преступностью. — С. 255.

слідчих органів, одні організовані групи можуть бути створені ситуативно-вольовим засобом та одночасно вчиняти в рамках своєї злочинної діяльності відразу декілька базових злочинів, насамперед вимагання, фінансове шахрайство, майнові та інші злочинів. Деякі організовані групи здійснюють контрольні функції, тобто контролюють фінансово-господарську діяльність комерційних структур. Водночас окремі організовані групи використовують фіктивне підприємництво для прикриття кримінальної діяльності або забезпечення підприємцям кримінального переведення великих сум безготівкових грошових коштів у готівку та їх конвертації в іноземну валюту.

У 2000 р. спеціальні підрозділи по боротьбі з організованою злочинністю органів внутрішніх справ України виявили 194 суб'єкти підприємницької діяльності, які були підконтрольні організованим злочинним групам, у тому числі 119 таких, що займалися легалізацією незаконних капіталів¹.

Криміналістичний аналіз способів формування (створення, виникнення) організованих злочинних утворень у сфері економіки дозволяє виділити низку притаманних їм закономірностей. Серед основних, на наш погляд, слід визначити:

– спільність цілей у членів організованого злочинного утворення на створення кримінальної структури з метою одержання незаконних прибутків і надприбутків;

– попереднє об'єднання учасників групи для взаємопогодженої, цілеспрямованої злочинної діяльності;

– соціально-кримінальну, професійну та психофізичну сумісність учасників кримінальної діяльності при формуванні (створенні, виникненні) організованих злочинних утворень;

– типологічні особливості організатора, керівника організованого злочинного утворення, зокрема, його заповзятливість, службово-посадові можливості, організаторські здібності, інтелектуальний, кримінальний авторитет та ін.;

– корисливо-господарську спрямованість організованої злочинної діяльності;

– офіційну або тіньову підприємницьку діяльність юридичних осіб незалежно від форм власності. Псевдопідприємництво

¹ Див.: Звіт перед українським народом: про оперативно-службову діяльність органів внутрішніх справ України у 2000 році. – С. 3.

во — першооснова процесу формування більшості організованих злочинних утворень у сфері економіки.

Крім зазначених способів формування організованих злочинних утворень, можна відмітити й прийоми втягування осіб у кримінальну діяльність. Вивчення слідчої та судової практики дозволяє визначити два шляхи втягування осіб в організовану злочинну діяльність. Перший — за особистою ініціативою суб'єкта; другий шлях пов'язаний із застосуванням організаторами груп різних прийомів. Зокрема, це компрометація, шантаж, використання тяжкого матеріального становища особи; умисне створення умов, які б сприяли виникненню у особи тяжкого матеріального становища або труднощів у роботі.

Зазначені прийоми втягування осіб в організовану злочинну діяльність обираються організатором злочинного утворення залежно від обстановки, з урахуванням професійних, психологічних якостей залучуваних осіб.

Надійшла до редколегії 15.06.01

*В. Сінчук, заступник прокурора
Харківської області*

Криміналістична характеристика в дії (з практики розслідування кримінальної справи)

Рівень розкриття та ефективність розслідування тяжких злочинів, насамперед тих, що вчинені в умовах неочевидності, значною мірою залежать від впровадження у діяльність слідчих органів науково-методичних рекомендацій, розроблених криміналістикою. В першу чергу йдеться про системи тактичних прийомів, тактичні операції та комбінації, типові слідчі ситуації, криміналістичні характеристики окремих видів злочинів тощо. Значущість останньої категорії слід розглядати у двох аспектах: теоретичному і практичному. З погляду теорії криміналістична характеристика являє собою інформаційну основу формування методик розслідування окремих видів злочинів. Практичне призначення криміналістичної характеристики полягає в тому, що вона є робочим інструментом слідчого, який

він може використати у процесі розслідування конкретного злочину на підставі порівняння одержаних відомостей з тими типовими, що відображені у криміналістичній характеристиці і притаманні саме цьому виду злочинної діяльності. При цьому не треба перебільшувати її значущість, оскільки криміналістична характеристика — це не панацея, не остаточна відповідь на всі невіршені питання, а лише один із засобів у розпорядженні слідчого, який надає йому можливість відшукати в ситуаціях невизначеності та відсутності інформації найбільш вірогідні шляхи збирання доказів.

Гене́за та сучасний стан криміналістичної характеристики як наукової категорії та як інструменту розслідування свідчать про суттєве відставання розробок щодо останнього. Якщо теоретичні засади в цілому розроблено¹, а саме сформульовано поняття, визначено зміст деяких елементів, обґрунтовано функціональне призначення, то стосовно створення робочого інструментарію розслідування практично нічого не здійснено². Більш того, саме відсутність серйозних розробок щодо впровадження криміналістичної характеристики у практичну діяльність слідчих органів дає підстави деяким вченим взагалі ставити питання про доцільність існування цієї категорії³. Зберегти для науки криміналістики цю категорію, надати їй нового імпульсу можливо за рахунок створення її практичної частини. І це дійсно проблема сьогодення, розв'язання якої, на нашу думку, насамперед пов'язане з вирішенням як мінімум двох питань. По-перше, криміналістичну характеристику окремих видів злочинів має бути представлено у вигляді інформаційної моделі, в якій на статистичному рівні відображено кореляційні залежності між її елементами і на їх підставі визначено типові версії щодо можливих суб'єктів злочинів. По-друге, треба розробити рекомендації щодо використання відомостей, відображених у криміналістичній характеристиці у процесі розкриття конкретного злочину. При цьому слід враховувати, що використання

¹ Див.: Колесниченко А. Н., Коновалова В. Е. Криминалистическая характеристика преступлений. — Х., 1985 та ін.

² Див.: Бахін В., Лук'янчиков Б. Склад і призначення криміналістичної характеристики злочинів // Правничий часопис Донецького університету. — 2000. — № 1 (4). — С. 39–43.

³ Див.: Белкин Р. С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. — М., 2001. — С. 223.

даних криміналістичної характеристики у практичній діяльності можливе двома шляхами. Перший шлях пов'язаний з тим, що до криміналістичної характеристики звертаються безпосередньо на початку розслідування і на її підставі будують версії та визначають послідовність слідчих дій. Другий передбачає необхідність звернення до криміналістичної характеристики в разі отримання негативних результатів у ході проведення початкових слідчих дій. Останній вважаємо таким, що заслуговує на увагу, оскільки природно спочатку застосовується найбільш простий алгоритм дій, і лише тоді, коли результату не досягнуто, звертаються до більш ускладненого. Крім того, побудова конкретних слідчих версій на підставі відомостей, що містяться у криміналістичній характеристиці, достатньо складний в інтелектуальному плані процес, який потребує скрупульозного вивчення матеріалів справи та їх зіставлення з типовими даними.

Зазначений варіант використання відомостей, що містяться у криміналістичній характеристиці, було застосовано слідчими органами прокуратури Харківської області у процесі розкриття та розслідування умисного вбивства. Так, 4 лютого 2001 р. до прокуратури надійшло повідомлення, що у квартирі № 4 будинку № 3 по вул. Соїча в селищі Малинівка Чугуївського району Харківської області знайдено труп громадянки Ж., 1926 року народження. У ході огляду місця події було встановлено, що смерть настала вночі від численних колото-різаних ножових поранень (14 ран щілоноподібної форми) в передню поверхню живота. Стосовно потерпілої було отримано таку інформацію: у цю місцевість переїхала недавно, мешкала самотньо, близьких родичів не мала, останнім часом займалася виготовленням та реалізацією спиртних напоїв домашнього виробництва. Також було встановлено, що з квартири зникли тільки запаси спиртних напоїв домашнього виробництва та деякі частини самогонного апарата, виготовлені з кольорового металу. З огляду на отримані відомості були висунуті такі слідчі версії:

1) вбивство вчинено мешканцями селища Малинівка або інших населених пунктів, що знаходяться поблизу, в тому числі й неповнолітніми на ґрунті особистих неприязних стосунків, що виникли раптово, або з користі.

2) вбивство вчинено раніше засудженими чи особами із числа кримінально-злочинних елементів в момент придбання спиртних напоїв або з користі;

3) вбивство вчинено особами з числа родичів або близьких на підґрунті особистих неприязних стосунків або з користі.

Зазначені версії відпрацьовувалися паралельно, для чого було залучено значні сили співробітників прокуратури та МВС, але позитивних результатів так і не було одержано. Для прискорення розв'язання ситуації, що склалася, було вирішено звернутися до типових версій у справах про вбивства, розроблених Л. Відоновим¹. Головна мета, якої намагалися досягти слідчі органи, полягала у максимальній конкретизації кола осіб, найбільш вірогідно причетних до вчинення такого роду вбивств. Пошук необхідної інформації відбувався за схемою «жертва — обставини — злочинець». Вихідні відомості щодо справи, яка розслідувалася, зосереджені у таблиці під номером 14 з умовною позначкою МЗСЗ (26—84). Враховуючи особу потерпілої, з числа версій щодо можливого злочинця було вилучені ті, що пов'язані з родичами та близькими знайомими — чоловік, коханець, син, пасинок, дочка, зять, коханець дочки, племінник, онук, наречена сина тощо. З усіх відомостей особливу увагу було звернено на такі групи: а) сусіди або знайомі тих осіб, яких знала потерпіла; б) незнайомі. Щодо першої категорії осіб, то вони характеризувалися такими показниками: стать — чоловіча, вік — 15—23 роки (7,7%), 23—46 років (4,2%), 30—52 роки (5,4%); стать — жіноча, вік — 26—58 років (4,6%); мешкали — за місцем вчинення вбивства або в декількох десятках метрів від нього (знайомі осіб, яких знала потерпіла, мешкали на відстані одного кілометра від місця злочину); мотив у чоловіків — помста за образу або відмову виконати прохання чи вимогу, аморальна поведінка, користь, сексуальна спонука; мотив у жінок — ревності, користь. Молодшій групі чоловіків також притаманними були і такі риси, як пияцтво, антигромадська поведінка, наявність судимості за крадіжку або хуліганські дії. Стосовно незнайомих у криміналістичній характеристиці були такі відомості: стать — чоловіча, вік — 15—23 роки, мешкають — 10—12 км від місця вчинення злочину або без постійного місця проживання, мотив — користь, сексуальне домагання.

Аналіз зазначених відомостей та їх порівняння з інформацією, що була отримана в ході розслідування вбивства громадянки Ж., дозволив окреслити такий соціально-психологічний портрет ймовірного злочинця. Це чоловік, віком від 15 до 25

¹ Див.: *Видонов Л. Г.* Типовые версии по делам об убийствах. — М., 1978.

років, мешкає неподалік від вчинення вбивства, схильний до пияцтва, характеризується аморальною поведінкою, має судимість за крадіжку або хуліганські дії, мотивом є помста за образу або відмову виконати прохання чи вимогу.

Отримана інформація дозволила сконцентрувати увагу саме на цій категорії осіб і ще раз більш ретельно здійснити їх перевірку. В процесі проведення оперативно-слідчих дій особливу увагу було звернуто на громадянина Ю., 1983 року народження, учня ПТУ № 53, раніше засудженого Чугуївським районним судом за крадіжку (ст. 81 ч. 3 КК України), який мешкав у сусідньому під'їзді того ж самого будинку, де вчинено вбивство. Його спосіб життя, особливості поведінки повністю збігалися з типовим портретом ймовірного злочинця. Результати перевірки алібі, а також проведених обшуку (було вилучено запасні частини від самогонного апарата, одяг з плямами, схожими на кров) та криміналістичних експертиз дали підстави на його арешт. В подальшому слідством було доведено, що Ю. вчинив вбивство громадянки Ж. на ґрунті того, що остання відмовила йому відпустити спиртні напої у борг, ображала його і виганяла з квартири¹.

Отже, використання узагальнених даних про раніше розслідувані вбивства, відображені у криміналістичній характеристиці, дали можливість успішно розкрити та розслідувати тяжкий злочин. Безперечно, ми повною мірою розуміємо, що далеко не завжди відомості криміналістичної характеристики збігаються з даними конкретного акту розслідування, оскільки злочин як явище індивідуальне може і не мати аналогів у минулому. Можна також стверджувати, що одного прикладу ще недостатньо для того, щоб робити висновки стосовно рівня репрезентативності отриманих результатів. Але й один приклад розкриття такого важкого злочину, як вбивство, вартий того, щоб ця проблематика стояла на порядку денному криміналістичних досліджень.

Надійшла до редколегії 20.07.01

¹ За матеріалами слідчого управління прокуратури Харківської області, справа № 51010006.

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

Л. Шупілов, аспірант НЮА України

Про деякі питання теорії народовладдя

«Уряд народу, для народу, керований народом»

А. Лінкольн

Проголошення Основним Законом держави верховенства влади народу в сучасних конституційних реаліях потребує новітнього теоретичного осмислення такого значущого явища, яким є народовладдя. За багатократної вживаності цього поняття в радянському державознавстві воно зазвичай ототожнювалося з соціалістичною демократією (зміст якої вважався невідривним від «диктатури пролетаріату» та «провідної ролі робітничої партії»¹), де народ розумівся як «класи та прошарки суспільства, які борються за торжество нового суспільного ладу — соціалізму і комунізму»². Пострадянські вчені неодноразово застосовують термін «народовладдя». Коли воно потрапляє в сферу їх досліджень, тоді воно часто-густо ототожнюється з народним суверенітетом³, демократією⁴ тощо. Як цілісне поле дослідження народовладдя тільки починає здобувати визнання⁵.

¹ Див.: *Еремін Ю. Е.* Классы и демократия. — М., 1974.

² Див.: *Безуглов А. А.* Суверенитет советского народа. — М., 1975. — С. 34.

³ Див.: *Волянська Г. М.* Народний суверенітет та форми його реалізації в Україні: конституційно-правові аспекти: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1995. — С. 4.

⁴ Див.: *Малько А. В.* Теория государства и права в вопросах и ответах. — М., 1999. — С. 59.

⁵ Див.: *Дмитриев Ю. А.* Концепция народовластия в современной России (государственно-правовые проблемы теории и практики): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1994; *Колодій А., Копейчиков В., Цвік М.* Народовладдя як основа представницької демократії // Українське право. 1995. — № 3 — С. 14—23; *Цвік М. В.* Взаємодія законодавчої, виконавчої гілок влади та референдуму в системі народовладдя // Вісник Академії правових наук України. — 1995. — № 6. — С. 31; *Мамут Л. С.* Народ в правовом государстве. — М., 1999.

Такий стан речей, звичайно, не може задовольняти. Необхідним здається визначення меж народовладдя, його місця відносно інших систем, дослідження шляхів здійснення влади народу всім механізмом держави.

Ab initio. Вже згідно з етимологічним походженням народовладдя являє собою **владу**, яка за визначенням є «способом здійснення впливу, підпорядкування, спонукання відповідно до фактичного балансу сил»¹ та складається з трьох взаємозалежних елементів: суб'єкта, об'єкта, владних відносин. Характеристикою народовладдя є діалектичний збіг суб'єкта і об'єкта (владарюючого і підвладного) в одній категорії — «народ». Зрештою Є. Ватт зазначає: «Влада в усіх її формах є лише там, де члени співтовариства інтегровані в одне завдяки певній активності, що залежить від їх різноманітних ролей»². Збіг владарюючого і підвладного має місце лише за такого режиму влади, де народ є не тільки полем аспірацій відстороненої влади, а й сам уособлює, має та здійснює цю владу. Такий збіг проявляється як на особистісному, так і на інституційному рівнях. Кожен громадянин держави — особа не лише підвладна, а й така, що має право брати (в ідеалі — бере) участь у формуванні структур влади, контролі за їх діяльністю, яка може бути ініціатором їх реформування, розпуску, брати участь у прийнятті рішень в межах інститутів безпосередньої демократії. Жоден громадянин, незалежно від того, займає він високі шаблі в політичній системі або державному апараті чи ні, не виступає лише як владарюючий чи як підвладний, — в кінцевому рахунку кожен є часткою народу, а тому, забезпечуючи загальні народні інтереси (яку б він суспільну роль не виконував), на рівні діалектичних зв'язків забезпечує й свої окремі. Подібною характеристикою наділені й конкретні інститути³ влади — кожен з них виступає в певному відношенні як суб'єкт, а в іншому — як об'єкт влади.

Така двозначна суб'єктно-об'єктність народу логічно пов'язана з поглядом на «націю як на **співгромадянство**, як на сукупність громадян, що демократично керують своєю державою і мають рівні права»⁴. Подібне розуміння подає нам Преамбула

¹ Философия власти / Под ред. В. М. Ильина. — М., 1993. — С. 12.

² Watt E. D. Authority. — L. Canberra, 1982. — P. 105.

³ Див.: Черданцев А. Ф. Теория государства и права. — М., 1999. — С. 75.

⁴ Вишнеvский А. Г. Единая и неделимая // Полис. — 1994. — С. 28.

Конституції України: Український народ — громадяни України всіх національностей. Розгляд народу як державно-правової категорії дозволяє говорити про народ як субстанцію держави, в тому сенсі, який зазначав Гегель: «Наука про державу є уявлення тієї організації, якою володіє народ як усередині себе стає живе органічне ціле»¹. Народ, який трансформується в державу, став унаслідок цього загальною організацією, або, що те ж саме, державно-організованим суспільством².

Стаття 5 чинної Конституції розглядає народ як носія суверенітету і єдине джерело влади в Україні. Не зважаючи на різне тлумачення категорії народу первісна іманентність йому влади визнається абсолютною більшістю сучасних політико-правових концепцій (виняток становлять хіба ортодоксальні теократичні доктрини), та є установчою ознакою демократичного режиму. Такий винятковий статус народу як єдиного джерела влади є передумовою його буття як суверена (носія суверенітету). Народ, утворюючи державу, тобто постаючи як державно-організований народ, стає ніби бі-сувереном: з одного боку, «державна є суверенною доти, доки вона володіє основним комплексом суверенних прав і спроможна висловлювати волю народу»³, а з іншого — саме тому держава повинна висловлювати волю народу, що державний суверенітет є похідним від суверенітету народу, як «якісної властивості й здатності народу бути верховним і повновладним у вирішенні питань внутрішньої та зовнішньої політики держави...»⁴ Виходячи з попередньо зазначеного бачення ставлення народу до держави як субстанції до форми (а за Я. Магазінером: «Державна є ніщо інше як владноорганізований народ»⁴), народний суверенітет виступає основою державного суверенітету, а державний суверенітет — механізмом його реалізації. Отже, співвідношення між народним суверенітетом і народовладдям таке, що народний суверенітет являє

¹ Гегель Г. В. Ф. Философская пропедевтика // Работы разных лет. — М., 1982. — Т. 2. — С. 203.

² Див.: Мамут Л. С. Народ в правовом государстве. — М., 1999. — С. 34—35.

³ Див.: Михалева Н. А., Рахлевский В. А. Государственное устройство России // Государственное право Российской Федерации / Под ред. акад. О. Л. Куцафина. — М., 1994. — Т. 2. — С. 9.

⁴ Магазинер Я. М. Общее учение о государстве. — 2-е изд. — Пг., 1922. — С. 107.

собою необхідну якісну характеристику (властивість і здатність) народу, завдяки якій стає можливим здійснення народовладдя.

Розглядаючи зв'язок народовладдя і демократії, можна погодитися з поглядом, що демократія досі лишається єдиною адекватною формою здійснення народовладдя. Зрештою, народовладдя є фундаментальним принципом системи демократії, а всі інші необхідні ознаки цього політико-правового явища якраз і спрямовані на «організацію і здійснення державної (політичної) влади народу»¹. За правової організації суспільства народовладдя стає суттю держави, а демократія — її внутрішньою формою.

Попри універсальний вплив народовладдя на суспільство можна констатувати такі його базові функції: установчу, контрольну, державно-організуючу.

Установча функція проявляється в суверенному праві народу встановлювати та скасовувати Конституцію, а отже, й регламентувати організацію і діяльність гілок влади, відповідно до чого й здійснюється їх легалізація. За сторону установчої функції можна визнати виборчу діяльність. Така діяльність зумовлена тим, що політична (державна) влада потребує свого здійснення на постійній та професійній основі. Через те народ фактично не в змозі виконувати владу, яка йому належить. Тому постає об'єктивна потреба, щоб «народ робив через своїх представників усе те, чого він не може зробити сам» (Ш.-Л. Монтеск'є). За допомогою виборчої функції здійснюються делегування, передача на певний строк (а водночас і легітимізація) влади — від одного суб'єкта — народу, іншому суб'єкту — державі.

Контрольна функція полягає у поінформованості народу щодо здійснення делегованої влади та здатності її переделегування у разі втрати легітимності діючої державної влади.

Зазначені функції характерні як для прямої, так і для представницької форми здійснення народовладдя. В теорії та практиці конституційного права відомі різні шляхи встановлення, зміни та скасування Конституції: безпосередньо народом, парламентом, а також іншими, спеціально створеними для цього інститутами. За допомогою виборчої діяльності народ визначає

¹ *Ткаченко В. Д.* Демократія: політичні і правові ознаки // *X Харківські політологічні читання «Формування суспільної політики: теоретичний, практичний та правовий аспекти»*. — *X.*, 2000. — С. 26.

суб'єктний склад органів первинного народного представництва — Верховної Ради і Президента. Але в процесі своєї діяльності ці інституції також використовують делеговане народом право і формують органи вторинного представництва, які спрямовують свою діяльність на вирішення спеціальних завдань здійснення влади народу (Уряд, суди тощо). Вказані аспекти стосуються й контрольної функції народовладдя: її втілення можливе безпосередньо народом (можливість проведення референдуму за ініціативою громадян, всенародні обговорення, інститут звернень і т. д.; не меншим індикатором рівня легітимності існуючої влади є вибори), але діяльність таких державних органів, як Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Конституційний Суд, які являють собою вторинне представництво, свідчить про реалізацію цієї функції й в умовах представницької форми здійснення народовладдя.

Державно-організуюча функція являє собою спрямованість діяльності державного апарату (винятком є законодавча діяльність, суб'єктом якої може бути й безпосередньо народ) на здійснення народовладдя в країні. Як уже зазначалося, легітимована шляхом виборів влада парламенту та Президента створює систему вторинного представництва. Використовуючи конституційно закріплені положення про поділ влади, можна виділити такі підфункції:

Законодавча — здійснюється народом безпосередньо або через загальнонаціональний представницький орган з метою вираження його інтересів і державної волі, втілюючи її в законах та інших актах законодавства.

Виконавча — здійснення народом через органи первинного і вторинного представництва діяльності, спрямованої на виконання законів та забезпечення життєдіяльності суспільства.

Судова — здійснення народом через органи вторинного представництва діяльності, спрямованої на захист прав і свобод народу і громадянина, вирішення конфліктних питань, що виникають у процесі розвитку, як суспільства так й індивіда.

Вище ми зазначали про наявність двох форм здійснення народовладдя, критерієм відокремлення яких є безпосередність участі народу у владних відносинах, їх поділу на пряму та представницьку. Перша з них передбачає «пряме, безпосереднє волевиявлення асоціації індивідів, які є суб'єктами влади, з основ-

них питань життєдіяльності цієї асоціації. Апарату влади ... відведено здебільшого роль організатора волевиявлення і гаранта реалізації загальної волі. На підставі загального волевиявлення апарат влади приймає рішення в порядку конкретизації і забезпечення (охорони) громадської волі. Представницька демократія, навпаки, передбачає прийняття основних рішень повноважними зборами громадських (народних) представників (депутатів, делегатів), що обираються суб'єктом влади. Асоціація (суспільство, організація) зберігає функції впливу та контролю за діяльністю представницької установи»¹.

І. Старостіна² виділяє такі ознаки прямої форми народовладдя: безпосереднє волевиявлення, обов'язковість та остаточність рішень, що приймаються. Остання ознака не може бути застосована до випадків, коли поруч з імперативними інститутами народовладдя (загальнодержавні вибори, імперативний референдум) ураховуються й дорадчі (всенародні обговорення, консультативний референдум). Критеріями вирішення тут постають спрямованість волевиявлення і правовий механізм здійснення такого волевиявлення. Імперативні інститути (як матеріальні) доповнюються дорадчими (як процесуальними) — в цьому їх взаємозв'язок.

На користь виокремлення всенародних обговорень як інституту прямої форми здійснення народовладдя в конституційному полі України вказують нескасованість республіканського закону про народні обговорення, а також евентуальне регулювання чинною Конституцією: ст. 3 (закріплення народного суверенітету), ст. 34 (право на вільне вираження та поширення власних поглядів), ст. 38 (право брати участь в управлінні державними справами), ст. 40 (право на звернення), ст. 69 (необмежена кількість форм безпосередньої демократії).

Щодо представницької форми здійснення народовладдя дискусійним залишається питання віднесення до цієї категорії інституту президентства, а так само дворівневої (первинний і вторинний) структури народного представництва.

¹ Марксистско-ленинская общая теория государства и права. — М., 1972. — Т. 1. — С. 316.

² Див.: Старостіна І. А. Всенародные обсуждения: правовые возможности и практика // Вестн. Моск. ун-та. — Сер. 11. Право. — 1998. — № 3. — С. 50.

Такі вчені, як В. Вишняков¹, С. Головатий² та ін., зокрема, посиляючись на главу II Декларації про державний суверенітет України («Від імені народу України може виступати виключно Верховна Рада України»), вказують на існування єдиного вищого представницького органу народу — парламенту.

Посилання на Декларацію вважаємо недоречними. З одного боку, на момент прийняття цього документа Україна була парламентською республікою, а з іншого — якби український парламент змінив назву з Верховної Ради України на іншу, то він тоді, напевно, не міг би виступати від імені народу України.

На наш погляд, на користь розгляду інституту президентства як різновиду народного представництва свідчить визнання держави формою субстанційного буття народу (тут принагідно згадати, як давні римляни окреслювали поняття «республіка»). Раніше вже зазначалося про похідність державного суверенітету від народного. Обрання безпосередньо народом як парламенту, так і Президента (йдеться лише про президентські та змішані республіки: не може бути мови про представницький дуалізм, де президент обирається парламентом країни) визначає момент делегування владних повноважень від верховного суб'єкта влади — народу до конкретних уповноважених структур. Народ таким чином делегує свої суверенні права державним організаціям, щоби ті від його імені та в його інтересах реалізовували цю передану владу — здійснювали представництво.

В умовах конституційного закріплення положень про поділ влади кожен загальнонародно обраний орган має свою компетенцію та відповідні повноваження (визначені в Основному Законі, який приймає, знову ж таки, сам народ, або від його імені спеціальний представницький орган (парламент, конституанта тощо).

Питання судової гілки влади переводить нас у площину вторинного представництва. Народ безпосередньо суддів не обирає, але за нього це здійснюють органи первинного представництва, реалізуючи таким чином делеговане народом суверенне право. Це стосується й інших інститутів вторинного представництва. Мож-

¹ Див.: Вишняков В. Конституции стран-членов СНГ: система государственной власти и местного самоуправления // Государство и право. — 1994. — № 5. — С. 39.

² Головатий С. Виступ // Перший світовий конгрес українських юристів, 18–23 жовтня 1992 р. — К., 1994. — С. 46.

на сказати, що це є квазіпредставництво, представництво, опосередковане попереднім представництвом. Саме момент цієї опосередкованості, коли первинний орган, отримавши владу безпосередньо від народу, частково переделегує її окремим державним структурам, є характерною рисою вторинного народного представництва.

На закінчення не можна не згадати про інші фактори, які значною мірою впливають на стан народовладдя в державі. Це перш за все рівень правової та політичної свідомості населення. Важко уявити, щоб державний службовець, свідомість якого обмежується уявленням залежності свого професійного росту від відданості корпоративним інтересам, Державі — «Левіафану», завтра відчує себе представником народу, зрозуміє, що він залежний від народу, що лише народ надасть йому можливість подальшої кар'єри.

А з іншого боку, потрібні великі зусилля, щоб народ нарешті позбавився багатовікового комплексу «не своєї» держави, від якої можна очікувати лише чергового утиску, а не гарантії своїх прав та інтересів. Необхідно подолати взаємне відчуження влади і народу, де одна сторона дбає про «безталанний» народ, а інша зневірена у будь-якій владі, навіть якщо її називають народною.

Відтак, необхідні інтенсивний розвиток громадянського суспільства, національних традицій самоврядування, пошук стимулів до розкриття духовних, політичних та економічних можливостей народу. Лише за таких якісних змін, коли народ дійсно усвідомлюватиме себе Народом, можна буде говорити про можливість переведення теоретичних засад народовладдя в сферу практичну.

Надійшла до редколегії 10.09.01

О. Рогач, аспірант Ужгородського національного університету

Кодифікаційні акти в правовій системі України: поняття, ознаки, властивості

Незважаючи на те, що в юридичній літературі багато уваги приділено кодифікаційній діяльності та кодифікаційним актам, слід відзначити, що ці питання досліджені неповністю.

Кодифікаційний акт є результатом кодифікації та визнається як звідний акт, що розроблений на основі перегляду чинного законодавства і регулює на єдиній підставі достатньо чітко визначену сферу суспільних відносин¹.

На нашу думку, таке поширене визначення поняття кодифікаційного акта є неточним, вірніше сказати, не до кінця точним. Викликає сумнів однозначне твердження, що кодифікаційний акт розробляється тільки на основі перегляду чинного законодавства. Не можна заперечувати визначальний характер цієї ознаки кодифікаційного акта, але необхідно розібратися: чи підходить вона для кожного конкретного кодифікаційного акта?

Якщо брати за аксіому обов'язковість згаданої ознаки, то виникне цілком логічне питання: чи є кодифікаційними нормативні акти, що приймаються на початковому етапі розвитку нової держави, або нормативні акти, що регулюють суспільні відносини, раніше не регламентовані законодавством? Зрозуміло, що при створенні таких нормативних актів перегляду чинного законодавства не було і не могло бути. Так, у ході проведення кодифікаційних робіт на теренах України в 1922 р. було прийнято Земельний кодекс УРСР. Він був створений на початковому етапі функціонування молоді радянської держави та регулював нові суспільні відносини, які склалися в результаті націоналізації землі, що потягло за собою докорінний перелом у характері земельних відносин та їх правовому регулюванні на цьому етапі порівняно з дореволюційним. Дослідження розробки Кодексу законів про працю УРСР, Кодексу законів про народну освіту, Положення про судоустрій в УРСР також дає підставу стверджувати, що прийняття цих актів не було пов'язано з переглядом законодавства. Всі вони містили багато нових, не відомих до того часу радянському праву норм. За своєю сутністю вони були кодифікаційними актами, тому що мали інші, властиві кодифікаційним актам ознаки.

Ми погоджуємось з думкою Т. Рахманіної, згідно з якою перегляд чинного законодавства не є обов'язковим при створенні тієї чи іншої правової системи, однак за наявності розвинутої

¹ Див.: Свод законов Советского государства: теоретические проблемы / Отв.ред. И. С. Самошенко. — М., — 1981. — С. 42.

системи законодавства він стає необхідним¹. Вважаємо, що перегляд чинного законодавства властивий процесу створення кодифікаційного акта, але не є, як уже зазначалося, визначальною ознакою кодифікаційного акта.

Які ж ознаки властиві кодифікаційним актам?

По-перше, кодифікаційний акт вносить істотні зміни в регулювання суспільних відносин на основі створення нового або переробки чи доопрацювання чинного законодавства. По-друге, кодифікаційний акт має всебічно вирішувати всі основні питання правового регулювання певної сфери суспільних відносин. По-третє, кодифікаційному акту властивий звідний характер, який, об'єднуючи значну кількість правових норм, вимагає не тільки їх систематизованого викладу, групування за правовими інститутами, а й виокремлення єдиних принципів, що є основою внутрішньої єдності цих норм, визначають їх взаємозв'язок і взаємозалежність, а також взаємообумовленість цього кодифікаційного акта з іншими актами цієї ж галузі. Кодифікаційний акт набуває характеру звідного в тому разі, якщо він зводить воедино нормативні приписи в масштабах цілої підсистеми горизонтальної структури законодавства — галузі, підгалузі, інституту, субінституту. Видання звідного закону, як стверджують С. Полєніна і Н. Сільченко, не просто дає поштовх для подальшої роботи щодо впорядкування та оновлення нормативного матеріалу, а й окреслює коло основних інститутів і субінститутів цього структурного утворення і ніби окреслює майбутні нормотворчі завдання². Саме за цією ознакою кодифікаційні акти відрізняють від актів поточної нормотворчості (поточного законодавства)³.

По-четверте, кодифікаційний акт характеризується логічною завершеністю, системністю, внутрішнім взаємозв'язком і погодженістю, стабільністю та динамізмом. По-п'яте, кодифікаційний акт як результат кодифікації повинен відповідати си-

¹ Див.: Рахманина Т. Н. Кодификационный акт в системе нормативных актов советского государства // Проблемы совершенствования советского государства: Труды ВНИИСЗ. — М., 1962. — Т. 1 — С. 21.

² Див.: Полєніна Н. В., Сільченко Н. В. Научные основы типологии нормативно-правовых актов в СССР. — М., 1987. — С. 103.

³ Див.: Научная сессия, посвященная теоретическим вопросам систематизации советского законодательства (Тезисы докладов и сообщений). — М., — 1961. — С. 13.

стемі права. Л. Явич відзначав: «Кодифікація законодавства буде тим досконалішою, чим вона більше відповідає чинній системі права»¹. Кодифікація зазвичай (на відміну від інкорпорації) базується на системі права, хоча повністю з нею може і не збігатися. Якщо система права в цілому носить об'єктивний характер, не залежить від волі законодавця і визначається предметом правового регулювання, то кодифікація законодавства іноді може порушувати цю об'єктивність і проводитися на підставі суб'єктивно обраного законодавцем класифікаційного критерію. Іншими словами, якщо система права виключає диференціацію, при якій правові норми однієї галузі (інституту) права опинилися в іншій, то при кодифікації групуються в єдиний комплекс правові норми різних галузей (інститутів) права. У зв'язку з цим кодифікація законодавства не може у всіх випадках повністю збігатися з системою права. Але можна упевнено сказати, що система права служить основою для кодифікації законодавства і кодифікаційних актів, що виступають зовнішньою формою вираження кодифікації, її результатом.

Поряд з наведеними ознаками, що характеризуються як внутрішні, можна виділити й зовнішні ознаки, властиві кодифікаційним актам, а саме: кодифікаційні акти мають містити найменування, яке вказує на вид цього конкретного акта (наприклад, кодекс, статут, положення і т. ін.); їм притаманна деяка структурна особливість, яка вбачається в чіткому розподілі функціонального призначення різних їх частин, серед яких виділяють Загальну і Особливу; кодифікаційні акти, як уже зазначалося, мають таку внутрішньою ознаку, як стабільність. Саме із останньої впливає зовнішня — тривалий період дії кодифікаційних актів; як правило, кодифікаційні акти затверджуються актом відповідного правотворчого органу (законом, наказом, постановою). Вважаємо за доцільне передбачити правило, згідно з яким нормативні акти кодифікаційного характеру повинні прийматися законодавчим органом або вищим органом виконавчої влади; момент набрання чинності кодифікаційним актом зазвичай визначається не в загальному порядку, передбаченому для актів даного органу, а шляхом встановлення конкретної дати, котра, як правило, достатньо віддалена від моменту прийняття самого кодифікаційного акта.

¹ Научная сессия, посвященная теоретическим вопросам систематизации советского законодательства (Тезисы докладов и сообщений). — С. 29.

Узагальнюючи наведені ознаки, можна виділити такі основні властивості кодифікаційних актів: 1) висока юридична цільність та внутрішня узгодженість; 2) стабільність; 3) врегулювання широкого кола суспільних відносин; 4) складна структурна побудова.

У правничій літературі розроблено поняття типології нормативно-правового акта¹. Це поняття означає встановлення залежностей між правовою силою акта, колом регламентованих ним відносин і специфікою норм права, що містяться в ньому. С. Поленина і Н. Сильченко вважають за доцільне розглядати всю сукупність кодифікаційних нормативних актів як своєрідний тип нормативних юридичних актів². Типологія кодифікаційних актів передбачає створення ідеальних типів (моделей) кодифікаційних актів. При цьому припускається, що всі нормативно-правові акти даного виду будуть максимально наближені до ідеального типу (моделі). Автори виділяють такі підтипи кодифікаційних актів:

1) основоположні кодифікаційні акти. Вони визначаються як такі, що мають підвищену юридичну силу не тільки стосовно нормативних актів поточної нормотворчості, а й усіх інших нормативних актів кодифікаційного типу. Такі акти посідають центральне місце в системі нормативних актів тієї чи іншої галузі законодавства, визначають у ній склад і структуру нормативних актів та виконують роль її активного центру. До основоположних кодифікаційних актів відносили Основи законодавства та загальносоюзні кодекси. Тобто, такий поділ характерний для федеративних держав;

2) просто кодифікаційні акти. Вони регулюють ту чи іншу підгалузь законодавства або декілька інститутів. Ці акти мають підвищену юридичну силу, однак тільки стосовно нормативних актів, що входять до структури тієї чи іншої підгалузі законодавства або декількох інститутів. До просто кодифікаційних актів автори відносять Кодекс торгового мореплавства СРСР та ін;

3) інші нормативні акти кодифікаційного типу. Вони регулюють суспільні відносини в рамках того чи іншого інститу-

¹ Див.: Рожкова Л. П. Принципы и методы типологии государства и права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Л., 1977; Сильченко Н. В. Кодификационные акты и их типы // Сов. государство и право. — 1980. — № 10. — С. 122—126; Поленина Н. В., Сильченко Н. В. Вказ. праця.

² Див.: Поленина Н. В., Сильченко Н. В. Вказ. праця. — С. 77—79.

ту. Їх загальна частина є незначною за обсягом і містить лише деякі загальні для правового інституту положення і конструкції. До цих актів належать Правила користування тепловою енергією, Положення про порядок розгляду трудових спорів¹.

Створення ідеального типу (моделі) кодифікаційного акта відіграє роль своєрідного зразка в прийнятті правотворчого рішення про наділення нормативно-правового акта відповідною юридичною силою, включення до нього норм права, їх змісту і специфіки, а також у виборі кола регламентованих ним суспільних відносин. Вважаємо, що створення ідеального типу (моделі) кодифікаційного акта сприятиме законодавцю у виборі відповідної форми кодифікаційного акта. При цьому законодавець не повинен керуватися суб'єктивними поглядами. Його рішення має бути точним і обґрунтованим. Форма нормативного акта мусить відповідати його змісту, і навпаки, як в точно юридичному, так і в філософському змісті. Прикладом невиправданого вибору форми кодифікаційного акта, на наш погляд, є прийняття вже за часів існування України як незалежної держави трьох нормативних актів, що мали назву: Основи законодавства України про культуру, Основи законодавства України про охорону здоров'я, Основи законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування. На нашу думку, вибір законодавцем такої форми (Основи) стався випадково, тому що за своєю юридичною природою Основи — це акт, який приймається в країнах з федеративним устроєм і визначає загальні принципи правового регулювання суспільних відносин, які перебувають у змішаній компетенції федеративного уряду і суб'єктів федерації. А оскільки Україна є унітарною державою, то й прийняття Основ законодавства буде суперечити змісту та юридичній природі цього нормативного акта.

Отже, вивчення природи кодифікаційних актів не втратило актуальності й зараз. На нашу думку, наукове обґрунтування поняття кодифікаційного акта, вивчення та визначення його ознак, властивостей сприятиме подальшому розвитку системи законодавства, підвищенню її стабільності та впорядкованості.

Надійшла до редколегії 01.07.01

¹ Див.: Поленина Н. В., Сильченко Н. В. Вказ. праця. — С. 78.

О. Олійник, аспірант
Харківського державного
педагогічного університету

Деякі питання становлення радянського трудового права

Радянське трудове право створювалося поступово і на певному правовому фундаменті. Воно базувалося на досвіді царської Росії та провідних буржуазних країн світу. Перші закони, що фіксували тривалість робочого дня, дозволяли діяльність профспілок і вводили деякі соціальні гарантії, з'явилися в Англії. Це було не випадково і пояснюється тим, що ця країна до середини ХІХ ст. була лідируючою промисловою державою і відповідно мала найбільш розвинутий і організований робітничий клас.

Щодо цього заслуговують на увагу прийняті в Англії у 1900, 1906, 1908 рр. законодавчі акти з трудового права. Відповідно до них робітникам дозволялося вимагати грошову допомогу при нещасних випадках, пенсії по старості, а починаючи з 1911 р., — оплату лікарняних¹. Закон 1911 р. узаконив, хоча і у досить обмеженій сфері, надання допомоги по безробіттю².

З кінця ХІХ ст. пальма промислової першості переходить до США. На відміну від Англії в США був відсутній добре організований робітничий і профспілковий рух. Трудове і соціальне законодавство розвивалося в основному шляхом укладання угод між робітниками і власниками окремих підприємств. Досить часто умови цих угод переглядалися під впливом страйків і пожвавлення економіки на користь поліпшення становища робітників. І, навпаки, в період криз надвиробництва і ускладнення економічної ситуації умови з робітниками переглядалися в бік ускладнення їх становища. Держава у США, на відміну від Англії, майже не втручалась у ці взаємовідносини. Це був час «дикого», або «чистого» капіталізму — періоду первісного нагромадження капіталу. Крім того, це пояснювалося тим, що в країні існувала англосаксонська система права, де основне джерело права —

¹ Див.: Черниловский З. М. Всеобщая история государства и права. — М., 1996. — С. 418.

² Див.: Там само. — С. 419.

прецедент. Відповідно трудове законодавство розвивалося як результат рішень судів з аналогічних проблем (прецедентів).

І все ж 3 вересня 1916 р. конгресом США було прийнято законодавчий акт Адамсона про введення 8-годинного робочого дня на приватних залізницях¹. З цього закону по суті розпочався період втручання держави у відносини між робітниками і підприємцями з метою їх регулювання. Це активізувало розвиток трудового законодавства в США. До 1918 р. 48-годинний робочий тиждень у цій країні було визнано у приватному порядку для 11–12% робітників промислових підприємств. Однак слід відзначити, що американське трудове законодавство продовжувало відставати від рівня передових європейських країн на 20–50 років аж до середини 30-х років².

Подібні закони або близькі до них було прийнято у Франції, Німеччині та в інших промислових державах світу. Вони не містили нічого принципово нового порівняно з трудовим законодавством Англії та США.

Разом з тим, на нашу думку, треба відзначити, що ці закони були недосконалі. Вони не передбачали гарантій їх виконання. Правлячі еліти й уряди погодилися на них не тільки тому, що цього все більш активно вимагали трудящі, але ще й тому, що трудове законодавство з різних причин порушувалося. Причому за невиконання норм трудового законодавства роботодавці, як правило, не притягалися до якої-небудь відповідальності.

Паралельно і досить активно розроблялися принципи і зміст трудового права в програмних документах соціалістичних партій, що входили спочатку до I, а потім і II Соціалістичного інтернаціоналу. Останні багато зробили для залучення робітників всього світу до боротьби за поліпшення свого соціального становища і прийняття для цього необхідного трудового законодавства.

У Російській імперії, як і в інших промислових державах того часу, не існувало кодифікованого законодавства про працю. Трудове право в Росії регулювалося окремими законами. Найбільш відомим з них був закон, прийнятий 2 червня 1897 р. Він обмежив тривалість робочого дня 11 1/2 годинами. По су-

¹ Див.: История США: В 5 т. – М., 1985. – Т. II. – С. 333.

² Див.: Там само. – С. 333.

ботах і напередодні свят його тривалість встановлювалась 10 годин¹.

Однак слід підкреслити, що цей закон встановлював **більш** тривалий робочий день, ніж той, що робітники домоглися на **санкт-петербурзьких** фабриках і заводах під час **масових** страйків у 1896 р. Він залишав лазівки, за допомогою яких підприємці могли збільшувати робочий день навіть порівняно зі встановленими в законі 11 1/2 годинами. Це пояснювалося **вимогами**, пов'язаними з технологією виробництва². У ньому **не** містилося обмеження понаднормових робіт. Навпаки, **передбачалося** право підприємців включати в договір найму умови, **що** зобов'язували робітників не відмовлятися від понаднормової роботи, яка «необхідна за технічними умовами виробництва». Поняття роботи, «необхідної за технічними умовами виробництва», могло тлумачитися досить широко. Не передбачалося відповідальності роботодавців за порушення тривалості робочого дня, встановленого цим законом³. Його норми діяли до Лютневої революції.

Були спроби також законодавчо обмежити експлуатацію праці дітей та підлітків, регламентувати дії роботодавців **щодо** застосування до робітників штрафних санкцій. Для нагляду за дотриманням фабричного законодавства було створено спеціальний державний орган — фабричну інспекцію, наділену відповідними правами⁴.

Нічого не зробив для законодавчого обмеження робочого дня і Тимчасовий уряд, що був створений після лютого 1917 р. Водночас на окремих підприємствах Петрограда 8-годинний робочий день було впроваджено явочним шляхом самими робітниками за підтримки профспілок⁵.

Отже, внесок дореволюційної Росії в розвиток трудового законодавства був не досить багатий, але він сприяв створенню по-справжньому справедливого і раціонального трудового пра-

¹ Див.: Пашерстник А. Е. К истории правового регулирования продолжительности рабочего дня в СССР // Вопросы советского государства и права (1917–1957). — М., 1957. — С. 391.

² Див.: Там само. — С. 391.

³ Див.: Там само. — С. 392.

⁴ Див.: Исаев И. А. История государства и права России: Полный курс лекций. — М., 1994. — С. 106.

⁵ Там само. — С. 107.

ва. Крім того, небажання царського і тимчасового урядів опікуватися розвитком трудового і соціального законодавства і стало однією з причин Жовтневої революції, що було, безумовно, позитивним фактом для подальшого не тільки вітчизняного, а й світового розвитку трудового права.

Після Жовтневої революції система регуляції трудових відносин ще не склалася. Відсутність спеціальних органів регулювання трудових відносин призвела до того, що з метою розв'язання трудових спорів трудящі зверталися до найближчого органу радянської влади, до місцевих рад. Тут спори розглядалися у відділах праці або відповідними комісіями, які створювалися профспілками¹.

Діяльність цих органів регулювання трудових відносин було спрямовано на втілення в життя радянського законодавства про працю, в першу чергу декретів про 8-годинний робочий день, соціальне страхування від безробіття або на випадок хвороби, біржу праці, постанови про перебудову страхових органів на засадах самоврядування. Позитивно оцінюючи перші радянські законодавчі акти про працю, слід враховувати їх багато в чому популістський характер.

Характерним було те, що і в РСФРР, і в УСРР після прийняття цих законів вони ще не могли застосовуватися в повному обсязі, тому що становище в радянській державі швидко змінювалось, вимагаючи не тільки декларативних законів, а й вказівок щодо їх практичного здійснення. Це було пов'язано з тим, що в країні політичні і економічні умови склалися так, що і після Жовтневої революції промислові підприємства продовжували залишатися в руках приватних осіб. Приступити до їх націоналізації з перших же днів існування радянської влади було досить складно. Керівництво правлячої більшовицької партії вважало, що спочатку потрібно обмежитися тільки націоналізацією банків і, встановивши контроль над ними, керувати через останні всіма іншими суб'єктами економіки. І тільки в процесі загострення класової боротьби воно прийшло до необхідності відібрати у буржуазії фабрики і заводи, націоналізувавши їх. Зрозуміло, що регулювати працю, коли підприємства знаходяться в руках приватних власників, це одне. Й зовсім інше — регулювати трудові відносини, коли підприємства знаходяться

¹ Історія держави і права України. — Х., 1996. — Ч. 2. — С. 118.

в руках держави, вимушеної до того ж безпосередньо вести боротьбу на фронтах громадянської війни, що залізним кільцем охопили радянську державу¹.

Однак, незважаючи на це, у профспілках та державних органах розпочалася робота по регулюванню трудових відносин. Одним з напрямків цієї діяльності була розробка необхідних тарифів. Цим займалися, як правило, профспілки, які розробляли тарифи, а державні органи з метою регулювання і контролю за трудовими відносинами затверджували їх². Тарифи вводилися в дію постановами уряду радянської держави та народним комісаріатом праці, а стосовно окремих підприємств — також місцевими радами. Разом з тим треба вказати, що вся робота над тарифами зводилася нанівець внаслідок швидкого знецінювання грошей.

В таких складних обставинах, за відсутності стимулювання більшовики все ж намагалися підняти робітників на боротьбу за підвищення продуктивності праці, зміцнення трудової дисципліни. Значного успіху це не принесло. Дуже важливою проблемою у більшості регіонів радянської держави, в тому числі і в Україні, було безробіття. У зв'язку з цим вже 30 грудня 1917 р. при Харківській міській думі було створено відділ праці, на який покладалися обов'язки ведення обліку безробітних та надання їм допомоги³.

У Донбасі ж, навпаки, гостро стояла протилежна проблема — забезпечення шахт і рудників робітниками, що пояснювалося надзвичайно тяжкими умовами праці шахтарів, які ще більше погіршилися під час війни та розрухи. Загальна трудова повинність, проголошена Декларацією прав трудящого та експлуатованого народу, починає впроваджуватися в життя. Це питання обговорювалося 15 січня 1918 р. на з'їзді рад та ревкомів Донбасу.

Першим декретом, що узагальнював практику регулювання трудових відносин, був Кодекс законів про працю, прийнятий ЦВК РСФРР 10 грудня 1918 р. Його зміст визначали принципи «соціалістичної» організації праці: а) загальний обов'язок всіх дорослих людей працювати та право на працю; б) обов'я-

¹ Див.: Шмидт В. В. Наше трудовое законодательство. — М., 1926. — С. 9–10.

² Див.: Там само. — С. 10.

³ Див.: Історія держави і права України. — Ч. 2. — С. 120.

зок виконувати встановлену міру праці та право на оплату праці; в) обов'язок дотримуватися дисципліни праці та радянських законів про працю; г) право на відпочинок та матеріальне забезпечення. Цей кодекс у зв'язку з укладенням договору про створення воєнно-політичного союзу від 1 червня 1919 р. між РСФРР, УСРР, БСРР було поширено й на Україну. Проте до цього кодексу довелося внести суттєві зміни, які впливали з політики воєнного комунізму. Так, у зв'язку з відсутністю достатніх матеріальних засобів для оплати праці було неможливо втілити в життя принцип особистої матеріальної зацікавленості в організації виробництва. У постанові наркомату праці УСРР «Про восьмигодинний робочий день» відзначалося, що до закінчення воєнних дій на підприємствах, які працюють на оборону, норми кодексу про обмеження тривалості понаднормових робіт та перерви в роботах можуть не виконуватися. Трудова повинність починає широко застосовуватись як засіб залучення всіх дорослих громадян до праці. Обов'язок усіх громадян працювати було зафіксовано в Конституції УСРР (ст. 28), прийнятій у березні 1919 р.¹

Поряд з трудовою повинністю значно поширилися трудові мобілізації, на основі яких здійснювався перерозподіл робочої сили між різними губерніями республіки. Особливо часто з лютого 1920 р. проводилися трудові мобілізації спеціалістів.

Незважаючи на все це, слід визнати, що КЗпП РСФРР 1918 р. був одним із найбільш передових правових актів у сфері праці в усьому світі і для свого часу великим кроком уперед у розвитку світового трудового законодавства і послужив основою для створення КЗпП РСФРР 1922 р. і прикладом для боротьби робітників усього світу за свої права. Тут отримали свій подальший розвиток такі питання трудового права, як введення 8-годинного робочого дня, встановлення норм праці та відпочинку. Велика роль у регулюванні оплати праці, найму, звільнення і відпочинку приділялася профспілкам².

Велике пропагандистське значення кодексу добре розуміло керівництво більшовицької партії. У другій програмі більшовицької партії, прийнятій на VIII з'їзді РКП(б) (1919 р.), під-

¹ Хрестоматія з історії держави і права України. У 2 т. – Т. 2. – Лютий 1917 р. – 1996 р. – К., 1997. – С. 145.

² Див.: Кодекс законів про працю УСРР від 15 листопада 1922 р. – Х., 1929. – С. 5.

креслювалося: «Радянська влада провела в законодавчому порядку соціальне забезпечення всіх трудящих, що не експлуатують чужу працю, від усіх видів втрати працездатності і вперше у світі — від безробіття, за рахунок наймачів і держави при повному самоуправлінні і за широкої участі професійних спілок»¹. З цієї ж програми випливає, що обставини, створені громадянською війною, заважали нормальному здійсненню шойно прийнятого трудового законодавства (зокрема кодексу 1918 р.), тому були неминучі деякі відступи від нього². У зв'язку з цим регулювання праці в 1919—1920 рр. в основному здійснювалося в межах Загального нормального положення про тарифи від 2 травня 1919 р. і прийнятого пізніше такого ж документа з подібною назвою від 17 червня 1920 р.³ Ці акти регулювали не тільки рівень заробітної плати, а й робочий день, час відпочинку, нормування праці, порядок прийому і звільнення, гарантії та компенсації при цьому⁴. З прийняттям Загального положення про тарифи 1920 р. кодекс 1918 р. фактично перестав застосовуватися.

У 1920 р. було видано Загальний декрет про трудову повинність⁵, а потім прийнято ще кілька декретів про трудову мобілізацію фахівців з окремих спеціальностей. В результаті їх реалізації всі кваліфіковані робітники були залучені до постійної роботи на державних підприємствах. Таким чином всі працівники промисловості й транспорту, а також державних установ були закріплені за певними місцями роботи без права їх самовільного залишення або переходу на інші підприємства чи в установи⁶.

Здійснення принципу загальної трудової повинності включало добровільні угоди, регулюючи умови праці на окремих підприємствах. Для всіх робітників і службовців закон був од-

¹ КПСС в резолюциях и решениях съездов, конференций и пленумов ЦК. — 9 изд., доп. и испр. — М., 1983. — С. 9.

² Див.: Волкова О. Н. История развития советского трудового законодательства — М., 1986. — С. 8.

³ Див.: Собрание узаконений и распоряжений рабоче-крестьянского правительства (далі — СУ РСФСР). — М., 1920. — № 61—62. — С. 276.

⁴ Див.: Волкова О. Н. Вказ. праця. — С. 8—9.

⁵ Див.: Декрет СНК РСФСР «О всеобщей трудовой повинности». — СУ РСФСР — 1920. — № 8. — С. 49.

⁶ Див.: Там само. — С. 49.

наковим і примусовим. Закріплені за певними робочими місцями робітники і службовці отримували винагороду за працю в тій формі і розмірах, в яких це могло бути надано їм державою в умовах громадянської війни¹.

В цей тяжкий і складний період радянської влади заробітна плата була майже повсюдно натуралізована і видавалася у вигляді продовольчих пайків, одягу, палива і т. ін. У першу чергу продовольчими пайками забезпечувалися робітники заводів і фабрик, які працювали на оборону та інші державні потреби. Для підприємств, що виконували особливо важливі державні завдання і працювали по-ударному, такі пайки, по можливості, могли бути дещо збільшені. Діяльність профспілок у цей період було спрямовано на підтримання трудової дисципліни на підприємствах і в установах, а також на здійснення контролю за правильною видачею пайків, одягу, палива і т. ін.

Незважаючи на суворі обмеження воєнного періоду, низкою урядових актів було передбачено заходи щодо заохочення за кращу працю, стимулювання зростання продуктивності праці. У зв'язку з цим було прийнято кілька нормативних актів: Декрет від 8 червня 1920 р. «Про преміювання праці»; «Тимчасове положення про натуральне преміювання» від 23 жовтня 1920 р. та ін.²

Загальне положення про тарифи 1920 р. посилює роль профспілок, наділивши їх широкими повноваженнями щодо регулювання в радянській державі трудових відносин. Як місцеві, так і центральні комітети профспілок могли впливати на вирішення різних питань виробничого життя підприємств: регулювання правил внутрішнього трудового розпорядку, встановлення рівня заробітної плати, преміювання і нормування тощо.

Аналіз трудового законодавства у радянській державі у 1917–1920 рр. дозволяє виділити в його розробці два періоди: 1) час прийняття декларативного законодавства (1917–1918 рр.) і 2) період застосування примусового законодавства (1918–1920 рр.). Його також часто називають періодом воєнного комунізму. Останній в комуністичній літературі характеризується як «система заходів, що викликані виключно скрутними умовами оборони країни і мали тимчасовий характер...»³.

¹ Див.: Шмидт В. В. Наше трудовое законодательство. – М., 1926. – С. 12.

² Див.: СУ РСФРР – 1920. – № 15. – С. 30.

³ История ВКП(б): Краткий курс. – М., 1945. – С. 219.

Отже, можна зробити висновок, що вітчизняний і особливо світовий досвід мав певне значення для розробки радянського трудового законодавства. По суті, більшовики зібрали все краще, що було в трудовому і соціальному законодавстві в розвинутих країнах, доповнили програмними вимогами I і II Соціалістичного Інтернаціоналу і розробили перший у світі Кодекс законів про працю РСФРР вже у 1918 р. Причому слід відзначити, що цей законодавчий акт значною мірою був більше декларативним і агітаційно-пропагандистським у зв'язку з труднощами, що виникли в радянській державі внаслідок громадянської війни.

Пояснювалося це тим, що більшовики, які прийшли до влади, весь час проголошували, що вони є партією в першу чергу робітничого класу, й намагались отримати від нього підтримку і розширити свою досить вузьку соціальну базу. Тому більшовицьке керівництво стало найбільш активним ініціатором створення КЗпП 1918 р. та прийняття інших законодавчих актів, які доповнювали його.

Надійшла до редколегії 15.10.01

Новий вітчизняний підручник з екологічного права в Україні

Новий підручник* з екологічного права України привертає увагу своєю академічністю і комплексністю. Фактично вийшов перший підручник з екологічного права, який повністю підготовлений відповідно до навчальної програми з екологічного права і охоплює всі теми курсу. Підручник дає можливість знайти відповіді на безліч питань, які подані стисло і чітко. За змістом розглянутих питань і відповідей на них видання наближається до науково-практичного коментаря чинного законодавства України і у певному розумінні є навчальною енциклопедією з екологічного права України.

Структура підручника є вдалою і гармонійною. В одній книзі поєднуються Загальна та Особлива частини. До складу Загальної частини включено теми, присвячені предмету, методу, джерелам, принципам та системі цієї галузі права. Заслугує на увагу ґрунтовний аналіз поняття та змісту екологічного права, його місця в системі права. Крім того, тут знайшли відображення принципові положення, що стосуються права власності на природні ресурси, права природокористування, правового забезпечення екологічної безпеки, економічного механізму в сфері екології, екологічних прав і обов'язків, відповідальності за порушення екологічного законодавства. Автори не обходять складних і дискусійних питань.

Зокрема, вдалим є аналіз міжнародно-правових актів як джерел екологічного права України, поняття та змісту управління природокористуванням та охороною довкілля, участі громадськості в зазначеній сфері управління. Заслугує на увагу і те, що автори підручника при дослідженні функцій управління в сфері природокористування та охорони довкілля об'єдну-

* Екологічне право України: Підручник для студентів юрид. вищ. закладів освіти / В. К. Попов, А. П. Гетьман, С. В. Разметаєв та ін.; За ред. В. К. Попова та А. П. Гетьмана. — Харків: Право, 2001. — 475 с.

ють їх в декілька окремих груп та аналізують відповідно до запропонованого поділу.

Грунтовним є висвітлення питань правового забезпечення екологічної безпеки та економіко-правового механізму природокористування і охорони довкілля. Як вважають автори підручника, забезпечення екологічно і технічно безпечних умов життєдіяльності суспільства віднесено до пріоритетних національних інтересів, оскільки нинішня екологічна ситуація в Україні характеризується як кризова. Особливістю екологічного стану в Україні є те, що екологічно гострі локальні ситуації ускладнюються регіональними кризами. Чорнобильська катастрофа з її тривалими медико-біологічними, економічними, екологічними та соціальними наслідками стала причиною виникнення в Україні цієї кризи.

Свого часу було здійснено спробу запровадити перехід від переважно адміністративних до економічних методів управління природоохоронною діяльністю. Але, як вважають автори підручника, практика підтвердила необхідність тісного поєднання адміністративних і економічних методів у цій сфері. Потреба в узгодженні економічних і екологічних інтересів сприяла усвідомленню необхідності доповнити механізм адміністративного регулювання екологічних відносин методами економічного впливу на діяльність, яка є екологічно ризикованою. Головним завданням впровадження економічних методів в управління природоохоронною діяльністю є: забезпечення еколого-економічної узгодженості між суспільними інтересами та інтересами окремих підприємств-природокористувачів; доповнення механізмів регулювання господарської діяльності економічними елементами стимулювання, спрямованими на досягнення певного рівня екологічної безпеки, та деякі інші.

Грунтовніше, ніж у попередніх навчальних виданнях, у рецензованому підручнику висвітлено питання Особливої частини, до якої входять теми, присвячені розкриттю специфіки окремих видів права природокористування. Цінним є те, що матеріал підручника тут викладено з широким застосуванням Конституції України і багатьох правових актів екологічного законодавства. Фактично вперше в навчальному виданні розглядаються сучасні питання міжнародно-правової охорони навколишнього середовища з урахуванням досвіду міжнародного екологічного права та міжнародного співробітництва в цій

сфері. Автори також приділили належну увагу питанням, пов'язаним з особливостями регулювання використання та охорони рекреаційних, курортних і лікувально-оздоровчих зон, правовим режимом надзвичайних екологічних ситуацій.

Рецензована праця заслуговує на високу оцінку, являє собою значний науковий і практичний інтерес для всіх, хто вивчає проблеми правового забезпечення охорони довкілля. Підручник буде корисним для студентів усіх юридичних вузів України, а також аспірантів, магістрантів, ад'юнктів, викладачів та ін. Скарбниця вітчизняної юридичної навчальної літератури поповнилася комплексним, фундаментальним виданням з екологічного права України.

В. Костицький, професор, директор НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, член-кореспондент АПрН України,

В. Паламарчук, доктор економічних наук, професор, головний науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

«Круглий стіл»

«Актуальні проблеми історії держави і права»

25 квітня 2001 р. на спільному засіданні кафедр історії держави і права України та зарубіжних країн, теорії держави і права, конституційного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, а також відділення теорії та історії держави і права АПрН України відбулося обговорення — «круглий стіл» на тему «Актуальні проблеми історії держави і права». У роботі «круглого столу» взяли участь і науковці деяких інших навчальних закладів України: Національного університету внутрішніх справ МВС України (Харків), Полтавського державного сільськогосподарського інституту, Львівського національного університету, Таврійського національного університету, Української академії банківської справи (Суми), Полтавського державного аграрного коледжу управління і права, Гуманітарного університету «ЗІДМУ» (Запоріжжя).

Відкриваючи засідання «круглого столу», член-кореспондент АПрН України, професор М. Страхов відзначив, що історико-правова наука за останні роки досягла значних успіхів. Однак і сьогодні існує багато проблем, що потребують свого детального дослідження та поглибленого вивчення. З огляду на нові наукові розробки, аналіз першоджерел, сучасні методологічні засади з'являється можливість дати об'єктивну оцінку багатьом історичним фактам, переглянути деякі застарілі правові концепції, знайти нові рішення актуальних проблем історії держави і права. Доповнюючи виступ М. Страхова, професор І. Сафронова підкреслила, що основну увагу дослідники історії держави і права України повинні приділити вивченню десятиріччя з 1991 р. до 2001 р. Слід рішуче покінчити з уявленням про те, що сучасний державно-правовий розвиток не може бути предметом такої науки, як історія держави і права.

У своєму виступі академік АПрН України, професор **М. Цвік** звернув увагу на суперечливу динаміку принципу поділу влади, що відбувається в світі за останні десятиріччя. Відомо, що його формування було пов'язано з проблемами подолання монархічного деспотизму, урівноваження різних соціальних угруповань, запобігання встановленню диктатури. На теренах колишнього СРСР поділ влади був необхідний і для звільнення від ілюзорної ідеї повновладдя представницьких органів, поєднання ними законодавства з виконанням законів. Історично склалися декілька моделей поділу влади — більш і менш жорсткі, дозволяючі чи забороняючі зайняття особою посад у різних гілках влади, забороняючі чи дозволяючі делегування повноважень від однієї гілки до іншої та ні. Але цей принцип завжди спрямований на запобігання узурпації влади будь-яким державним органом, захист демократії, забезпечення незалежності і відокремленості окремих гілок, їх урівноваження за допомогою системи стримувань і противаг, забезпечення їх співробітництва. Від цих принципів частково відступила Конституція Франції 1958 р., яка поставила президента як арбітра над окремими гілками влади, дала йому право розпуску нижньої палати парламенту, призначення голови Конституційної Ради, головування на засіданнях уряду, необмежене право переобрання на посаду президента та ін. Змішана форма правління породжує відхилення від рівноваги гілок влади на користь президента. В Україні не до кінця означено становище Президента в системі поділу влади. Будучи пов'язаним внаслідок системи стримувань і противаг з окремими гілками влади, Президент не може бути віднесений ні до однієї з них або визначений самостійною гілкою. Він поєднує широкі виконавчі повноваження з прерогативами глави держави. Неточним є означення Президента як гаранта Конституції, бо у разі його звернень до Конституційного Суду він виконує роль сторони у спорі, що виникає. Всі ці суперечності повинні бути усунуті в конституційному порядку, а сама теорія поділу влади потребує — задля забезпечення логічної стрункості — свого подальшого розвитку.

Значний інтерес у присутніх викликав виступ академіка АПрН України, професора **Ю. Тодики** («Проблеми тлумачення Конституції України»). Інтерпретаційна діяльність Конституційного Суду України, інших суб'єктів права має істотне значення для реалізації Основного Закону, нормотворчої та право-

застосовної діяльності. Демократизація суспільних відносин, перебудова державного механізму, необхідність зміцнення законності та правопорядку суттєво розширюють спектр тлумачення норм права, роблять його інструментом забезпечення рівня правової культури громадян, правильного застосування Конституції та законів України. При цьому тлумачення Конституції має свою специфіку, що обумовлено роллю і місцем Конституції в нормативно-правовій системі, а також тим, що вона є документом не тільки юридичним, а й політичним.

Актуальні проблеми конституційного розвитку України в другій половині 60-х — на початку 80-х рр. ХХ ст. розглядає член-кореспондент АПрН України, професор **В. Гончаренко** («Правовий статус УРСР у складі Союзу РСР») і професор **М. Страхов** («Регламентація державного устрою України в Конституції Української РСР 1978 р.»). Професор **В. Гончаренко** відзначив, що «брежнєвський період» історії СРСР — це період часткової реанімації командно-адміністративної системи управління сталінського зразка, період «застою» та одночасно пошуку прогресивними силами шляхів суспільного оновлення, зокрема при проведенні так званої «косигінської» реформи, сутність якої полягала в деякій лібералізації та демократизації господарської системи. В зазначений період УРСР була складовою частиною Союзу РСР, правовий статус якої до жовтня 1977 р. визначався передусім Конституцією СРСР 1936 р., а потім Конституцією СРСР 1977 р. У другій половині 1960-х років дістала перевагу тенденція до зміцнення централістських засад у багатьох сферах державного, господарського і соціально-культурного будівництва. Доповідач зазначив, що Верховна Рада СРСР 2 жовтня 1965 р. прийняла Закон «Про зміну системи органів управління промисловістю і перетворення деяких інших органів державного управління», згідно з яким ліквідувалися республіканські Ради народного господарства та Ради народного господарства економічних районів. Водночас створювалася велика кількість союзних міністерств і відомств, які підпорядкували собі майже всю економіку союзних республік. Централістські засади запанували і в політиці з питань технічного прогресу, капітальних вкладень, цін, оплати праці, фінансів, кредитів, народногосподарського обліку, в системі органів управління, правоохоронних органів. Відбувалася, за

словами доповідача, справжня колонізація союзних республік, у тому числі УРСР, з боку центрального московського партійно-державного керівництва. В цілому правовий статус УРСР як суверенної держави в 60-х — 80-х роках у всіх сферах життя був фікцією. В той же час СРСР являв собою унітарну, централізовану державу, могутню надбюрократичну систему. Тиск і диктат союзних структур, надцентралізація знаходили своє відображення як у системі державного апарату, так і в системі законодавства, які функціонували в Україні у другій половині 60-х — першій половині 80-х років — такий висновок зробив доповідач на завершення свого виступу. Конституція Української РСР 1978 р., як показав професор **М. Страхов**, внесла певні зміни порівняно з Конституцією УРСР 1937 р. у розділ, присвячений державному устрою. По-перше, вона у ст. 68 значно посилювала союзні основи, визначаючи СРСР як «єдину союзну державу» і виключаючи з абзаца про самостійне здійснення Українською РСР державної влади положення «зберігаючи повністю свої суверенні права». По-друге, відбулися зміни у ст. 78 Конституції Української РСР 1978 р., яка окреслювала компетенцію найвищих органів державної влади і управління Української РСР. У порівнянні з Конституцією УРСР 1937 р. (ст. 19) тут було виключено низку повноважень. Отже, новими моментами у Конституції Української РСР 1978 р. стали посилення союзних основ і обмеження суверенних прав Української РСР.

На «круглому столі» було розглянуто і проблему парламентаризму. Так, доцент **В. Єрмолаєв** визначив метою свого виступу розкриття правових аспектів парламентаризму в Україні. Успіхи у розвитку українського парламентаризму, вважає він, безпосередньо залежать від ретельного врахування українського парламентського історичного досвіду. Аспірант Львівського національного університету **К. Марисюк** доповів про історію становлення інституту парламентаризму на території Канади, створення в цій країні федерального парламенту.

Завдання підвищення правової активності громадян України в сучасних умовах було поставлено доцентом **С. Черниченко**. Економічні перетворення, поглиблення демократії створюють в Україні якісно нову ситуацію, надаючи більшої свободи індивідуального вибору, зростанню ролі особи як рушійної сили суспільного розвитку. Професор **О. Петришин** зробив спробу

визначити етапи становлення загальнотеоретичного вчення про державну службу. Сьогодні конституційні завдання щодо формування засад правової державності дають підстави кваліфікувати загальнотеоретичну концепцію державної служби як новий напрям державно-правових досліджень. Кандидат юридичних наук **І. Яковюк** акцентував увагу на етапах становлення концепції соціальної державності. Питання про необхідність набуття державою соціального статусу вперше було поставлено на початку ХІХ ст. Однак, на думку доповідача, правомірність існування цієї держави на теоретичному рівні було обґрунтовано лише після Другої світової війни, що мало наслідком визнання соціальної держави фундаментальним конституційним принципом державності країн континентальної Європи. В подальшому дослідження охоплюють нові аспекти цієї проблематики, а саме: становлення і розвитку галузі соціального права, яке являє правову основу функціонування соціальної держави, започаткування соціальних і трудових судів тощо. Становлення України як соціальної держави дозволяє визнати дослідження останньої важливим напрямком вітчизняної юридичної науки.

Здобувач Національного університету внутрішніх справ МВС України **І. Копайгора**, розглядаючи історичні передумови становлення трудового права, вважає, що потрібна концепція галузі трудового права, а для цього необхідне вивчення історії розвитку правових форм регулювання суспільної праці.

Асистент **В. Гончаренко** у своїй доповіді «Припинення трудового договору за згодою сторін» звернула увагу на те, що згода сторін як підстава припинення трудового договору відома трудовому законодавству України не один десяток років. На підставі аналізу низки законодавчих актів доповідачка зробила аргументований висновок про те, що в радянські часи застосування на практиці зазначеної підстави припинення трудового договору всіляко стримувалося державою, як стримувалася нею ініціатива громадян і в інших сферах суспільного життя.

На засіданні «круглого столу» розглядалися питання розвитку законодавства України у період нової економічної політики. В науковому повідомленні асистента **Г. Каратаєвої** («Законодавче регулювання приватної торгівлі в Україні в період НЕПу (1921–1929 рр.)») було детально охарактеризовано зако-

нодавство, яке регулювало приватну торгівлю в період НЕПу і зроблено висновок про те, що радянська держава в кінцевому результаті дозволяла приватну торгівлю як виключний захід тимчасового характеру, передбачаючи перш за все стягнення податку з приватного торгівця на користь держави. У науковому повідомленні асистента **Н. Безрук** («Державне регулювання ринку праці в Україні в період нової економічної політики (1921–1929 рр.)») головну увагу було зосереджено на аналізі правового забезпечення діяльності бірж праці як основних посередницьких органів між особами, зацікавленими в отриманні роботи і роботодавцями різних форм власності, які мали потребу в робочій силі. У повідомленні підкреслювалося, що у 20-ті роки в Україні існування приватних посередників між працівниками і роботодавцями заборонялося. Надання послуг з працевлаштування перебувало в монопольному віданні держави. У науковому повідомленні асистента **К. Твердомед** («Відродження страхування в Україні в період нової економічної політики (1921–1929 рр.)») було детально проаналізовано страхове законодавство, як республіканське, так і союзне, і зроблено висновок про те, що правове регулювання страхової справи здебільшого перебувало у віданні відповідних державних органів СРСР. Здобувачка **Л. Самохіна** виступила з науковим повідомленням на тему: «Законодавчі обмеження приватногосподарського сектору економіки України в період НЕПу (1921–1929 рр.)», в якому ретельно проаналізувала низку законодавчих актів, за допомогою яких радянські державні органи застосовували різноманітні обмеження приватного капіталу. Доповідачка переконливо довела, що класова політика червоною ниткою проходила через законодавство в галузі податків, кредиту, цін, транспортних тарифів, земельних справ, цивільних, трудових правовідносин тощо, що в кінцевому результаті привело до повної ліквідації приватного капіталу в Україні наприкінці 20-х — на початку 30-х років.

Кандидат юридичних наук **В. Сухонос** (Суми) показав значення архівних матеріалів у дослідженні історії створення і діяльності прокуратури України на початку 20-х років ХХ ст.

В процесі обговорення актуальних питань було розглянуто і діяльність радянських каральних органів. Постійна нарада по боротьбі з бандитизмом при РНК УСРР була темою дослідження здобувача **А. Ващенка**, який дав чітку характеристику цьому

тимчасовому надзвичайному органу, створеному в Україні на початку 1921 р. Доцент **Д. Тихоненков** у своєму виступі визначив органи, які здійснювали контроль за надзвичайними комісіями в Україні в 1918–1922 рр. Кандидат юридичних наук **І. Грозовський** (Запоріжжя) звернув увагу на таку рису тоталітарного режиму, як мобілізаційність. Саме мобілізація робітників у роки довоєнних п'ятирічок, широке застосування позаекономічних стимулів мотивації праці, а також каральні заходи стали основним засобом створення міцної індустріальної бази СРСР.

Начальник кафедри Національного університету внутрішніх справ МВС України **Л. Зайцев** звернувся до питання історико-правової оцінки діяльності ОУН і УПА. Вірне і об'єктивне вирішення цієї проблеми, вважає він, можливе лише при додержанні низки умов і певної методології. По-перше, потрібна роздільна оцінка діяльності ОУН і УПА. По-друге, для визнання УПА воюючою стороною слід вирішити питання легітимності цієї організації відповідно до міжнародних, а не тільки радянських правових норм, вивчити структуру, організацію, правові засади побудови УПА і т. ін. Тільки після цього за допомогою фахівців-юристів можна вирішити цю проблему.

Деякі учасники «круглого столу» розглянули правове становище населення України у складі Російської імперії. Так, аспірант **В. Лізогуб** вважає, що всупереч поширеній думці, ще до царського маніфесту від 17 жовтня 1905 р. російське законодавство містило досить детальну регламентацію громадянських і політичних прав підданих, незважаючи на їх численні обмеження. Продовжуючи цю тему, викладач Донецького інституту внутрішніх справ МВС України **О. Нестерцева** у науковому повідомленні «Право жінок в Україні займатися юридичною практикою (початок ХХ ст.)» розповіла про боротьбу жінок України на початку ХХ ст. за їх допущення до адвокатури, за право бути присяжними повіреними і про перешкоди, які стояли на їх шляху. Старший викладач Полтавського державного сільськогосподарського інституту **Д. Селіхов** розкрив роль «особливих нарад» як способу розробки законодавства Російської імперії та їх практичне значення у формуванні відповідної громадської думки, з якою не могли не рахуватися навіть найпошлідовніші консерватори, включаючи і самого імператора.

Не залишився поза увагою і державно-правовий розвиток України у другій половині XIX — на початку XX ст. Доцент Національного університету внутрішніх справ МВС України **В. Кириченко** у своєму виступі проаналізував фінансові інститути забезпечення селянської реформи 1861 р. в Україні, показав необхідність вивчення досвіду створення фінансово-кредитних установ, функціонування перших приватних земельних банків в Херсонській та Харківській губерніях. Цікавий огляд сучасної англо-американської історіографії селянської реформи 1861 р. зробила доцент **С. Пирогова**.

Старший викладач Таврійського національного університету **І. Поляков** ознайомив присутніх з інститутом судових приставів Таврійської губернії у другій половині XIX ст., які стали важливою складовою частиною нового судового апарату, що створювався за реформою 1864 р. Судові пристави виконували важливі функції, тому встановлювалися серйозні вимоги до осіб, які бажали зайняти цю посаду. Здобувач **І. Юрков** у своєму повідомленні, присвяченому присяжним засідателям за Судовими статутами 1864 р., також звернув увагу на проблему формування загальних списків присяжних і вимог до кандидатів. На його думку, досвід судової реформи 1864 р. доцільно запозичити сьогодні.

Викладач Полтавського державного аграрного коледжу управління і права **А. Козаченко** розповів про інститут наказних, тобто тимчасово виконуючих обов'язки гетьмана, полковника, сотника. Цивільне право Гетьманщини за Кодексом 1743 р. стало об'єктом дослідження доцента **Т. Матвєєвої**. Кандидат юридичних наук **Л. Гамбург** (Запоріжжя) виступив з науковим повідомленням «Класифікація судових органів у Лівобережній Україні (Гетьманщині) другої половини XVI—XVIII ст.», в якому запропонував провадити таку класифікацію за критеріями: а) місцем в історії судових органів; б) становою юрисдикцією; в) предметною підсудністю; г) терміном дії; д) суб'єктами, які ініціювали створення судів.

Доцент **В. Рубаник** зупинився на деяких аспектах історико-правового аналізу відносин власності та права власності. Вихідним моментом його дослідження стало твердження про те, що у відносинах власності на засоби виробництва і економіко-юридичних результатах їх реалізації можна вбачати як сутність економічної влади у суспільстві, так і можливість її втілення у владу політичну.

Здобувач **С. Благий** у науковому повідомленні «Захист прав інвесторів» звернув увагу на актуальність питань, пов'язаних із захистом прав інвесторів в Україні, констатує при цьому, що в законодавстві Росії у другій половині XIX ст. права інвесторів було визначено досить ретельно. Тому є нагальна потреба у вивченні цього корисного історичного досвіду.

Доцент Національного університету внутрішніх справ МВС України **О. Гавриленко** запропонував дослідження інституту проксенії в античних державах Північного Причорномор'я, визначивши статус проксенів — осіб, що призначалися у своїй державі охоронцями інтересів іншої держави та її громадян, і розглянувши порядок їх призначення, права і привілеї.

У процесі обговорення на «круглому столі» актуальних державно-правових проблем було визначено основні напрямки подальших наукових досліджень у галузі історії держави і права.

Активну участь у проведенні «круглого столу» взяв колектив бібліотеки Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. Бібліотека підготувала змістовну тематичну добірку історико-правової літератури, учасники «круглого столу» одержали можливість ознайомитися з ретроспективною та новою бібліографією, матеріалами науково-практичних та міжнародних конференцій, інформацією з рефератних журналів.

Матеріал підготували:

В. Гончаренко, доктор юридичних наук,
професор, член-кореспондент АПрН України,
М. Страхів, доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент АПрН України

НАШІ ЮВІЛЯРИ

70



Виповнилося 70 років від дня народження та 45 років науково-педагогічної діяльності відомого в Україні та за її межами вченого, фахівця в галузі кримінального процесу, талановитого педагога, доктора юридичних наук, професора, віце-президента Академії правових наук України, Заслуженого діяча науки і техніки України, Заслуженого професора Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **Юрія Михайловича Грошевого**.

Ю. М. Грошевий народився 10 листопада 1931 р. у Харкові. У 1953 р. закінчив Харківський юридичний інститут, у 1956 р. — аспірантуру цього інституту по кафедрі кримінального процесу.

У 1956—1959 рр. працював слідчим слідчого відділу УКДБ при РМ СРСР по Белгородській області, у 1960—1963 рр. обіймав посаду державного арбітра Дніпропетровського обласного державного арбітражу, а потім — начальника юридичного бюро Дніпропетровського шинного заводу; у 1964—1966 рр. — судді Дніпропетровського обласного суду.

З 1966 року життя і діяльність Ю. М. Грошевого пов'язані з Національною юридичною академією України імені Ярослава Мудрого (раніше — Харківський юридичний інститут, Українська державна юридична академія): старший викладач, доцент, декан вечірнього факультету, старший науковий співробітник, професор, з 1979 по 1982 р. — завідувач кафедри кримінального процесу, з 1982 по 1992 р. — завідувач кафедри правосуддя і прокурорського нагляду, з 1992 р. — завідувач кафедри кримінального процесу.

У 1965 р. Ю. М. Грошевий захистив кандидатську дисертацію на тему «Законність і обґрунтованість вироку радянського суду». У 1970 р. йому було присвоєно вчене звання доцента. У 1975 р. він захистив докторську дисертацію на тему «Теоретичні проблеми формування суддівського переконання в кримінальному судочинстві». У 1978 р. йому присвоєно вчене звання професора.

Ю. М. Грошевий зробив значний внесок у заснування та становлення Академії правових наук України, метою якої є комплексний розвиток правової науки та створення правових засад української державності. У 1993 р. він обраний віце-президентом Академії правових наук України, яка стала вищою галузевою науковою установою з державним статусом і широким самоврядуванням.

Ю. М. Грошевий вперше у вітчизняній науці кримінального процесу дослідив сутність і структуру внутрішнього переконання судді та обставини, що впливають на суддю при прийнятті судового рішення.

В умовах здійснення судово-правової реформи в Україні, становлення незалежної судової влади як однієї з найважливіших складових правової державності особливого значення набуває науковий доробок Ю. М. Грошевого щодо розвитку засад змагальності в кримінальному судочинстві, дослідження методологічних проблем доказів і доказування, механізму прийняття процесуальних рішень у кримінальних справах судом першої інстанції, гарантій, що забезпечують правосудність вироку, захист прав і свобод людини і громадянина.

Одним з перших у країні Ю. М. Грошевий почав розробляти проблему імплементації норм міжнародного права в національне кримінально-процесуальне законодавство України, висловив пропозиції щодо гармонізації правових систем, трансформації міжнародних стандартів захисту прав людини та здійснення правосуддя в національні процесуальні процедури.

Ю. М. Грошевий завжди перебуває на передньому краї реформування кримінально-процесуального законодавства України — за його безпосередньої участі розроблені Модельний Кримінально-процесуальний кодекс для держав СНД, Концепція судово-правової реформи в Україні, проект нового КПК України, нові законодавчі акти про судоустрій, про прокуратуру, оперативно-розшукову діяльність та ін. З 1992 р. він член, а згодом заступник голови робочої групи Кабінету Міністрів України, Верховної Ради України з розробки нового Кримінально-процесуального кодексу України. З 1995 р. він також є членом комісії з доопрацювання та узгодження Кримінального кодексу, Кримінально-процесуального кодексу, Кримінально-виконавчого кодексу України.

Предметом наукового інтересу Ю. М. Грошевого є також теорія правової держави та її формування в Україні, що знайшло

відображення в багатьох наукових публікаціях, зокрема у підручнику «Конституційне право України» (К., 1999), а також в його участі в робочих групах Конституційної комісії при Президентові України, першого та наступного Закону України «Про Конституційний Суд України».

Ю. М. Грошевий є автором, співавтором і науковим редактором близько 300 наукових праць, у тому числі 12 монографій та 7 підручників, що стали значним внеском у розвиток вітчизняної юридичної науки. Серед них — «Проблемы формирования судейского убеждения в уголовном процессе» (Х., 1975), «Правовые свойства приговора — акта правосудия» (Х., 1978), «Сущность судебных решений в уголовном процессе» (Х., 1979), «Профессиональное правосознание судьи и правосудие» (Х., 1986) та ін.

Талановитий учений, Ю. М. Грошевий підготував 39 кандидатів та доктора юридичних наук, які працюють не лише в Україні, а й в інших країнах СНД.

Багато років Ю. М. Грошевий очолює кафедру кримінального процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, в складі якої працюють його учні — кандидати юридичних наук і доценти. Завдяки зусиллям завідувача кафедри створено колектив, який має неабиякий науковий авторитет та педагогічний потенціал.

Ю. М. Грошевий — талановитий педагог і вчитель. Його лекціям притаманне поєднання глибокого аналізу кримінально-процесуального законодавства, практики його застосування, складних питань здійснення правосуддя у кримінальних справах з простою, доступною формою викладання, чіткістю визначень і формулювань. Серед вихованців Ю. М. Грошевого — багато відомих юристів-правознавців, науковців, суддів, прокурорів, народних депутатів України.

Багаторічний досвід наукової роботи Ю. М. Грошевого нерозривно пов'язаний з активною участю в атестації наукових кадрів. Він є головою спеціалізованої вченої ради Д.64.086.03 в Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого по захисту кандидатських і докторських дисертацій; виступав офіційним опонентом з більш ніж 30 кандидатських та 20 докторських дисертацій.

Ю. М. Грошевий є науковим консультантом комісії Верховної Ради України з питань правової політики і судово-правової реформи, науковим радником Генеральної прокуратури Украї-

ни, членом робочої групи комісії з розробки концепції судово-правової реформи в Україні, членом Науково-методичної ради Верховного Суду України, членом Науково-методичної ради Міністерства юстиції України, членом Харківської обласної науково-координаційної ради.

Ю. М. Прошевий є також відповідальним секретарем республіканського наукового збірника «Проблеми законності», членом наукової ради журналу «Право України», членом редколегії «Вісника Академії правових наук України», членом редакційної ради журналу «Практика Європейського Суду з прав людини. Рішення. Коментарі», членом редколегії журналу «Веси Фемида», членом редколегії збірника наукових праць Інституту вивчення проблем злочинності Академії правових наук України «Питання боротьби зі злочинністю».

Плідна праця Ю. М. Прошевого відзначена державними нагородами: медалями «За доблесну працю» та «Ветеран праці», орденом «За заслуги» III ступеня, йому присвоєно почесне звання Заслуженого діяча науки і техніки України. Про визнання багатогранної діяльності Ю. М. Прошевого свідчить і нагородження його нагрудним знаком «За відмінні успіхи в роботі» Міністерства освіти СРСР, Грамотою Міністерства внутрішніх справ України за підготовку висококваліфікованих кадрів для органів внутрішніх справ, нагрудним знаком «Почесний працівник Арбітражного суду України», Почесною грамотою виконкому Харківської міської ради за багаторічну сумлінну і плідну працю, високий професіоналізм. У 2000 році Ю. М. Прошовому присвоєно почесне звання Заслуженого професора Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого.

Завдяки вимогливості до себе, надзвичайній працездатності, високому професіоналізму, людяності і порядності Ю. М. Прошевий набув великого авторитету в колективах Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого та Академії правових наук України, серед широкої юридичної громадськості. Його люблять і шанують студенти, безмежно йому вдячні численні учні.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» широко вітають **Юрія Михайловича Прошевого** з його ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, подальших успіхів у роботі, благополуччя і процвітання.



Виповнилося 60 років від дня народження відомого вченого нашої країни в галузі конституційного права та державного управління, доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента НАН України та академіка академії правових наук України **Василя Федоровича Сіренка**.

В. Ф. Сіренко народився 11 листопада 1941 р. у м. Пирятині Полтавської області в родині кадрового військовослужбовця.

З 1966 по 1971 рр. навчався на юридичному факультеті Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка. У 1976 р. захистив кандидатську дисертацію.

Після закінчення у 1971 р. юридичного факультету Київського університету В. Ф. Сіренко працює в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, де пройшов шлях від стажиста-дослідника до головного наукового співробітника і завідувача відділу. У 1988 р. обраний народним депутатом України. Очолював Комітет Верховної Ради України з питань правової реформи. У 1993 р. обраний академіком Академії правових наук України. У 1995 р. обраний членом-кореспондентом НАН України за спеціальністю «Право».

У полі зору науковця — питання державного управління, теорії держави і права, розвитку правової системи України. В. Ф. Сіренко одним з перших у вітчизняній науці почав опрацьовувати проблеми формування і реалізації соціальних інтересів в управлінській діяльності. Він є автором понад 50 наукових праць. Серед них — монографічні дослідження «Організаційно-правові питання діяльності обчислювальних центрів, які функціонують в умовах АСУ» (К., 1976), «Проблема інтересу в державному управлінні» (К., 1980), «Інтереси в системі основних інститутів радянського державного управління» (К., 1987), «Інтереси — влада — управління» (К., 1999).

За активну участь у законотворчій діяльності В. Ф. Сіренко в 1993 р. удостоєний почесного звання Заслуженого діяча науки і техніки України.

Принциповість і порядність, широка ерудованість і сумлінне ставлення до своїх обов'язків, відданість праці здобули В. Ф. Сіренку авторитет і повагу широкої юридичної громадськості.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України», широко вітають **Василя Федоровича Сіренка** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги і подальших успіхів.

70



Виповнилося 70 років від дня народження відомого вченого нашої країни у галузі цивільного права, талановитого педагога, доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Академії правових наук України **Чингізхана Нуфатовича Азімова**.

Ч. Н. Азімов народився 16 грудня 1931 р. у м. Казань (Татарстан, Росія).

Закінчив спеціальну школу Військово-Повітряних Сил (1948–1951, м. Горький), Вольське авіаційно-технічне училище (1951–1953).

З 1953 по 1961 р. проходив службу у Військово-Повітряних Силах Радянської Армії. Будучи кадровим офіцером Військово-Повітряних Сил, вступив до Одеського філіалу Всесоюзного заочного юридичного інституту. Після демобілізації з армії працював на Харківському заводі самохідних шасі та навчався на заочному факультеті Харківського юридичного інституту.

З 1965 р. і дотепер життя і діяльність Ч. Н. Азімова пов'язані з Харківським юридичним інститутом (нині — Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого). За цей час він був старшим лаборантом, завідувачем лабораторії, асистентом, старшим викладачем, доцентом, а потім професором. Протягом 1988–1993 рр. завідував кафедрою цивільного права.

У 1971 р. Ч. Н. Азімов захистив кандидатську дисертацію на тему «Правове регулювання службових винаходів науково-дослідних і конструкторських організацій», а у 1981 р. — докторську дисертацію на тему «Договірні відносини в галузі науково-технічного прогресу». У 1974 р. йому було присвоєно вчене звання доцента, а у 1985 р. — професора.

У 1993 р. обраний членом-кореспондентом Академії правових наук України.

Ч. Н. Азімов — відомий фахівець у галузі цивільного права. Досліджує широке коло цивільно-правових проблем, зокрема:

промислової власності та науково-технічного прогресу, способів забезпечення виконання зобов'язань, захисту цивільних прав фізичних і юридичних осіб, спадкового і сімейного права тощо.

Ч. Н. Азімов зробив істотний внесок у розвиток юридичної науки. Він є автором понад 80 наукових праць. Найбільш важливі серед його робіт: «Забезпечення виконання зобов'язань» (1975), «Научно-техническая информация и право» (1978), «Договорные отношения в области научно-технического прогресса» (1981), «Договоры на научно-исследовательские и конструкторские работы» (1976), «Правовые формы научно-технического сотрудничества» (у співавт., 1976), «Залоговое право» (1993), «Основы патентного права Украины (изобретение, полезная модель, промышленный образец, товарный знак)» (1994) та ін. Брав участь у підготовці підручника «Советское гражданское право» (1977, 1983 рр. видання), за що у 1984 р. нагороджений Державною премією України. Є співавтором і одним з редакторів підручника «Цивільне право України: Частина перша» (2000).

Входить до складу редакційної колегії наукового збірника «Проблеми законності».

Ч. Н. Азімов проводить велику роботу з підготовки науково-педагогічних кадрів. Під його безпосереднім керівництвом одержали путівку в науку два доктори та 12 кандидатів юридичних наук.

Ч. Н. Азімов — педагог за покликанням. Його лекції вирізняються досконалим знанням матеріалу і водночас простотою та доступністю викладу. Тривалий час керував студентським науковим гуртком. У подальшому найбільш обдаровані студенти під його керівництвом захистили дисертації. До нього приходять за порадою і знаходять підтримку. З любов'ю і повагою ставляться до нього колеги та учні.

Ч. Н. Азімов — академік Академії інженерних наук України, нагороджений Почесною грамотою Президії Верховної Ради Білорусії за успіхи у науковій роботі та підготовці наукових кадрів.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Чингізхана Нуфатовича Азімова** зі славним ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, процвітання, творчої насаги і подальших успіхів у роботі.

ПАМ'ЯТІ МАРКА ІГОРОВИЧА БАЖАНОВА

Пішов із життя Марко Ігорович Бажанов...

Нас залишила не тільки принципова, глибоко порядна, високоінтелігентна людина: рідні втратили турботливого батька і чоловіка, колеги — беззаперечно авторитетного фахівця в галузі кримінального права, його учні — Вчителя з великої літери, студенти — шанованого професора.

М. І. Бажанов народився 30 грудня 1922 р. в м. Умань Черкаської області в родині службовців. У 1940 р. він поступив до Харківського юридичного інституту. На початку війни був евакуйований до Новосибірської області, де на військовому заводі працював електрослюсарем, диспетчером цеху, черговим диспетчером. Повернувшись до Харкова у вересні 1945 р., М. І. Бажанов знову навчався в інституті, який закінчив з відзнакою у 1948 р. Після закінчення юридичного інституту був аспірантом, а потім викладачем цього навчального закладу, в якому працював усе своє життя.

Протягом своєї багаторічної наукової та педагогічної діяльності М. І. Бажанов підготував понад 160 монографій, підручників, навчальних посібників, статей. Діапазон наукових інтересів професора М. І. Бажанова був надзвичайно широким. Значним є його внесок у підготовку науково-педагогічних кадрів. За час роботи на кафедрі кримінального права за його участю було підготовлено 8 докторів і понад 50 кандидатів юридичних наук. Діяльність професора

М. І. Бажанова була тісно пов'язана з юридичною практикою. Багато років він був незмінним членом Науково-консультативної ради Верховного Суду України. М. І. Бажанов брав активну участь у розробці багатьох кримінально-правових законів, був членом робочої та редакційної груп Кабінету Міністрів України, які підготували проект чинного Кримінального кодексу України.

Професор М.І. Бажанов був одним із фундаторів відомої й за межами України харківської школи кримінального права і процесу. Важко також переоцінити його діяльність у сфері за-

конотворчості для розвитку незалежної України, роботу в редакційній колегії «Вісника Академії правових наук України».

Підготовлені Марком Ігоровичем і за його участю підручники і коментарі — це надійна теоретична база для навчання наступних поколінь студентів, роботи працівників правоохоронних органів, підвищення кваліфікації правників.

За заслуги в розвитку правознавства і підготовці висококваліфікованих кадрів М. І. Бажанову було присвоєно почесне звання Заслуженого діяча науки і техніки України, він нагороджений п'ятьма медалями.

Сумлінне ставлення до виконання свого громадянського та професійного обов'язків, душевна теплота і чуйність, простота у спілкуванні здобули Марку Ігоровичу любов усього колективу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого і всіх тих людей, з якими він працював.

Закінчився життєвий шлях видатної людини сучасності — закінчилася ціла епоха, в якій золотими літерами назавжди викарбоване ім'я Марка Ігоровича Бажанова.

Земля йому пухом!

ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Цвік М.</i> Про сучасне праворозуміння	3
<i>Рабінович П.</i> Права людини: діалектика універсалізації та урізноманітнення	13
<i>Лобода Ю.</i> Загальне державорозуміння як методологічна основа оцінки гуманітарності держави	21

ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІЙНОГО І МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

<i>Тацій В., Тодика Ю.</i> Питання меж тлумачення Конституційним Судом Конституції та законів України	31
<i>Колісник В.</i> Правова природа Рамкової конвенції про захист національних меншин	40
<i>Копиленко О.</i> До проблеми правового статусу Меджлісу і Курултаю кримськотатарського народу	49
<i>Щокін Ю.</i> Часткова участь у статуті міжнародної організації як права основа асоційованого членства суверенних держав	62

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Рубаник В.</i> Особливості інституту права власності в українських землях у пізньофеодальній системі речевих прав за німецьким правом	76
<i>Рум'янець В.</i> Судова система в Україні за часів Директорії	84

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

<i>Костицький В.</i> Головні проблеми правового регулювання вексельного обігу та шляхи подальшого вдосконалення законодавства про векселі	95
<i>Сібільов М.</i> Поняття правового режиму приватного права	106
<i>Борисова В.</i> Теорії сутності юридичної особи: історія і сучасність	117
<i>Жилінкова І.</i> Інститут заручин: далеке минуле і найближче майбутнє	130

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

<i>Настюк В.</i> Особливості правового статусу органів митної служби в Україні	139
<i>Єгупенко В.</i> Повноваження органів ДАІ по застосуванню заходів припинення, спрямованих на забезпечення провадження в справах про адміністративні проступки	146

ІСТОРІЯ ПРАВОВИХ ВЧЕНЬ

<i>Максимов С.</i> Природно-правове мислення	155
--	-----

<i>Осипова Н.</i> Вчення М. Ковалевського про особисті права людини (до 150 річчя від дня народження)	164
ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ	
<i>Грошевий Ю.</i> Кримінально-процесуальні аспекти «малої судової реформи»	175
<i>Зеленецький В.</i> Порухення кримінальної справи при повторності однорідних злочинів	183
<i>Сегай М.</i> Сучасна парадигма інформатизації судочинства і питання захисту прав і законних інтересів учасників кримінального процесу	190
<i>Шепітько В.</i> Криміналістичні проблеми збирання доказів технічними засобами у кримінальному процесі	198
<i>Корж В.</i> Криміналістична характеристика способів формування організованих злочинних утворень у сфері економічної діяльності	208
<i>Сінчук В.</i> Криміналістична характеристика в дії (з практики розслідування кримінальної справи)	219
НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ	
<i>Шупілов Л.</i> Про деякі питання теорії народовладдя	224
<i>Розач О.</i> Кодифікаційні акти в правовій системі України: поняття; ознаки, властивості	231
<i>Олійник О.</i> Деякі питання становлення радянського трудового права	237
РЕЦЕНЗІЇ	
Новий вітчизняний підручник з екологічного права в Україні (<i>В. Костицький, В. Паламарчук</i>)	246
НАУКОВЕ ЖИТТЯ	
«Круглий стіл» «Актуальні проблеми історії держави і права» (<i>В. Гончаренко, М. Страхов</i>)	249
НАШІ ЮВІЛЯРИ	
Юрію Михайловичу Грошовому — 70 років	258
Василію Федоровичу Сіренку — 60 років	262
Чингізхану Нуфатовичу Азімову — 70 років	263
ПАМ'ЯТІ МАРКА ІГОРОВИЧА БАЖАНОВА	265

Збірник наукових праць

Вісник
Академії правових наук
України

№ 4 (27)

Відповідальний за випуск
А. М. Кумака

Редактор *К. Гулий*
Коректор *О. Верховень*
Комп'ютерна верстка
і дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 15.12.01.
Формат 60x84 1/16. Папір офсетний. Гарнітура Newton.
Ум. друк. арк. 15. Обл.-вид. арк. 14,7. Вид. № 112.
Тираж 500 прим. Ціна договірна. Зам. 8

Видавництво «Право» Академії правових наук України
Україна 61002 Харків, вул. Мироносицька, 29
(Свідоцтво серії ДК № 559 від 09.08.2001)

Друкарня ПВПП «Слово»
Україна 61024 Харків, вул. Лермонтовська, 27

До відома юридичної громадськості

Запрошуємо науковців і практичних працівників надсилати свої статті до редакційної колегії Вісника.

Статті мають бути обсягом не більше 12 друкарських сторінок, у 2-х примірниках, надруковані через 1,5 інтервали, українською мовою. Посилання на використані джерела слід вмішувати унизу відповідної сторінки, нумерацію посилань на кожній сторінці розпочинати з цифри 1.

З метою оперативного випуску Вісника статті та інші матеріали слід надсилати разом з дискетою, на якій вони записані.

Тексти ненадрукованих рукописів авторам не повертаються.

Наукові погляди авторів статей можуть не збігатися з позицією редакційної колегії